

CAPITOLO I

I TERMINI DEL PROBLEMA.	5
1 PROFILI INTRODUTTIVI: LA DIVISIONE DEI POTERI.	5
2 SEPARAZIONE DI POTERI E SEPARAZIONE DI AUTORITÀ.	12
3 LE DIMENSIONI DELLA QUESTIONE. UNA PRIMA ANALISI DEL SINDACATO DEL GIUDICE PENALE.	17
1.3.1 (SEGUE) LA POSIZIONE DELL'ATTO AMMINISTRATIVO RISPETTO ALLA NORMA INCRIMINATRICE: ELEMENTO INTEGRATIVO O PRESUPPOSTO DELLA FATTISPECIE.	24
4 L'INDIPENDENZA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. IL CONCETTO DI DISCREZIONALITÀ.	31
1.4.1 (SEGUE) IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO. IN PARTICOLARE: CCDD. DISCREZIONALITÀ TECNICA E MERITO AMMINISTRATIVO.	36
1.4.2 (SEGUE) I VIZI DI LEGITTIMITÀ DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO.	39
5 I DELITTI DEI PUBBLICI UFFICIALI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: QUADRO COMPLESSIVO.	46
1.5.1 (SEGUE) IN PARTICOLARE: LA L. 86/1990.	50
1.5.2 (SEGUE) PROSPETTIVE DI RIFORMA: I D.D.L. N. 2156 E N. 2174.	61
6 IL PIANO DELL'ANALISI: IL SINDACATO DEL GIUDICE PENALE, MERITO O LEGITTIMITÀ?	67
7 LE DUE VIE SEGUITE DAL LEGISLATORE: SELEZIONE DELL'ELEMENTO OGGETTIVO.	75
1.7.1 (SEGUE) LA RIFORMA DELL'ART. 328 C.P.	78
1.7.2 (SEGUE) LA CD. CONCUSSIONE AMBIENTALE.	86
8 LA VIA DEL POTENZIAMENTO DELL'ELEMENTO SOGGETTIVO.	90

CAPITOLO II

LA DISAPPLICAZIONE DELL'ATTO AMMINISTRATIVO.	97
1 ALL. E L. 20 MARZO 1865, N. 2245 (LEGGE SULL'ABOLIZIONE DEL CONTENZIOSO).	97
2 LA DISAPPLICAZIONE: ART. 5 DELL'ALL. E DELLA L. 2245/1865.	103
3 LA DISAPPLICAZIONE QUALE CRITERIO DI RISOLUZIONE DI CONFLITTO TRA NORME NELLA GERARCHIA DELLE FONTI: IN PARTICOLARE, IL TENTATIVO DI CONSIDERARE ANCHE IL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO COME FONTE DEL DIRITTO.	107
2.3.1 (SEGUE) DISAPPLICAZIONE E ART. 101 COST.	110
4 DISAPPLICAZIONE E ART. 2 C.P.P.	112

5	IL POTERE DI DISAPPLICAZIONE CON RIFERIMENTO AI REATI URBANISTICI.	114
2.5.1	(SEGUE) BENE GIURIDICO TUTELATO O FUNZIONE DI CONTROLLO?	123
6	DISAPPLICAZIONE IN MALAM PARTEM E IN BONAM PARTEM.	130
7	IL REATO DI CUI ALL'ART. 14, COMMA 5-TER, T.U. IMMIGRAZIONE.	138

CAPITOLO III

IL DELITTO DI ABUSO D'UFFICIO.

1	L'ART. 323 C.P. E LE SUE TORMENTATE VICENDE LEGISLATIVE.	143
2	LA CONDOTTA PENALMENTE RILEVANTE: LA VIOLAZIONE DI NORMA DI LEGGE.	151
3.2.1	(SEGUE) LE NORME DI PRINCIPIO.	154
3.2.2.	(SEGUE) LE NORME PROCEDIMENTALI.	164
3.2.3	(SEGUE) LA VIOLAZIONE CD. MEDIATA DI NORME: IL RINVIO AD ATTI SUBORDINATI.	173
3.2.4	(SEGUE) L'INCOMPETENZA.	176
3	LA VIOLAZIONE DI REGOLAMENTI.	180
3.3.1	(SEGUE) PROFILI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN TEMA DI VIOLAZIONE DI REGOLAMENTO	184
4	LE FONTI ESCLUSE DALL'ART. 323 C.P.: ORDINANZE CONTINGIBILI E URGENTI, ORDINI E DISCIPLINE, CIRCOLARI.	186
5	LA VEXATA QUAESTIO DELL'ECESSO DI POTERE.	189
3.5.1	(SEGUE) L'ECESSO DI POTERE DOPO LA RIFORMA.	191
3.5.2	(SEGUE) ALCUNI TENTATIVI DI CONFERIRE RILEVANZA ALL'ECESSO DI POTERE.	201
6	LA CONDOTTA DI OMESSA ASTENSIONE.	203
7	L'EVENTO DEL REATO.	209
3.7.1	(SEGUE) LA CD. DOPPIA INGIUSTIZIA E IL SINDACATO DEL GIUDICE PENALE NELL'ACCERTAMENTO DI TALE ELEMENTO.	211
3.7.2	(SEGUE) I CONCETTI DI VANTAGGIO PATRIMONIALE E DI DANNO.	216
8	IL DOLO INTENZIONALE.	222
3.8.1	(SEGUE) LA QUESTIONE ATTINENTE ALLA FINALITÀ PUBBLICO PERSEGUITO DALL'AUTORE DEL REATO.	228
3.8.2	(SEGUE) L'ACCERTAMENTO DEL DOLO.	232
3.8.3	(SEGUE) L'ERRORE.	238
9	CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE SUL SINDACATO GIUDIZIARIO IN MATERIA DI ABUSO D'UFFICIO.	243

<u>CONCLUSIONI.</u>	<u>249</u>
<u>BIBLIOGRAFIA.</u>	<u>257</u>
<u>ABSTRACT</u>	<u>287</u>

Capitolo I

I termini del problema.

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi: la divisione dei poteri. 2. Separazione di poteri e separazione di autorità. 3. Le dimensioni della questione. Una prima analisi del sindacato del giudice penale. 3.1 (segue) la posizione dell'atto amministrativo rispetto alla norma. 4. L'indipendenza della Pubblica Amministrazione. Il concetto di discrezionalità. 4.1 (segue) il sindacato del giudice amministrativo. In particolare: ccdd. discrezionalità tecnica e merito amministrativo. 4.2 (segue) I vizi di legittimità del provvedimento amministrativo. 5. I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione. Quadro complessivo. 5.1 (segue) in particolare: la L. 86/1990. 5.2 (segue) prospettive di riforma: i d.d.l. n. 2156 e n. 2174. 6. Il piano dell'analisi: il sindacato del giudice penale, merito o legittimità? 7. Le due vie seguite dal Legislatore: selezione dell'elemento oggettivo. 7.1 (segue) la riforma dell'art. 328 c.p. 7.2 (segue) la cd. concussione ambientale. 8. La via del potenziamento dell'elemento soggettivo.

1 Profili introduttivi: la divisione dei poteri.

Chiunque abbia potere è portato ad abusarne: egli arriva sin dove non trova limiti.

Questo il pensiero del filosofo francese Montesquieu, il quale - nel celebre *De l'esprit des lois* del 1748 - propone una formulazione espressa alla moderna teoria della divisione dei poteri¹.

L'elaborazione di Montesquieu consiste, infatti, in un modello simile, per quanto non ancora puro poiché ispirato ad un sistema di monarchia costituzionale², a quello accolto oggi quale principio fondamentale dello Stato di diritto. Secondo

¹ MONTESQUIEU C.S., *Lo spirito delle leggi*, a cura di COTTA S., Torino, 1995; per un'analisi sull'elaborazione di Montesquieu, TARELLO G., *Per una interpretazione sistematica de "L'esprit des lois"*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, I, 1971, Bologna, 36 ss.; COTTA S., *Il pensiero politico di Montesquieu*, Roma, 1995.

² Montesquieu prende a modello, infatti, l'Inghilterra, monarchia costituzionale al momento in cui egli scriveva, presto poi evolutasi in monarchia parlamentare. La teoria formulata dal filosofo è ancora cd. spuria perché prevede appunto la possibilità di fondere nelle stesse mani la carica giudiziaria e legislativa, rendendo così il potere giudiziario "in qualche senso nullo", secondo le sue stesse parole. Così, MONTESQUIEU C.S., *Lo spirito delle leggi*, cit..

l'assunto per cui è necessario che “il potere arresti il potere”³, pertanto, Montesquieu formula compiutamente l’esistenza dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario, e pone come condizione necessaria la separazione tra i poteri, quanto meno legislativo ed esecutivo⁴.

L’idea di distinguere, all’interno del potere sovrano, una pluralità di funzioni risale in realtà già alle riflessioni dei filosofi greci sulle forme di governo della Grecia classica: un governo “misto”, infatti, veniva proposto quale possibile rimedio avverso i pericoli insiti nei governi “puri”, caratterizzati dall’unione di tutti i poteri in un unico soggetto⁵. Tali tentativi di individuazione delle diverse funzioni statali restavano, tuttavia, del tutto embrionali, poiché non approdavano ad una teorizzazione vera e propria della necessità che tali funzioni fossero assegnate a soggetti diversi.

‘E solo in epoca moderna, dunque, che inizia a delinarsi in modo più compiuto un modello di separazione⁶.

³ Può dirsi libera solo quella costituzione in cui nessun governante possa abusare del potere a lui confidato. L’unica garanzia contro tale abuso è che il potere arresti il potere, cioè la divisione dei poteri: il legislativo, l’esecutivo e il giudiziario debbono essere affidati a mani diverse, in modo che ciascuno di essi possa impedire all’altro di esorbitare dai suoi limiti convertendosi in abuso dispotico. La riunione di questi poteri nelle stesse mani, siano esse quelle del popolo o del despota, annullerebbe la libertà perché annullerebbe quella bilancia di poteri che costituisce l’unica salvaguardia o garanzia costituzionale in cui risiede la libertà effettiva. Una sovranità indivisibile e illimitata è sempre tirannica”. MONTESQUIEU C.S., *Lo spirito delle leggi*, cit.

⁴ Nel corso del libro XI il filosofo francese affronta il tema della separazione dei poteri. Egli così sostiene che “quando nella stessa persona o nello stesso corpo di magistratura il potere legislativo è unito al potere esecutivo, non vi è libertà, poiché si può temere che il monarca, o lo stesso senato, facciano leggi tiranniche per eseguirle tirannicamente. Non vi è nemmeno libertà se il potere giudiziario non è separato dal potere legislativo e dall’esecutivo. Se fosse unito al potere legislativo, il potere sulla vita e la libertà dei cittadini sarebbe arbitrario: infatti il giudice sarebbe legislatore. Se fosse unito al potere esecutivo, il giudice potrebbe avere la forza di un oppressore. Tutto sarebbe perduto se lo stesso uomo, o lo stesso corpo di maggiorenti, o di nobili, o di popolo, esercitasse questi tre poteri: quello di fare le leggi, quello di eseguire le decisioni pubbliche e quello di giudicare i delitti o le controversie tra privati”. Così, MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit..

⁵ Senza soffermarsi sulla filosofia antica, che necessiterebbe di una trattazione a sé, si ricorda solo che Platone sostiene il principio dell’indipendenza del giudice nei confronti del potere politico. PLATONE, *Repubblica*, a cura di LAURENTI R., Bari, 2007; e ancora, Aristotele distingue tra i tre momenti nell’attività dello stato: deliberativo, esecutivo e giudiziario. ARISTOTELE, *La Politica*, a cura di SARTORI F., Bari, 2007; Polibio, invece, si riferisce al governo di Roma antica come ad un governo misto in cui il potere si divide tra istituzioni democratiche (comizi), aristocratiche (senato), e monarchiche (consoli). POLIBIO, *Storie*, a cura di MUSTI D., Milano, 2006.

⁶ Si pensi ad esempio a Loake, il quale - nei Due Trattati sul governo del 1690 - articola il potere sovrano in quello legislativo, esecutivo (che però includeva quello giudiziario) e federativo

Si può affermare, comunque, che una vera e propria teorizzazione della divisione dei poteri si sia completata in Francia nel corso della Rivoluzione Francese. Come risulta di tutta evidenza, infatti, la precedente forma statale della monarchia assoluta escludeva *ex se* la possibilità di considerare i poteri distintamente tra loro, in quanto non era nemmeno concepibile l'idea di una separazione di un unico potere concentrato nelle mani di un solo soggetto, il Re. Nel corso dell'*Ancien Regime*, pertanto, non era teorizzabile una divisione dei poteri, poiché era il monarca il detentore dello stesso, di origine divina, unico, illimitato e svincolato da qualsivoglia controllo⁷. Il Re poteva delegare alcune sue prerogative, certo, ma restava pur sempre l'unico legislatore, giudice e comandante dell'esercito⁸.

‘E solamente con l'avvento della Rivoluzione Francese e dell'Illuminismo, perciò, che si pone in discussione l'assolutismo monarchico, con lo scopo di procedere ad una rigenerazione nazionale. Si fa strada, quindi, una nuova concezione di Stato, poi recepita e costituzionalizzata da tutti gli Stati moderni, costruita proprio sulla separazione, affinché nessun soggetto detenga interamente il potere.

La Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789, così, giunge per la prima volta a codificare espressamente il principio, all'art. XVI: “Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs

(ossia relativo alla politica estera e alla difesa). Mentre il primo spetta al Parlamento, i rimanenti restano al monarca (che possiede anche la cd. prerogativa, ossia il potere di decidere per il bene pubblico ove la legge nulla dispone, o anche contro la stessa). Così, LOAKE J., *Due trattati sul governo*, a cura di PAREYSON L., Torino, 2010.

⁷ Anteriormente alla Rivoluzione Francese, infatti, la monarchia assoluta veniva così definita, da Olivier - Martin nel libro *l'Absolutisme français* del 1786: “Ainsi un seul Roi, indépendant, absolu, qui ne tient que Dieu pouvoir dont il ne doit compte qu'à lui seul; pouvoir qu'il ne peut ni diviser, ni détruire, et qu'il transmet nécessairement à son successeur légitime dans toute sa plénitude, comme il l'a reçu de ses ancêtres, pouvoir qui soumet indistinctement et également à son autorité le premier prince de son sang et le dernier de ses sujets; pouvoir dont il doit à la vérité, pour les besoins de l'Etat, communiquer une portion à ceux qu'il honore de sa confiance, mais dont la plénitude réside toujours dans sa personne; pouvoir qui ne peut être restreint que par lui – même, sans qu'aucune volonté particulière ou générale ait le droit d'en arrêter le cours. Telle est la constitution d'une monarchie, tel est le gouvernement français”. Così riporta nella sua opera, GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002, 28.

⁸ GOYARD C., *La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative*, Editions Montchrestien, 1962, 35.

déterminée, n'a point de Constitution”.

Tale formulazione trova fondamento, appunto, sulla teoria espressa da Montesquieu, secondo la quale: “in ogni stato esistono tre specie di poteri; il potere legislativo, il potere esecutivo delle cose che dipendono dal diritto delle genti, e il potere esecutivo di quelle che dipendono dal diritto civile. Attraverso il primo, il principe o il magistrato fa le leggi per un certo tempo o per sempre, e corregge o abroga quelle che sono in vigore. Attraverso il secondo fa la pace o la guerra, invia o riceve degli ambasciatori, stabilisce la sicurezza, previene le invasioni. Attraverso il terzo, punisce i crimini, o giudica le controversie tra i privati. Chiameremo questo il potere di giudicare; e l'altro semplicemente il potere esecutivo dello Stato”⁹. Per salvaguardare la libertà politica è necessario, pertanto, che ogni cittadino abbia la convinzione di avere una sua sicurezza, senza dover temere un altro cittadino. Se il potere legislativo fosse unito a quello esecutivo, il cittadino dovrebbe temere che il monarca faccia leggi tiranniche per eseguirle tirannicamente. Così, se il potere di giudicare non fosse diviso da quello legislativo, il giudice sarebbe legislatore, con un arbitrario potere sulla vita e la libertà dei cittadini. Se invece il potere giudiziario non fosse diviso da quello esecutivo, il giudice avrebbe la forza di un oppressore. “Tutto sarebbe perduto se lo stesso uomo, o lo stesso corpo di maggiorenti, o di nobili, o di popolo, esercitasse questi tre poteri: quello di fare leggi, quello di eseguire le decisioni pubbliche, e quello di giudicare i delitti o le controversie dei privati”.

Come ben noto, il principio cardine della separazione enucleato da Montesquieu - e proclamato dall'Assemblea Costituente francese - è stato, poi, recepito dalla gran parte delle costituzioni degli Stati mondiali.

La dottrina tradizionale¹⁰ fonda la tecnica costituzionale della divisione dei poteri

⁹ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit.

¹⁰ Per un'analisi della teoria della separazione dei poteri nella dottrina italiana, si vedano, anzi a tutti, MODUGNO F., *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1976, 472 e ss.; SILVESTRI G., *Poteri dello stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 670 e ss.; CERRI A., *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. giur. treccani*, XXIII, Roma, 1990; BOGNETTI G., *La divisione dei poteri*, Milano, 1990. Con particolare attenzione poi al tema in riferimento all'argomento qui di interesse, ossia del sindacato del giudice penale, si vedano, SILVESTRI G., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, 59 e ss.; MENEGHELLI R., *La funzione del giudice e il principio della divisione dei poteri*, in *Giur. cost.*, 1994, 3223; FANELLI A., *Il sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa*, in *Riv. amm.*, 1995, II, 833.

sulle due regole essenziali della indipendenza e della specializzazione. Secondo la prima, le autorità dovrebbero essere previste come reciprocamente indipendenti; ed i loro componenti non potrebbero essere nominati da altri organi né dagli stessi revocati, mantenendo così autonomia e imparzialità. Ai sensi della seconda, invece, ciascuna autorità dovrebbe essere specializzata nell'esercizio di una delle tre funzioni statali (legislativa, esecutiva e giudiziaria), esercitandone solamente una e non partecipando affatto all'espletamento delle altre. I tre organi, legislativo, esecutivo e giudiziario, diverrebbero in tal modo indipendenti tra loro e specializzati, con la forza ed il potere necessari per lo svolgimento della propria funzione.

La teorizzazione della divisione dei poteri, di origine rivoluzionaria, è volta, pertanto, a salvaguardare la necessità garantista di evitare sopraffazioni, impedendo all'organo legislativo e a quello esecutivo di giudicare, e al contempo, all'organo giudiziario di legiferare o di occuparsi del potere esecutivo. In buona sostanza, la separazione consente - da un lato - l'indipendenza delle funzioni tra loro e - dall'altro - un controllo reciproco tra le stesse.

Il tema oggetto della presente ricerca consiste nello studio dei rapporti tra il giudice penale e la Pubblica Amministrazione, e - in particolare - riguarda i limiti che il sindacato del giudice penale incontra (o dovrebbe incontrare), nell'accertare i reati, in materia amministrativa. Si ritiene che tale complesso argomento trovi il proprio fondamento appunto nella separazione dei poteri e che si inserisca in tale ambito. Non è mancata, tuttavia, letteratura¹¹ che ha definito rischioso invocare a

¹¹ CONTENTO G., *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, 1979, 12 e ss. L'autore è molto critico nei confronti di chi fonda la questione del sindacato del giudice penale su tale principio di ordine generale, comune alla maggior parte degli ordinamenti, che è in grado di condurre alle più diverse e spesso opposte argomentazioni. Egli poi non vuole che si trascurino infatti le particolarità normative dei singoli Paesi, senza considerare scambiabili risultati di elaborazioni sistematiche compiute dagli studiosi. Allo stesso tempo però egli diffida anche di chi in modo troppo netto ritiene superfluo un approfondimento dogmatico-esegetico sul tema, "supponendo che la risoluzione dei singoli problemi possa essere desunta, in modo indipendente dalla concreta analisi della disciplina, dai cd. principi". Peraltro, egli aggiunge, si tratterebbe di un profilo non squisitamente penalistico, ma un classico argomento della letteratura giuspubblicistica. E sarebbe per questo che la letteratura penalistica non si sarebbe mai dedicata all'argomento in modo compiuto e globale ma sempre in via trasversale e frammentaria. In senso conforme si è espresso anche CANNADA BARTOLI E., *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 11, che richiamando l'espressione dell'inglese Robson di "the legendary separation of powers" ribadisce l'impossibilità di trarre deduzioni in materie così tecnico-giuridiche da concetti astratti; *contra* invece DI LORENZO, *Limiti della giurisdizione ordinaria nella tutela dei diritti*

fondamento di tale tematica il principio della divisione dei poteri. Per tale dottrina, infatti, bisognerebbe andare cauti nell'invocare i cd. principi generali, spesso anche di matrice comune tra diversi orientamenti, tra cui appunto la divisione dei poteri. Innanzi tutto, detto principio sarebbe infatti di difficile puntuale identificazione, poiché esistono plurime deroghe allo stesso in tutti gli ordinamenti che lo hanno riconosciuto. Inoltre, la separazione non potrebbe, di per se stessa, fornire alcun apporto in ordine alla determinazione dell'ampiezza del potere di sindacato del giudice penale.

Sembra scontata, tuttavia, la correttezza di simili affermazioni: è del tutto evidente che non sarà il principio di separazione dei poteri ad apportare le risposte al problema *de quo*. Richiamare in questa sede tale tema di teoria generale non significa, quindi, cercare di procedere tramite una deduzione astratta. 'E, infatti, assolutamente pacifico che la separazione dei poteri abbia una natura del tutto tendenziale e astratta, consentendo argomentazioni elastiche e diverse tra loro¹². Ciò nondimeno, si resta convinti che essa costituisca un principio cardine sul quale la questione trovi fondamento, non certo risposte.

Ponendo ora l'attenzione sulle vicende storiche che hanno caratterizzato l'Italia - che in un secolo e mezzo ha affrontato rapidamente la nascita, la crescita, la trasformazione da società contadina a industriale, la ricostruzione a seguito dei due conflitti mondiali e del regime totalitario -, esse hanno visto la costruzione di una Pubblica Amministrazione con notevoli competenze, poteri e autonomie locali, aumentati progressivamente con il tempo. Le difficoltà strutturali e operative, i problemi organizzativi, nonché l'ingente mole di lavoro e di competenze - tra l'altro assai eterogenee - non potevano che comportare una situazione di forte immobilismo ed inattività, e, allo stesso tempo, di molteplici forme di abuso da parte di tale apparato.

La soluzione a tali patologie della Pubblica Amministrazione è stata quella dell'intervento, negli anni sempre più incisivo, da parte del giudice penale: esso ha causato tuttavia, come spesso accade, un eccesso dal canto opposto.

dei cittadini verso la pubblica amministrazione, Napoli, 1929, 147.

¹² BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 17 e ss.; MODUGNO F., *Poteri (divisione dei)*, *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, cit., 486 e ss.

L'interferenza del giudice, infatti, troppo sovente, si è rivelata una sorta di “supplenza” sostitutiva dell'attività dei pubblici amministratori, mediante una surrogazione nella loro inattività, correggendo le distorsioni e individuando criteri di azione concreta. Se dunque un controllo si poneva come necessario da parte del potere giudiziario, l'eccessivo e distorto uso dello strumento penale ha rischiato di compromettere i principi cardine del nostro Stato democratico, così come salvaguardati dall'assetto costituzionale (troppo spesso, infatti, il giudice ha finito per occuparsi di casi probabilmente di cattiva gestione della cosa pubblica, ma sicuramente di dubbia rilevanza penalistica¹³).

‘E proprio la separazione dei poteri, infatti, così come sinora brevemente esposto, ad imporre che il giudice svolga la propria funzione giudiziaria, consentendogli - entro determinati limiti - di sindacare la legalità dell'attività amministrativa al fine di poter svolgere il proprio compito e accertare la commissione di illeciti penali. Al contempo però, è sempre lo stesso principio di separazione a vietare che il giudice travalichi la propria funzione giudicante, interferendo con l'attività amministrativa, o sostituendosi all'attività dei pubblici amministratori, nello scopo di garantire il rispetto delle libertà fondamentali e dei principi democratici. Ove ciò si verifichi, infatti, si rischia, come è stato affermato,¹⁴ per il tramite dell’“invadenza giudiziale” di concedere al giudice di entrare nei “santuari dell'amministrazione”, instaurandovi un processo penale, fonte di enorme discredito per i soggetti coinvolti e di conseguenza per la stessa Pubblica Amministrazione a cui essi appartengono.

Diventa così di importante rilievo, e tuttavia di altrettanta difficoltà, individuare il *limen* nell'ambito del quale sia consentito al giudice penale di muoversi, ed oltre il quale invece non gli sia dato spingersi. Si tratta, in buona sostanza, di un delicato equilibrio che consenta sia al giudice di svolgere

¹³ Tra i tanti ad insistere sul fenomeno, FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, Parte speciale*, vol. I, Bologna, 2009. Essi riconducono la complessa situazione ad una “permanente situazione di distorsione e confusione istituzionale nei rapporti tra ‘amministrazione’ e ‘partita politica’, nonché dell’assenza di efficaci controlli preventivi e successivi di natura extrapenale. ‘E anche vero, per altro verso, che un controllo penale espletato come ultimo baluardo della legalità istituzionale ha rischiato, almeno in alcuni casi, di attuare indebite ingerenze nelle valutazioni discrezionali riservate alla pubblica amministrazione”.

¹⁴ Così, PADOVANI T., *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 93.

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

2 *Separazione di poteri e separazione di autorità.*

Prima di affrontare in modo sistematico l'argomento, al fine di inquadrarlo correttamente, occorrerà preliminarmente ricordare che per molto tempo la tematica del sindacato del giudice penale in materia amministrativa è stata fatta coincidere con la questione attinente alla disapplicazione da parte del giudice penale dell'atto amministrativo illegittimo di cui all'all. E della L. n. 2245/1865.

Risulta necessario, sin da ora, evidenziare invece che le ipotesi in cui il giudice penale si trova a dover sindacare la materia amministrativa al fine di determinare la sussistenza di un reato sono molteplici e non attengono esclusivamente agli atti illegittimi. La presente ricerca si occuperà certamente, quindi, della problematica della disapplicazione degli atti amministrativi, ma non intenderà concentrarsi esclusivamente – o anche solo principalmente - sullo studio della stessa. E ciò per un duplice motivo. Prima di tutto, come appena detto, perché è necessario ampliare il campo di analisi, prendendo in considerazione non i soli atti amministrativi ma la cd. attività amministrativa complessivamente intesa. In effetti, il giudice penale non si occupa certo solo di atti, ma di qualsivoglia comportamento (anche puramente materiale) che presenti rilevanza penale. In tutti questi casi è l'attività dei pubblici amministratori *tout court* che acquista rilevanza per individuare il limite entro cui è consentito al giudice spingersi, e non solo gli atti illegittimi eventualmente da disapplicare.

In secondo luogo, anche quando ci si trovi di fronte ad un atto illegittimo, il giudice penale non si troverà sempre nella situazione di poterlo o meno applicare (con conseguente rilievo in questo caso del tema della disapplicazione dell'atto). Molto più spesso, infatti, il suo sindacato non riguarderà la disapplicazione, dovendo semplicemente invece verificare se una data situazione corrisponda o meno a quella penalmente rilevante descritta dalla fattispecie. In tutti questi casi, il profilo della disapplicazione si rivelerà, pertanto, del tutto

estraneo.

Prima di individuare compiutamente l'oggetto della presente ricerca, quindi, gioverà distinguere in via generale l'anzi detta tematica della separazione dei poteri dalla differente problematica attinente al riparto di giurisdizioni.

A partire dall'epoca dell'*Ancien Regime*¹⁵ in Francia, infatti, il contenzioso amministrativo, ossia l'insieme delle controversie giuridiche scaturenti dall'azione amministrativa, veniva devoluto all'amministrazione stessa, e sottratto al giudice ordinario. Tale circostanza, appunto, attiene alla tematica della cd. separazione di autorità, e non invece a quella della separazione dei poteri¹⁶. Il fatto che il giudice, dunque, sia in parte privato del proprio potere di giudicare in materia di contenzioso amministrativo, rimesso all'amministrazione stessa – ossia organo esecutivo –, rappresenta in verità una forma di confusione dei poteri, e non certo di separazione. Non è sicuramente, infatti, il principio di divisione dei poteri (di matrice illuministica) che intende impedire al giudice di svolgere la propria funzione tipica.

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

¹⁵ Per la precisione con l'editto di Saint-Germain-en-Laye del 21.2.1641 di Re Luigi XIII, per la prima volta, veniva infatti fissata la regola della separazione tra autorità amministrative e giudiziarie, che devolve il contenzioso amministrativo alle autorità amministrative (intendenti e consiglio del Re), e di conseguenza le sottrae all'autorità giudiziaria. Tale regola trova origine quindi in epoca di assolutismo monarchico, indipendentemente da una separazione dei poteri, ancora del tutto sconosciuta. Nel preambolo dell'Editto il Re espone proprio la necessità di delimitare i poteri dell'autorità giudiziaria e di separarli dall'azione amministrativa, per far cessare il conflitto che poneva i Parlamentari contro gli intendenti, a favore quindi di questi. Nei dieci articoli dell'editto, poi, si vieta ai Parlamentari qualsiasi intervento nelle questioni amministrative, in particolare l'art. 1 costituisce l'esplicito riconoscimento della separazione tra autorità giudiziaria e amministrativa. Esso recita: “nous avons de l'avis d'icelui et de notre certaine science, pleine puissance et autorité royale, dit et déclaré, disons et déclarons que notre dite cour de Parlement de Paris et toutes nos autres cours, n'ont été établies que pour rendre la justice à nos sujets; leur faisons très expresses inhibitions et défences, non seulement de prendre, à l'avenir, connaissance d'aucunes affaires semblables à celles qui peuvent concerner l'Etat, administration et gouvernement d'icelui que nous réservons à notre personne seule et de nos successeurs, rois, si ce n'est que nous leur en donnions le pouvoir et commandement spécial par nos lettres patentes, nous réservant de prendre sur les affaires publiques les avis de notre dite cour de parlement, lorsque nous le jugerons à propos pour le bien de notre service”.

¹⁶ Per tale distinzione tra separazione di poteri e di autorità, si veda GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002, 27 e ss.

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

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

Nell'ordinamento francese, in realtà, la separazione dell'autorità amministrativa e giudiziaria è stata nel tempo progressivamente ridotta¹⁷ fino a quando, con l'introduzione del codice penale del 1994, è stato espressamente riconosciuto il pieno controllo da parte del giudice penale sull'atto amministrativo rilevante ai fini del processo penale¹⁸.

Per quanto attiene all'Italia, invece, il tema del riparto di giurisdizione ha assunto importanza solo a seguito dell'introduzione – sotto il regime napoleonico – nel nostro Paese delle leggi francesi¹⁹, ivi comprese quelle relative al

¹⁷ A partire dal 1810, quando con l'Arret del 3 agosto la Corte di Cassazione riconosceva al giudice penale il compito di verificare la legittimità degli atti amministrativi. Per maggiori riferimenti, GOYARD C., *La compétence des tribunaux judiciaires*, Editions Montchrestien, Paris, 1962, 238 e ss.; TSEVAS D., *Le controle de légalité*, L.G.D.J., Paris, 1995, 100 e ss.

¹⁸ Il codice penale francese entrato in vigore il 1 marzo 1994 all' art. 111-5 ha affermato in via definitiva, infatti, il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa (solo in via d'eccezione dedotta davanti al giudice penale, poichè per via d'azione il controllo sull'atto amministrativo è ammesso esclusivamente davanti al giudice amministrativo, sulla base di un ricorso amministrativo), disponendo che: "i giudici penali sono competenti ad interpretare gli atti amministrativi, regolamentari o individuali e per valutarne la legittimità quando, da questo esame, dipenda la soluzione del processo penale che è loro sottoposto". Il codice penale francese, dunque, ha consentito di interpretare e valutare gli atti amministrativi da cui dipenda la soluzione del processo penale. Ha stabilito, in sintesi, la superiorità del principio di separazione dei poteri su quello della separazione delle autorità giudiziarie e amministrative. Pur non potendo annullare gli atti, al giudice spetta un sindacato senza limite, sia circa l'estensione che circa il genere di provvedimenti. Per una disamina sul punto, si veda GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice penale*, cit., 31 e ss.

¹⁹ Il codice napoleonico del 1810 fu introdotto nel 1811 nel Regno Italico, nel Principato di Lucca e nel 1812 nel Regno di Napoli.

contenzioso amministrativo²⁰.

Inizialmente venne importato²¹ pressoché in tutti gli stati italiani il modello napoleonico²², escludendo qualsiasi controllo del giudice sull'attività amministrativa, con conseguenti sanzioni penali verso il magistrato che si intromettesse nelle funzioni amministrative²³. Con la Restaurazione, però, in tutti

²⁰ Gli organi cui era affidato il contenzioso amministrativo nel Regno d'Italia napoleonico erano il Consiglio di Stato e i Consigli di Prefettura dipartimentali, le cui decisioni diventavano esecutive, solo se poi assunte in un decreto del Re.

²¹ Sul tema si richiama la Rivoluzione Napoletana del 1799 di natura giacobina con la quale già al tempo si cercava di introdurre una riforma dell'organizzazione amministrativa e giudiziaria sulla base del modello francese. Nel progetto di costituzione napoletana si proponeva di mutuare così le norme della costituzione francese, dell'anno III, in tema di separazione tra autorità amministrative e giudiziarie e sul divieto per l'autorità giudiziaria di ingerirsi nelle questioni amministrative. Mario Pagano perciò elaborava un testo recitava così: "le funzioni giudiziarie non possono essere esercitate né dal potere esecutivo né dal corpo legislativo." "i giudici non possono mescolarsi nell'esercizio del potere legislativo, né fare alcun regolamento. Non possono arrestare o sospendere l'esecuzione di niuna legge, né citare davanti a sé gli amministratori per ragioni delle loro funzioni". Sul punto, vedasi GHIRELLI A., *Storia di Napoli*, Torino, 1973, 155 e ss.

²² In questo contesto di adeguamento alla normativa francese, tuttavia, si inserisce in modo autonomo e originale l'opera di Giandomenico Romagnosi (1761-1835), teorico del contenzioso amministrativo. L'autore, infatti, formulava in modo rigoroso l'istituto del contenzioso, in via autonoma rispetto alle teorizzazioni francesi, elaborando la propria teoria anteriormente ad esse. Nei suoi *Principi fondamentali di diritto amministrativo*, Milano, 1837, 178, infatti, egli sosteneva che "bisogna trarre dalla legge positiva se di un affare sia competente l'autorità amministrativa o giudiziaria e di conseguenza stabilire chi può validamente conoscere dell'affare medesimo. Inoltre, se un dato punto dell'affare appartiene ad un'autorità e un altro appartiene all'altra: ciascuna di esse dovrà conoscere della sua parte dell'affare ed astenersi di ingerirsi nella parte che non è di sua competenza: e ciò perché "le leggi stabiliscono che ogni gerarchia deve conoscere esclusivamente degli affari connessi alla propria autorità. E che l'una non può ingerirsi nelle faccende dell'altra, e ciò sotto pena di nullità, e talvolta eziandio sotto pene personali contro il funzionario che si mescolasse nell'altrui giurisdizione. Esaminate di fatto moltissime decisioni segnatamente dell'impero francese, e voi le vedrete appoggiate alle leggi che decretarono la separazione delle funzioni amministrative e giudiziarie, e che proibirono sotto penale sanzione ai rispettivi funzionari di mescolarsi nelle altrui incumbenze". Inoltre "il principio dominante essendo l'indipendenza scambievolmente degli uffizi, o dei ministeri giudiziari ed amministrativi, non solo importa di sua natura che gli uni non possano mescolarsi nelle faccende degli altri ma importa eziandio che gli uni non possano né correggere, né in altro modo controvertire gli atti degli altri, comunque fossero irregolari ed incompetenti: in ogni caso ciò deve essere fatto dalla superiore autorità dalla quale ognuno dipende." Per i riferimenti maggiori citazioni dell'opera di Romagnosi e per un approfondimento sulle teorie romagnosiane, CANNADA BARTOLI E., *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964, 10 e ss.; e SALANDRA A., *La giustizia amministrativa*, cit., 282 e ss.

²³ In diversi stati italiani (Regno Subalpino, Lombardo - Veneto, Regno d'Etruria, Principato di Lucca, Regno di Napoli), si riproponeva infatti l'art. 127 del Codice francese Des Délits et des peines del 1810: "seront coupables de forfaiture, et punis de la dégradation civique, (...) les juges, les procureurs généraux ou impériaux, ou leurs substituts, les officiers de police judiciaire, qui auraient excédé leur pouvoir, en s'immiscant dans les matières attribuées aux autorités administratives, soit en faisant des règlements sur ces matières, soit en défendant d'exécuter les ordres émanés de l'administration, ou qui, ayant permis ou ordonné de citer des administrateurs pour raison de l'exercice de leurs fonctions, auraient persisté dans l'exécution de leurs jugements ou ordonnances nonobstant l'annulation qui en aurait été prononcée, ou le conflit qui leur aurait

gli stati italiani venne meno il sistema francese, reintroducendo la legislazione precedentemente in vigore, nella quale la tutela degli interessi individuali era affidata all'arbitrio dei funzionari amministrativi.

‘E grazie alla spinta, poi, delle idee liberali che si verificò un ritorno all’impianto di matrice francese in materia di contenzioso²⁴.

Anche il Regno del Piemonte accolse in quegli anni un sistema di riparto di giurisdizione in materia di contenzioso amministrativo sullo stampo di quello francese, senza però recepire il divieto penalmente sanzionato per il magistrato di invadere le attribuzioni amministrative²⁵.

Tralasciando ora l’analisi dell’evoluzione storica del contenzioso amministrativo in Italia, pare opportuno solo accennare alla situazione successiva alla unificazione del Regno d’Italia. Dopo plurime modifiche al disegno di legge e notevoli dibattiti politici, con una sorta di delega legislativa attribuita al governo Lamarmora, si giunse all’emanazione della celebre L. 1865 n. 2245, sull’unificazione amministrativa del Regno, con le sei leggi allegate (all. A: legge comunale e provinciale; all. B: legge di pubblica sicurezza; all. C: legge sulla sanità pubblica; all. D: legge sul Consiglio di Stato; all. E: legge sull’abolizione del contenzioso amministrativo; all. F: legge sui lavori pubblici). ‘E l’all. E, dunque, a regolare la problematica del contenzioso amministrativo, in linea generale procedendo ad abolire i tribunali amministrativi e devolvendo le

été notifié”.

²⁴ Così infatti è accaduto nel Regno di Napoli nel 1817, nello stato Pontificio nel 1835, nel Regno di Piemonte nel 1842, e parzialmente in Toscana nel 1849. Si veda NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Torino, 1994, 52 e ss. Il Codice del Regno delle Due Sicilie, poi, recepiva anche la sanzione penale per l’eccesso di potere dei magistrati penali che invadessero la competenza amministrativa, all’art. 231 (“l’uffiziale pubblico dell’ordine giudiziario, che faccia regolamenti in materie amministrative, o vieti l’esecuzione degli ordini emanati dagli uffiziali pubblici dell’ordine amministrativo, che faccia regolamenti in materie giudiziarie, o vieti l’esecuzione di sentenze o decisioni giudiziarie, sarà punito con l’interdizione da’ pubblici uffizj da sei a dieci anni”).

²⁵ Il contenzioso amministrativo veniva regolato con il decreto regio del 30.10.1959 n. 3708. Per una trattazione più approfondita del tema, SALANDRA A., *La giustizia amministrativa*, cit., 330 e ss. L’Autore riporta nel testo il celebre discorso tenuto dall’on. Mancini alla Camera, a favore dell’abolizione del contenzioso amministrativo e della devoluzione dello stesso al giudice ordinario. Interessante il passo: “presso di noi non vi è stato bisogno di minaccia penale contro quelli tra i magistrati i quali facessero invasione nel campo delle attribuzioni giudiziarie. (...) Nel codice penale del 1859, che è il codice penale di tutta la nazione italiana, meno della toscana, quel testo è scomparso, l’eccesso di potere dell’autorità giudiziaria non costituisce reato punibile di *forfaiture*, e con ciò la società ha dimostrato che non teme di essere posta in pericolo da facilità e frequenza di invasione del potere della giustizia nel campo amministrativo”.

questioni sui diritti soggettivi ai tribunali ordinari, sulla base del modello belga fondato sulla giurisdizione unica. Molteplici sono tuttavia le eccezioni previste, in cui viene mantenuta la competenza dell'autorità amministrativa.

L'attuale situazione della giustizia amministrativa in Italia, è rimandata comunque al capitolo successivo dove assai brevemente si tenterà di affrontare il tema del riparto di giurisdizione e di effettuare una disamina del potere di disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario, in particolare di quello penale.

In questa sede si è inteso solo dar conto del tema, evidenziando come il principio di separazione di autorità già storicamente risultava distinto rispetto a quello della separazione di poteri.

3 Le dimensioni della questione. Una prima analisi del sindacato del giudice penale.

Come dianzi accennato, la presente ricerca ha come oggetto il sindacato del giudice penale in materia di pubblica amministrazione, per esso intendendo un concetto più ampio della sola problematica del riparto di giurisdizione attinente al potere di disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice penale.

È stato già chiarito, in effetti, come assai spesso il giudice penale non si trovi nella situazione di dover o meno disapplicare un atto amministrativo. Come in passato la dottrina²⁶ ha evidenziato profusamente, i casi in cui il giudice penale è chiamato a disapplicare un atto sono solo quelli in cui egli si trovi a giudicare di comportamenti tenuti in conformità (ovvero in difformità) a quanto prescritto da tale atto, qualificandoli dunque come illeciti (o come leciti), e disapplicando di

²⁶ Si fa riferimento, in particolare, a Contento, il quale per primo ha insistito su tale distinzione, concentrando la propria attenzione proprio su tutte le ipotesi in cui il sindacato del giudice penale riguarda casi diversi da quelli della disapplicazione. Egli ha sottolineato con convinzione, così, la necessità di soffermarsi su entrambi gli aspetti e soprattutto di tenerli distinti poiché troppo a lungo la letteratura ha esaurito l'argomento dei limiti del sindacato del giudice penale nei limiti della disapplicazione. Sul punto, CONTENTO G., *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, 1979, 3 e ss.; CONTENTO G., *Il sindacato del giudice penale sugli atti e sulle attività della pubblica amministrazione*, in STILE A.M., *Riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1987, 81 e ss.; nello stesso senso anche PADOVANI T., *L'abuso d'ufficio*, cit., 85 e ss.

conseguenza l'atto ritenuto illegittimo. In tutti i rimanenti casi in cui il giudice invece non deve "qualificare" un comportamento tenuto sulla base di un atto amministrativo, perché la condotta tipica è estranea allo stesso atto, egli prescindere da simile tipo di valutazione. Il giudice, infatti, si occuperà di tutta l'attività della pubblica amministrazione, intesa non come manifestazione della volontà della pubblica amministrazione in quanto tale, bensì come analisi di comportamenti attivi o omissivi riferibili ad una determinata persona fisica (pubblico ufficiale, incaricato di un pubblico servizio ma anche un soggetto comune) che li ha posti in essere.

La verifica da parte del giudice penale della legittimità dell'attività di un soggetto in nome della Pubblica Amministrazione, perciò, non è volta tanto - o soltanto - alla successiva disapplicazione dell'atto, quanto invece all'accertamento di un elemento della fattispecie delittuosa. Il giudice opera, infatti, al fine di compiere la sua normale attività, controllando se si siano realizzati gli elementi costitutivi di una fattispecie tipica. Poiché sovente, in effetti, la fattispecie non è configurabile se non in presenza di un atto qualificabile, *latu sensu*, come "viziato", è imposto al giudice di accertare la sussistenza, o meno, di tale elemento normativo. Egli potrà occuparsi magari della legittimità di un atto, ma non per forza allo scopo di applicarlo, quanto al fine di determinare se il fatto tipico previsto da una norma penale sia stato o meno realizzato.

Così è ad oggi pacificamente riconosciuto anche dalla giurisprudenza, la quale ha ammesso che il giudice penale in molti casi non deve disapplicare un atto quanto "deve verificare l'integrazione o meno della fattispecie penale"²⁷.

Addirittura, secondo alcuni Autori, sarebbe questo l'aspetto prevalentemente caratterizzante il tema del sindacato perché precipuamente

²⁷ In tema di reati urbanistici, si veda tra le varie, Cass., III, 20.1.2009, n. 14504, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, 4. 167, ove si osserva che: "Il giudice penale, nel valutare la sussistenza o meno della liceità di un intervento edilizio, deve verificarne la conformità a tutti i parametri di legalità fissati dalla legge, dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dal titolo abilitativo; nel caso di accertata difformità da disposizioni legislative o regolamenti, ovvero dalle prescrizioni degli strumenti urbanistici, non si verifica una "disapplicazione", da parte del giudice penale, dell'atto amministrativo concessorio in quanto il giudice, qualora come presupposto o elemento costitutivo di una fattispecie di reato sia previsto un atto amministrativo ovvero l'autorizzazione del comportamento del privato da parte di un organo pubblico, deve verificare l'integrazione o meno della fattispecie penale e non limitarsi a verificare l'esistenza dell'atto o provvedimento amministrativo".

penalistico - a differenza di quello della disapplicazione, di stampo amministrativistico e pubblicistico. Essi hanno, così, affermato che con l'espressione "sindacato del giudice penale" dovrebbe intendersi - se non esclusivamente - almeno prevalentemente proprio tale attività, piuttosto che quella di disapplicazione incidentale dell'atto illegittimo²⁸.

Concludendo, nell'ambito del sindacato del giudice penale è possibile individuare sia il tema del potere di disapplicazione dell'atto amministrativo (che d'altro canto è stato fondato sul principio della separazione di autorità), che quello differente (prima ricondotto al principio della separazione dei poteri) del difficile equilibrio tra necessità di accertamento dei vizi di un atto al fine di stabilire l'avvenuta realizzazione di un illecito penale e tra la salvaguardia della discrezionalità amministrativa. È parso importante insistere su tale distinzione perché spesso tali argomenti sono stati oggetto di confusione: conseguenza ne è stata, in dottrina, la pretesa da parte di alcuni di trasferire, spesso senza motivazioni specifiche, le risultanze raggiunte nello studio di un ambito all'altro²⁹.

La presente indagine, pertanto, si pone come obiettivo quello di analizzare entrambe le questioni problematiche riconducibili alla tematica indicata, tentando però di mantenerle distinte. Si intende tuttavia concentrare precipuamente l'oggetto sul secondo aspetto, ossia sul confine tra potere di "intromissione" del giudice e sfera di "intangibilità" dell'autonomia amministrativa. Si è scelto di occuparsi quindi più rapidamente del tradizionale argomento della disapplicazione – *incidenter tantum* – dell'atto illegittimo (condividendo appieno che si tratti di un tema di matrice più propriamente pubblicistica ed amministrativistica), per dedicarsi maggiormente al tentativo di individuare i confini del sindacato del giudice penale in materia amministrativa al fine di accertare la sussistenza di illeciti penali. Si dovrà quindi studiare l'ampiezza dei poteri del giudice penale,

²⁸ In tal senso, GALIANI T., *Il sindacato giudiziario sugli atti amministrativi e norme penali*, in *Arch. pen.*, 1968, I, 301 e ss.; PATALANO V., *La sindacabilità dell'atto amministrativo e la configurazione del reato di abuso innominato di ufficio*, in *Foro pen.*, 1966, 61 e ss.

²⁹ In questi termini, sempre CONTENUTO G., *Giudice penale*, cit., 18. Egli è convinto che la materia non sia di fatto riducibile ad unità e che sia necessario mantenerla distinta. Infatti anche se alcuni problemi possono continuare a porsi in modo simile e allora è necessario "stabilire a quali delle due ipotesi si riferiscano determinate soluzioni, in ordine al contenuto e ai limiti dell'esercizio del potere di sindacato".

tentando di comprendere i limiti che esso trova.

Sembra però importante sin da ora restringere il campo di indagine, partendo dal presupposto che troppo numerose - e soprattutto eterogenee - sono le ipotesi in cui l'attività amministrativa assume rilievo, *latu sensu*, in ambito penale, svolgendo di volta in volta ruoli diversi.

La dottrina più risalente³⁰ ha posto correttamente in evidenza, infatti, che l'atto amministrativo (ma per atto deve intendersi l'attività tutta) può rivestire a seconda dei casi funzioni diverse nell'ambito della fattispecie criminosa. 'E stata proposta così una partizione, per sommi capi, a seconda del ruolo che il provvedimento assume all'interno dell'ipotesi delittuosa: in questo modo si distinguono i casi in cui l'atto amministrativo può consistere o nel mezzo di realizzazione della condotta criminosa, o nel presupposto della fattispecie (positivo o negativo, a seconda che la sua presenza ovvero la sua assenza siano essenziali ai fini della configurabilità del reato), ovvero anche in un riferimento esterno per la qualificazione di alcuni elementi del reato. L'atto, infine, può presentare anche efficacia esimente, ove sia previsto quale elemento costitutivo di questa.

In buona sostanza, le fattispecie più frequentemente realizzabili saranno quelle in cui l'atto entra a far parte della struttura del reato: potrà trattarsi sia di condotte attive che omissive, nel caso in cui sia proprio la mancanza di un dato atto o comportamento amministrativo a rendere illecita la condotta del soggetto attivo. Il provvedimento, in queste, ipotesi viene ad assurgere al ruolo - in pratica - di "elemento costitutivo negativo" ovvero di "presupposto negativo", a seconda che la mancanza dell'atto sia espressamente tipizzata nella descrizione del reato ovvero che costituisca solamente l'antecedente logico, affinché una determinata condotta possa essere qualificata come abusiva o ad esempio arbitraria³¹.

³⁰ ALIBRANDI T., *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, Napoli, 1969, 20 e ss.

³¹ Tali sono, ad esempio, le fattispecie che sanzionano alcune attività "senza licenza" o "senza autorizzazione dell'autorità", così come quei reati in cui si desume la necessità della presenza dell'atto autorizzativo dal fatto che l'attività viene descritta come compiuta "abusivamente" o "arbitrariamente". Si pensi, ad esempio, per i casi in cui l'atto rappresenta elemento costitutivo negativo, alle contravvenzioni di: formazione di corpi armati non diretti a commettere reati, di cui all'art. 653 c.p. ("senza autorizzazione"); vendita, distribuzione o affissione abusiva di scritti o disegni di cui all'art. 663 c.p. ("senza averne ottenuto l'autorizzazione richiesta dalla legge"), 666

In un altro insieme di casi, invece, l'atto può diventare la fonte del dovere giuridico la cui inosservanza costituisce la condotta illecita penalmente sanzionata (si vedano tutte quelle fattispecie in cui il reato consiste nella violazione di un provvedimento amministrativo, particolare o generale - come un regolamento -, indipendentemente dal fatto che esso sia espressamente richiamato ovvero consista in semplice presupposto del reato³²).

Ancora, in una terza tipologia di reati è proprio l'atto - o la sua mancanza - a costituire la condotta criminosa: essa si sostanzia appunto nel compimento o nell'omissione di tale atto³³. 'E' stato osservato³⁴, poi, che l'atto può esaurire la condotta tipica (come appunto accade nell'art. 328 c.p., sia con riferimento alla precedente formulazione che nell'attuale posteriore al 1990) ovvero deve essere

("senza la licenza dell'Autorità"); fabbricazione o commercio abusive di materie esplodenti di cui all'art. 678 c.p. ("senza licenza dell'Autorità"); fabbricazione o commercio non autorizzati di armi di cui all'art. 695 c.p. ("senza la licenza dell'Autorità"); porto abusivo di armi di cui all'art. 699 c.p. ("senza la licenza dell'Autorità"). Per un'ipotesi invece in cui l'atto costituisce presupposto negativo, si veda il delitto di abusivo esercizio di una professione di cui all'art. 348 c.p. ("abusivamente").

³² Esempio tipico di questa ipotesi secondo la suddivisione che si va proponendo è rappresentato dalla contravvenzione dell'inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità di cui all'art. 650 c.p., per questo anche emblema delle cd. norme penale in bianco, la quale commina l'inosservanza di "un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene". Su tale fattispecie si tornerà a breve, con riferimento appunto al problema se l'atto di cui all'art. 650 c.p. possa essere considerato vero e proprio elemento integrativo del reato ovvero solo presupposto: nonostante molti sul punto preferiscono definirlo presupposto (escludendo così i rischi di illegittimità costituzionale) si preferisce abbracciare in realtà quella tesi che considera il provvedimento quale elemento integrativo del reato.

³³ Il riferimento più immediato pare essere, chiaramente quello del delitto di rifiuto o omissione di atti d'ufficio di cui all'art. 328 c.p. Si vuole evidenziare, tuttavia, che non tutta la dottrina è concorde nel considerare l'art. 328 c.p. comma 2 uno dei casi in cui la condotta si realizza tramite il compimento dell'atto o la sua omissione. In effetti, vi è stato chi ha evidenziato che mentre per l'art. 328 comma 1 non si pone alcun problema, per il comma 2 il soggetto attivo è punito se oltre a non compiere l'atto non espone le ragioni del suo ritardo. Per questo alcuni hanno preferito sostenere che in questo caso il provvedimento concorra a definire la norma: così, DASSANO F., *Il delitto di rifiuto ed omissione in atti d'ufficio*, Torino, 1992, 130 e ss. Non si condivide tuttavia tale impostazione preferendo credere che anche nel comma 2 l'atto sia una modalità di realizzazione della condotta, pur se accompagnato anche dalla mancata esposizione delle ragioni del ritardo.

³⁴ Sempre CONTENUTO G., *Giudice penale*, cit., 18, ovviamente con riferimento al delitto di cui all'art. 328 c.p. prima della riforma del 1990, ma sul punto nulla è cambiato in ordine all'individuazione della posizione dell'atto. La partizione proposta, dunque, è quella enucleata da Contorno nelle sue opere. Diverse suddivisioni sono state nel tempo individuate da altri Autori, come ad esempio PETRONE M., *Attività amministrativa e controllo penale*, Milano, 2000; PETRONE M., *La disapplicazione dell'atto amministrativo: aspetti penali*, in *Quaderni del CSM*, 1987, 1, 69.

accompagnato da ulteriori elementi caratterizzanti (quali la illegittimità dello stesso³⁵). La fattispecie, inoltre, può prevedere tale elemento costitutivo come unica forma di realizzazione del reato ovvero come modalità esecutiva alternativa, realizzabile anche altrimenti. In questo gruppo si fanno rientrare anche le ipotesi in cui l'atto costituisce l'evento del reato³⁶.

Esistono, poi, delitti in cui pur non essendo richiesta espressamente né presupposta implicitamente, risulta indispensabile accertare l'esistenza o meno di un atto amministrativo, per stabilire se è stata integrata una fattispecie ovvero una diversa³⁷.

Infine, come sopra anticipato, spesso l'atto amministrativo può costituire elemento descrittivo di una esimente³⁸. Secondo parte della dottrina³⁹ potrebbe farsi, inoltre, rientrare l'atto amministrativo anche nella scriminante generale di cui all'art. 51 c.p. dell'esercizio del diritto, tramite l'estensione di tale causa di giustificazione anche alle situazioni in cui il soggetto intenda far valere un suo interesse legittimo o un "diritto affievolito"⁴⁰ scaturente da un atto amministrativo di cui sia

³⁵ Così, per esempio, accade per il delitto di abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p. ove l'atto amministrativo può costituire elemento di realizzazione della condotta solo ove esso integri una violazione di legge o regolamento ovvero un'omissione di astenersi. Nell'art. 323 c.p., però, l'atto amministrativo può consistere anche nello stesso evento di danno ingiusto o di vantaggio patrimoniale ingiusto. L'atto comunque può rappresentare la condotta tipica anche in altri reati contro la pubblica amministrazione: si veda, infatti, il delitto di peculato (art. 314 c.p.), ove l'appropriazione può ben verificarsi per il tramite del compimento di un atto amministrativo.

³⁶ Oltre che al già ricordato art. 323 c.p., si pensi ai delitti di corruzione (artt. 318-319 c.p.) dove l'atto può svolgere la funzione di evento del reato, ovvero anche al delitto di concussione (art. 317 c.p.).

³⁷ Per determinare la sussistenza di un dato elemento del reato, in alcuni casi si deve infatti accertare l'esistenza o meno di un atto amministrativo. Così avviene, a titolo esemplificativo, nel caso in cui si debba comprendere se il soggetto attivo del reato possieda o meno la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio, per comprendere se sia stato integrato un reato comune ovvero un reato proprio (cd. non esclusivo). Suddetta distinzione rileverà nel caso tipico in cui si debba ricondurre una condotta al delitto di appropriazione indebita ovvero di peculato, a seconda che il soggetto rivesta la qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio ovvero sia un soggetto comune.

³⁸ Si potrà trattare, in pratica, di esimenti tramite atti che prevedono la legittimità (come l'ordine dell'autorità), ovvero tramite atti illegittimi (come la reazione legittima agli atti arbitrari del pubblico ufficiale, di cui all'attuale art. 393 -bis).

³⁹ Così, MANTOVANI F., *Esercizio di un diritto*, in *Enc. Dir.*, XV, 1966, 627 e ss.; invece, contra, CARACCIOLI I., *L'esercizio del diritto*, Milano, 1965, 23.

⁴⁰ L'espressione appartiene a CONTENTO G., *Giudice penale*, cit., 23. L'autore evidenzia come nelle ipotesi di esercizio del diritto e di adempimento del dovere il giudice si trovi nella situazione di dover disapplicare l'atto illegittimo, poiché non conforme alla legge, e quindi privo dell'efficacia esimente che si invoca. Tranne infatti l'eccezione dell'ordine illegittimo cd.

destinatario o beneficiario.

Una volta identificati i numerosi casi in cui l'attività amministrativa assume rilevanza ai fini del diritto penale, il problema ulteriore, poi, consiste nel tracciare i limiti alla valutazione consentita al giudice sull'attività amministrativa: la dottrina si è infatti a lungo interrogata se nelle diverse ipotesi essa possa estendersi a tutti i tradizionali vizi dell'atto ovvero se l'intervento del giudice penale debba limitarsi a solo alcuni di essi: ossia, in sintesi, il dibattito atteneva al dubbio se il giudice potesse accertare i soli vizi di legittimità ovvero anche quelli di merito, e – ancora - se nell'ambito della legittimità il giudice potesse verificare tutti i vizi o meno (in particolare il problema, come è intuibile, riguarda l'eccesso di potere).

L'intento di chi si opponeva a tale sindacato, infatti, era quello di evitare di sovrapporre i vizi amministrativi con l'area del penalmente rilevante. In questo modo, si cercava di mantenere distinta l'illiceità penale rispetto alla illegittimità amministrativa, e – ove si ritenesse di estendere l'indagine giudiziale anche al merito (pur sembrando piuttosto difficile siffatta estensione) – il cd. merito criminale da quello amministrativo. Troppo spesso infatti tali aree hanno finito per coincidere, pur dovendo invece restare ben separate⁴¹.

Stante quindi la vastità della materia - come emerge dalla veloce panoramica effettuata -, si è deciso di restringere l'oggetto della ricerca a solamente alcune tra le molteplici ipotesi delittuose, ossia al capo I, titolo II, libro

vincolante (purché -si ritiene- non sia manifestamente criminoso), per poter spiegare l'indicata efficacia giustificante l'atto deve essere non solamente valido, ma anche esente da vizi. Così, CONTENTO G., *Il sindacato*, cit., 87.

⁴¹ Il progressivo confondersi sotto il sindacato del giudice penale delle diverse sfere di illegittimità amministrativa e di illiceità penale è stato aspramente criticato in dottrina, rischiando altrimenti il giudizio penale di divenire una sorta di mezzo alternativo di impugnazione di un atto illegittimo. In tal senso si sono espressi SEGRETO A. – DE LUCA G., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 131, ove, infatti, si legge - con riferimento alla riforma dei reati contro la pubblica amministrazione con la L.86/1990 - che “il naufragio della riforma del 1990 deve attribuirsi, quasi esclusivamente, alla carenza di confine tra illegittimità amministrativa e illiceità penale, che hanno fatto coincidere, il più delle volte l'atto illegittimo con la condotta criminosa del pubblico ufficiale e dell'incaricato di pubblico servizio, tanto che la norma spesso ha rappresentato una mezzo di impugnazione dei provvedimenti amministrativi, alternativo agli ordinari ricorsi”. Così, anche DI MARTINO A., *Abuso d'ufficio*, in DI MARTINO A. – BONDI A. – FORNASARI G., *Reati contro la pubblica amministrazione*, II ed., Milano, 2008, 246, ove si rinviene che la “generalità del parametro priverebbe il giudice di un reale criterio di selezione tra mera illegittimità amministrativa e illiceità penale”.

II del nostro codice penale: i delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione.

L'argomento, in realtà, verrà affrontato concentrando l'attenzione esclusivamente su alcuni aspetti: in particolare, si presenteranno in via generale i delitti che presentano i maggiori aspetti critici, e poi sarà dedicato un approfondimento a se stante all'abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p., il quale *in primis* presenta spunti di analisi sul tema *de quo*. La prospettiva tramite la quale, poi, si è scelto di analizzare la materia sarà, prima di tutto, quella di ripercorrere gli interventi legislativi che si sono succeduti: tramite l'analisi delle ipotesi abrogate e di quelle modificate nel capo dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, si proverà a tracciare la strada che il Legislatore ha percorso nel dare una soluzione al sentito problema del troppo esteso sindacato del giudice penale in materia amministrativa.

1.3.1 (segue) la posizione dell'atto amministrativo rispetto alla norma incriminatrice: elemento integrativo o presupposto della fattispecie.

Come si è appena indicato, dunque, l'atto amministrativo può trovarsi a rivestire una molteplicità di posizioni diverse nell'ambito della fattispecie di reato, le quali necessitano di essere trattate in modo differenziato. In ogni caso, ognuna di esse implica un intervento di sindacato del giudice penale volto appunto all'accertamento della commissione del reato, mentre non comporta necessariamente la disapplicazione del provvedimento.

Nonostante non sia possibile occuparsi di tutti i casi in questione, appare importante brevemente analizzare ora le ipotesi che possono verificarsi e le conseguenze da esse scaturenti.

Si è scelto, a tal fine, di ripercorrere la celebre tesi formulata da Petrone, che è sembrata molto interessante ed ampiamente condivisibile⁴². Essa, innanzi tutto, è infatti partita con il distinguere - come si è detto - tra i casi in cui l'atto

⁴² Si fa riferimento, sul punto, alla tesi proposta da Petrone, il quale in più occasioni si è occupato della tematica in esame: così, PETRONE M., *Attività amministrativa e controllo penale*, Milano, 2000; PETRONE M., *La disapplicazione dell'atto amministrativo: aspetti penali*, in *Quaderni del CSM*, 1987, n.1, 61.

può assumere una rilevanza “interna” ovvero “esterna” alla fattispecie incriminatrice, agendo quindi all'esterno di essa (come avviene per esempio per il provvedimento di ammissione all'oblazione ovvero di concessione della grazia).

Nell'ambito degli atti che presentano rilievo interno, dunque, ha annoverato le ipotesi -già prima individuate - di cd. atto-reato (tra cui si inseriscono per esempio l'abuso d'ufficio e il peculato per distrazione, per le quali sarebbe del tutto scorretto riferirsi alla disapplicazione), dell'atto oggetto del delitto nei reati di falso in atto pubblico, ed infine di atto quale presupposto positivo o negativo della condotta. E, in ultimo, egli ha individuato le situazioni in cui il provvedimento ha la funzione di scriminante come il già citato ordine dell'autorità di cui all'art. 51 c.p. ovvero la reazione legittima agli atti arbitrari del pubblico ufficiale ai sensi dell'art. 393 -*bis* c.p. L'atto, inoltre, può anche rilevare come circostanza aggravante⁴³.

Secondo l'impostazione di Petrone, soltanto quando il provvedimento assuma efficacia cd. “esterna” potrebbe entrare in gioco la disapplicazione; in tutti gli altri casi, invece, l'atto subirebbe un controllo di legittimità ai fini della determinazione della commissione del reato, ed i limiti di rilevanza dell'atto dovrebbero stabilirsi nell'ambito della norma e dell'interesse dalla stessa protetto⁴⁴. In particolare, lo studioso ritiene quindi che i provvedimenti amministrativi interni alla fattispecie siano “elementi normativi della fattispecie”, da valutarsi con riferimento alle norme amministrative che li regolano. Il giudice, quindi, dovrà limitarsi ad un controllo di legalità secondo i confini disegnati dal legislatore nel descrivere il reato – esplicitamente o implicitamente (cioè tramite appunto un'interpretazione ricavabile dalla *ratio* della norma e dal bene giuridico

⁴³ Ci si riferisce ad esempio alla circostanza aggravante di cui all'art. 528 c.p. in tema di spettacoli osceni, per aver commesso il fatto “nonostante il divieto dell'autorità”. In questo caso, bisognerà determinare se – per l'integrazione della circostanza – basti l'emanazione del divieto, ovvero se occorra la legittimità dello stesso. Così PETRONE M., *La disapplicazione dell'atto amministrativo: aspetti penali*, cit., 72 e ss.

⁴⁴ Per Petrone, infatti, è necessario considerare l'interesse protetto e la *ratio* dell'incriminazione. Infatti: “deve ritenersi compreso nel tipo e, dunque, nel controllo, tutto ciò che, al di là della lettera della legge, sia imposto dalla immancabile funzione interpretativa, anche estensiva, della disposizione penale: condotta, come in ogni caso, alla luce del bene giuridico tutelato, della *ratio* della norma e di ogni altro bene giuridico ricavabile dal sistema per ricostruire l'intenzione del legislatore”. Così PETRONE M., *La disapplicazione*, cit., 84 e ss.; e PETRONE M., *Attività amministrativa*, cit., 16 e ss.

tutelato)⁴⁵.

L'esempio forse più citato di atto che assurge al ruolo di specificazione della condotta è costituito dall'art. 650 c.p., ove lo schema è quello secondo cui la sanzione è proprio conseguenza giuridica dell'inosservanza del provvedimento dell'Autorità⁴⁶. A prescindere che la norma stessa preveda uno specifico termine che implichi un controllo sull'atto (in questo caso il testo utilizza "legalmente"), si crede che in questo caso il sindacato del giudice non sarà volto alla disapplicazione o meno dell'atto. Egli dovrà semplicemente verificare la presenza di un provvedimento amministrativo che sia legittimo: il vaglio di legittimità porterà quindi solo all'accertamento dell'elemento della condotta.

Nel caso di specie tuttavia, è acceso il dibattito in tema di quale ruolo svolga l'atto, ossia se esso possa considerarsi integrativo della norma penale - come qui si ritiene preferibile - o meno - cioè che esso costituisca mero presupposto del reato -, con i conseguenti problemi attinenti il principio di riserva di legge ed il rischio di illegittimità costituzionale delle cd. norme penali in bianco⁴⁷.

⁴⁵ PETRONE M., *Attività amministrativa e controllo penale*, cit., 160 e ss.. Per quanto riguarda invece gli eventuali atti ampliativi della sfera giuridica soggettiva, l'Autore ritiene che in queste situazioni sia opportuno comprendere "se la norma tuteli l'interesse finale o quello meramente strumentale al controllo; nel primo caso l'atto di controllo dovrà anche essere legittimo oltre che esistente; nel secondo, invece, l'atto rileverà in sé, indipendentemente dalla sua legittimità". Così PETRONE M., *La disapplicazione dell'atto amministrativo: aspetti penali*, cit., 99.

⁴⁶ Seguono lo stesso schema comunque anche l'art. 698 c.p. ovvero 329 c.p., così come l'art. 44 del t. u dell'edilizia (precedentemente, art. 20 lett. a) L. 47/1985.

⁴⁷ Secondo parte della dottrina, infatti, ove si considerasse lo stesso integrativo del precetto, la norma penale presenterebbe allora una struttura con condotta indefinita, trovando determinatezza solo grazie al singolo provvedimento violato, che diventerebbe vera e propria fonte di legge insieme all'art. 650 c.p.. La norma, in bianco, violerebbe quindi il principio di riserva di legge. Un diverso orientamento, invece, in ordine a tale ipotesi, preferisce sostenere (si è appena visto infatti nel pensiero di Contento) che il singolo atto non assurge al ruolo di integrare il precetto, limitandosi a costituirne il presupposto di fatto. Seguendo tale impostazione allora sarebbe pertanto già esaurientemente descritto dalla norma, poiché le scelte politico-criminali sarebbero già state effettuate dal legislatore a priori. In questo senso, ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, 38; MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, I, Milano, 2001, 111; o anche AZZALI G., *La tutela penale dell'ambiente*, Padova, 2001, 326. DE VERO G., *Inosservanza di provvedimenti di polizia e manifestazioni sediziose e pericolose*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 79, quindi sostiene che "non siamo qui in presenza di una norma penale in bianco, ma di una norma completa, che rinvia a concreti e contingenti provvedimenti amministrativi del tutto privi dei requisiti di astrattezza e generalità che possono farli assurgere al rango di fonte normativa". Tale prospettiva non appare tuttavia condivisibile, poiché sembra invece che il provvedimento amministrativo concorra proprio a definire la condotta: anzi, procedendo diversamente, si finirebbe per ritenere che l'atto sia mero presupposto e che l'art. 650 c.p. allora sia reato che sanzioni la mera disobbedienza, senza un contenuto di offensività. Insomma, nonostante il rischio insito di indeterminatezza e di illegittimità

Senza soffermarsi ora sull'analisi di simile questione assai ampia e complessa, si intende ricordare l'ulteriore e diverso caso - a cui dunque in molti riconducono l'art. 650 c.p. - in cui l'atto costituisce il presupposto del reato. Esso potrà a sua volta essere presupposto positivo o negativo a seconda che la sua presenza o la sua assenza sia un antecedente logico-giuridico del comportamento del soggetto, divenendo dunque un elemento costitutivo della fattispecie anteriore alla condotta e da essa indipendente. In ordine ai presupposti negativi, si possono citare ad esempio - in materia urbanistica o ambientale - le contravvenzioni di interventi in assenza di permesso di costruire (art. 44 t.u. edilizia) o di gestione di rifiuti in assenza di autorizzazione. Ancora, altro caso può rinvenirsi nell'esportazione all'estero di cose di interesse storico-artistico senza autorizzazione amministrativa (art. 123 d.lgs. 490/1999).

Con riferimento, invece, all'atto quale presupposto positivo, può richiamarsi l'art. 734 c.p. (dove la distruzione o il deturpamento delle bellezze naturali avviene "in luoghi soggetti alla speciale protezione dell'autorità"). La condotta tipica, infatti, in quest'ipotesi è delimitata alle sole bellezze naturali soggette alle prescrizioni adottate dalla Pubblica Amministrazione. Il provvedimento in questo caso pertanto non appare come integrativo del precetto, ma solo quale presupposto dell'area penalmente rilevante volto ad individuare cioè il campo dei beni rilevanti ai fini del reato, così come la giurisprudenza ha riconosciuto⁴⁸.

Di diverso tipo, poi, sono quegli atti che non concorrono affatto a definire la norma, ma costituiscono la realizzazione della condotta tipica: il provvedimento

costituzionale, si vuole riconoscere che nell'art. 650 c.p. il provvedimento dell'autorità integra il precetto, definendo la condotta e connotando il reato della necessaria offensività. In questo senso autorevolmente si sono espressi, tra i molti, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, cit., 56, per i quali "ne deriva che l'effettiva determinazione del fatto costituente reato rimane affidata, in fondo, alla stessa autorità amministrativa"; PADOVANI T., *L'abuso di ufficio e il sindacato*, cit., 85, dichiara che "nell'art. 650 c.p. l'atto amministrativo concorre ad integrare il precetto, delineando in termini particolari quale condotta sia suscettibile di violare la disposizione incriminatrice". Nello stesso senso, anche CARBONI G., *Norme penali in bianco e riserva di legge: a proposito della legittimità costituzionale dell'art. 650 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 468; o ancora STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1978, 227, il quale distingue tra "il caso in cui il provvedimento entra nel precetto penale in senso stretto - esempio di scuola è l'art. 650 c.p. - da quello in cui lo stesso, pur svolgendo un ruolo nella qualificazione della condotta, non integra il comando penalmente tutelato".

⁴⁸ Così, Cass., SSUU, 21.10.1992, in *Cass. pen.*, 1993, 806.

quindi in tali ipotesi assurge a modalità di realizzazione della condotta tramite cui si integra la fattispecie di reato. In questo insieme di ipotesi è possibile annoverare ad esempio il peculato di cui all'art. 314 c.p., la concussione all'art. 317 c.p. o la corruzione agli artt. 318 e ss., e l'abuso d'ufficio all'art. 323 c.p. Nel senso in cui invece il mancato compimento dell'atto costituisca la realizzazione della condotta tipica, il caso più immediato è costituito dall'art. 328 c.p., come si è già enunciato al paragrafo precedente.

In tutti questi delitti, risulta evidente che l'atto, pertanto, non riveste la funzione di definire il contenuto precettivo della norma, ma esso semplicemente diventa una delle modalità mediante cui può estrinsecarsi il reato: sarà possibile chiamarli così "atti-reato".

Il giudice dovrà certamente sindacare simili atti proprio perché costituiscono loro stessi il reato, ma nemmeno in questi casi dovrà procedere a disapplicarli, limitandosi invece ad accertare la realizzazione del fatto tipico.

Continuando quindi con l'analisi dei casi in cui l'atto è "esterno" alla fattispecie e non concorre in alcun modo ad esprimere la regola di condotta in cui si sostanzia la norma incriminatrice, l'Autore annovera ancora - oltre all'ipotesi dei cd. atti-reato appena indicata - i casi in cui l'atto svolge funzione di scriminante nel reato ovvero causa estintiva dello stesso.

Partendo dall'atto quale causa di giustificazione, si è già detto come esistano alcune situazioni in cui il provvedimento esclude l'antigiuridicità della condotta: si è accennato all'art. 51 c.p., ma ben ci si potrebbe riferire all'art. 393 *bis* c.p. ovvero anche a leggi speciali⁴⁹.

In questi casi, vi è chi ritiene possibile procedere con una disapplicazione in *malam partem*⁵⁰, poiché l'atto amministrativo illegittimo è esterno alla norma e

⁴⁹ Ad esempio, si pensi alla scriminante prevista dall'art. 6 L. 110/1975, ove il parere della Commissione consultiva centrale per il controllo delle armi - la quale esclude che un'arma ad aria compressa sia considerata arma comune da sparo - abbia efficacia esimente. In materia è intervenuta la pronuncia della Consulta secondo cui il provvedimento della commissione illegittimo deve essere disapplicato dal giudice penale. Così, Corte Cost., 10.6.1982, n. 108, in *Foro it.*, 1982, I, 2730; in senso contrario, invece, Cass., 27.4.1983, in *Cass. pen.*, 1984, 1516. In dottrina si veda CARCANO D., *Armi ad aria compressa, lanciarazzi, "altri strumenti considerati armi comuni da sparo"*, e "giocattoli riproducenti armi" nella nuova legge 21 febbraio 1990, n. 36, in *Cass. pen.*, 1991, 1148 e ss.

⁵⁰ Sul tema la giurisprudenza si è espressa anche in passato in materia di ordinanze contingibili

dunque non si violerebbero i principi costituzionali discendenti dall'art. 25, comma 2 Cost. (sulla disapplicazione *in malam partem* si tornerà comunque nel capitolo successivo).

Infine, come appena accennato, è possibile enucleare il caso in cui l'atto interviene come causa estintiva del reato. Anche in questa situazione, come nella precedente, si condivide l'orientamento secondo cui anche in questo caso sarebbe possibile parlare di potere-dovere di disapplicazione da parte del giudice penale, dunque in *malam partem*. Esempi tipici sono così la cd. concessione edilizia in sanatoria (ora permesso di costruire in sanatoria) ed il cd. condono edilizio⁵¹. In

ed urgenti in ambito di gestione di rifiuti anche in deroga della normativa vigente: senza le stesse, che giustificano la condotta, altrimenti si verterebbe in ipotesi di gestione di rifiuti non autorizzata. Esse erano previste all'art. 13 del d.lgs. 227/1997, poi riprodotto sostanzialmente nell'attuale art. 191 d. 152/2006. Sotto la precedente disciplina, si veda Cass., III, 27.1.1998, in *Foro it.*, 1999, II, 18 e ss., con nota di AMENDOLA G., *Le ordinanze di urgenza nel nuovo decreto sui rifiuti: una parola chiara della Cassazione*. Seguendo l'orientamento secondo cui il giudice ordinario dovrebbe disapplicare l'atto solo in presenza di una lesione di diritti soggettivi (come affermato dalla cd. sentenza Giordano, che si analizzerà meglio nel prossimo capitolo) il giudice penale dovrebbe disapplicare così l'ordinanza che potrebbe ledere diritti soggettivi, giacché la gestione di rifiuti potrebbe ledere il diritto alla salute e all'ambiente che la normativa vigente costituisce in capo ai singoli. In altre pronunce la Corte è giunta alla stessa soluzione: si segnala tuttavia Cass., III, 16.10.1998, in *Foro it.*, 1999, II, 391 e ss. nella quale si descrive la presenza di un'ordinanza con tingibile e urgente quale elemento di natura negativa della fattispecie penale. Si ritiene che tale inquadramento non sia affatto corretto e che come appena detto sopra qualora l'atto amministrativo fosse elemento interno alla fattispecie non sarebbe consentito disapplicarlo. Si veda anche Cass., III, 16.2.2001, in *Riv. giur. amb.*, 2001, 800 e ss., con nota di DODARO G., *Ordinanze contingibili e urgenti in materia di rifiuti*, il quale ripercorre una molteplicità di sentenze sul punto.

⁵¹ Per concessione edilizia – o permesso di costruire – in sanatoria si intende quel provvedimento che rende, *ex post*, lecita un'attività edilizia eseguita senza osservare le procedure di controllo preventivo dell'amministrazione comunale sulla rispondenza delle iniziative di trasformazione del territorio, purchè tale attività comunque risulti conforme agli strumenti urbanistici. In buona sostanza l'opera realizzata deve essere conforme alla normativa urbanistica, e per poter dichiarare l'estinzione dei reati urbanistici è necessario che il soggetto attivo ottenga il provvedimento amministrativo di permesso di costruire in sanatoria dall'autorità competente.

Il condono edilizio, invece, consiste in quella procedura in sanatoria degli abusi edilizi e urbanistici che si conclude con un provvedimento grazie al quale si verifica l'estinzione del reato connesso a tale edificazione abusiva (come causa di improcedibilità sopravvenuta). In entrambe le ipotesi, il giudice penale dovrà accertare la legittimità di tali provvedimenti ed eventualmente disapplicarli qualora ritenga che l'imputato non possa beneficiarne. Infatti, altrimenti, se i presupposti dei provvedimenti risulteranno essere inesistenti, dovrà dichiarare non integrata la causa di estinzione del reato. Si vedano sul punto, REZZONICO S., *I reati edilizi*, ne *Il sole 24 ore*, 2000, 209 e ss.; FANTINATO L., *I reati urbanistici* (voce), in RONCO M. – GAITO A. (a cura di), *Leggi penali complementari commentate*, II, Torino, 2009, 3130 e ss. In giurisprudenza, nel senso della disapplicazione dell'atto, Cass., III, 15.10.1996, in *Cass. pen.*, 1997, 3345; o Cass., III, 13.10.1997, in *Cass. pen.*, 1999, 261; Cass., III, 27.1.1997, in *Cass. pen.*, 1223; Cass., III, 24.2.2001, in *Urb. e app.*, 2001, 575; Cass., III, 25.5.2000, in *CED Cass.* n. 217520, in cui si afferma che la concessione edilizia in sanatoria può essere sindacata anche nella fase esecutiva (il giudice cioè dovrà accertare la presenza di cause ostative, sospensive o estintive dell'esecuzione

questi casi, infatti, poiché essi svolgono la funzione di fatti estintivi di reati già commessi, appare che essi debbano e possano previamente essere vagliati dal giudice. Tale opinione è stata sostenuta anche dalla Corte Costituzionale⁵², la quale ha riconosciuto che in materia di estinzione di reati urbanistici al giudice penale è consentito di disapplicare la concessione (oggi permesso di costruire) in sanatoria rilasciata fuori dai presupposti di legge.

Anche con riferimento a tali fenomeni estintivi, non è mancato però chi ha preferito affermare nuovamente che non si debba trattare di disapplicazione, ma di semplice accertamento del fatto da parte del giudice⁵³. In buona sostanza, come in molti dei casi precedenti, anche qui il giudice si troverebbe semplicemente a dover riconoscere l'illegittimità del condono o della sanatoria, e di conseguenza la mancata estinzione del reato, senza procedere con la disapplicazione. Secondo tale indirizzo, allora, la disapplicazione in materia penale dovrebbe sempre ritenersi esclusa. Pare, invece, in questa sede di dover rilevare che quando l'atto rappresenta una causa estintiva del reato sia più corretto parlare di disapplicazione. In effetti, mentre si ritiene che per la maggior parte dei casi precedenti sia erroneo far riferimento alla disapplicazione poiché invece il giudice dovrebbe limitarsi ad accertare la sussistenza degli elementi della fattispecie delittuosa, in questo caso specifico è possibile ravvisare il tipico meccanismo della disapplicazione: una volta verificato che l'atto è illegittimo, il giudice, infatti, dovrà omettere di applicarlo in ossequio agli artt. 2, 4 e 5 dell'all. E, escludendo dunque l'estinzione del reato.

Effettuata tale breve disamina delle diverse posizioni che l'atto amministrativo può assumere nell'ambito della fattispecie penale, si può dunque concludere nel senso che il generale potere di disapplicazione previsto nel nostro ordinamento risulta nella pratica limitato a poche ipotesi, per non dire addirittura quasi inesistente: si vedrà tra breve, infatti, come ormai la giurisprudenza tenda

delle sanzioni amministrative conseguenti alla condanna e potrà non tenere conto dei provvedimenti di sanatoria eventualmente emessi in situazioni di illegittimità palese).

⁵² Corte Cost., 22.7.1996, n. 270, in *Giur. cost.*, 1996, 2383.

⁵³ NOVARESE F., *La concessione in sanatoria. Profili penalistici*, in *Riv. giur. edil.*, 1992, II, 18; Cass., III, 22.9.1997, in *Cass. pen.*, 1998, 3084; Cass., III, 27.3.1990, in *Cass. pen.*, 1992, 1313.

per lo più ad escluderlo. Ai sensi dei principi costituzionali, oltretutto, la disapplicazione in *malam partem* (ossia in conseguenza della quale si producono effetti sfavorevoli per l'imputato) non deve considerarsi ammissibile nei casi in cui l'atto contribuisce a delineare il precetto (ossia - come detto sopra - quando esso è interno al reato), poiché si finirebbero per violare i noti principi costituzionali che informano il diritto penale sostanziale. Diversamente potrebbe invece dirsi quando il provvedimento risulta esterno alla norma, e non concorre ad esprimerla, sia che esso operi come scriminante sia che consista in una causa estintiva del reato. Preme sin da ora evidenziare, tuttavia, come questa impostazione non sia del tutto convincente, quanto meno con riferimento alle cause di giustificazione. Mentre, infatti, i provvedimenti che svolgono la funzione di cause estintive del reato sono più facilmente configurabili come esterni alla norma - e quindi possono essere disapplicati, anche in *malam partem* - per le scriminanti il discorso appare ben più complesso, poiché non sembra che le esse possano considerarsi in via assoluta estranee ed esterne al precetto. Sull'argomento, tuttavia, si tornerà più diffusamente nel corso del capitolo successivo.

4 *L'indipendenza della Pubblica Amministrazione. Il concetto di discrezionalità.*

Individuati dunque i principi fondanti della questione, le problematiche e il tema della ricerca, si intende ora brevemente ricordare le nozioni attinenti all'attività amministrativa, cioè - in particolare - la nota distinzione tra la cd. azione vincolata, da un lato, e la cd. discrezionalità amministrativa, dall'altro⁵⁴.

⁵⁴ BARONE G., *Discrezionalità (dir. amm.)* (voce), in *Enc. giur. it.*, XI, Roma, 1989; BACHELET V., *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1987; BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1984; CORAGGIO G., *Merito amministrativo (voce)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 130 e ss.; MATTARELLA G., *Discrezionalità amministrativa (voce)*, in CASSESE S. (a cura di), in *Diz. dir. pubbl.*, III, Milano, 2006, 1993 e ss.; MORTATI C., *Discrezionalità (voce)*, in *Nss. dig. it.*, V, Torino, 1960, 1098 e ss.; OTTAVIANO V., *Merito (diritto amministrativo) (voce)*, in *Nss. dig. it.*, Torino, 1963, 575 e ss.; PIRAS A., *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 65 e ss.; PABUSA A., *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1994, 411 e ss.

Si tratta di un argomento non rientrante nell'ambito del diritto penale, bensì nel campo del diritto amministrativo: anche per questo la trattazione sarà del tutto rapida e di carattere generale. Tale distinzione assume rilevanza al fine di determinare - prima di spingersi nell'analisi dei confini del sindacato del giudice penale - i limiti del sindacato dello stesso giudice amministrativo. Infatti, quest'ultimo assume un'incidenza di diversa intensità a seconda che si trovi di fronte ad un'attività a carattere vincolato ovvero discrezionale, stante il divieto anche per lui di sostituirsi all'amministrazione nelle scelte di opportunità alla stessa affidate.

Nell'ambito dell'azione amministrativa, dunque, si suole solitamente distinguere tra l'attività vincolata e quella discrezionale. La prima viene definita come quell'azione doverosa, svolta sulla base di specifici parametri giuridico - normativi di riferimento, e che esclude così una libera valutazione da parte della pubblica amministrazione.

Per discrezionalità amministrativa si intende, invece, quel margine di apprezzamento riconosciuto alla pubblica amministrazione, alla quale è consentito – tra più scelte possibili – di adottare la soluzione più adeguata al perseguimento dei fini pubblici ad essa attribuiti. Si pone, sin da subito, così in evidenza il carattere “funzionalizzato” della pubblica amministrazione, definito dalla dottrina più risalente con le locuzioni di “libertà vincolata nel fine”, o di “agire libero della funzione”⁵⁵: né, quindi, totale libertà, né assoluto vincolo giuridico.

In ogni caso, l'azione amministrativa si trova sempre uniformata al principio di rango costituzionale di legalità (artt. 97 e 113 Cost.): nonostante ciò si verifichi in modo più rigido in presenza di un'attività vincolata, anche quando sussiste un potere discrezionale la pubblica amministrazione deve attenersi ai limiti previsti dalla legge in ordine ai fini da perseguire.

Con riferimento agli atti vincolati⁵⁶, tale definizione viene utilizzata anche

⁵⁵ GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 78.

⁵⁶ La dottrina discute sulla natura degli atti autoritativi: in effetti, secondo alcuni di fronte a scelte vincolate, le situazioni giuridiche dei privati assumerebbero una valenza sostanziale maggiore: esse addirittura verrebbero qualificate come situazioni giuridiche soggettive. Per la dottrina maggioritaria, tuttavia, le situazioni giuridiche non muterebbero la propria natura in presenza di atti vincolati, e continuerebbero ad atteggiarsi come interessi legittimi. Sul punto, LAZZARA P., *Discrezionalità e merito (voce)*, in PATTI S. (a cura di), *Il Diritto-Enciclopedia*

da alcune norme che tuttavia non ne offrono una definizione, dandola invece per presupposto.

Per individuare, dunque, cosa debba intendersi per provvedimento vincolato, sono intervenute diverse interpretazioni dottrinali. Secondo un primo orientamento, si potrebbero qualificare come vincolati solo gli atti i cui contenuti siano totalmente predeterminati, e che quindi risultino una sorta di estrinsecazione di un contenuto già prefissato. Una teoria dottrinale meno restrittiva - così come la giurisprudenza più recente - considera, invero, come vincolato l'atto non solamente predeterminato da una norma nel suo contenuto, ma anche quello che appaia come tale a seguito della combinazione tra l'attività istruttoria con la peculiarità del caso concreto.

In buona sostanza, il nostro ordinamento tende ad utilizzare il concetto di attività vincolata in senso sempre più estensivo, per sottrarre gli atti per il cui rilascio occorre esclusivamente accertare le condizioni e i requisiti richiesti alla valutazione discrezionale di opportunità della pubblica amministrazione. Inoltre, poiché l'art. 21-*octies* della L.241/1990 prevede che gli atti vincolati - adottati in violazione di norme sul procedimento e sulla forma - non possano essere annullati qualora risulti che il loro contenuto non sarebbe potuto essere diverso, un'interpretazione più estensiva del concetto di atti vincolati consente di aumentare i casi in cui, *ex art. 21 -octies*, si potrebbe evitare l'annullamento dei provvedimenti con vizi formali o procedurali che non abbiano inciso sulla determinazione amministrativa finale.

Per quanto attiene alla discrezionalità amministrativa, invero, è necessario dar conto del fatto che sempre più ci si sta allontanando da quelle concezioni - peraltro assai risalenti - che attribuivano all'attività della pubblica amministrazione i caratteri dell'insindacabilità e dell'irresponsabilità. Tale interpretazione alquanto riduttiva della discrezionalità trovava, in pratica, esclusivamente una definizione di carattere negativo, imponendo di non sindacare le scelte degli amministratori, del tutto libere.

Attualmente, piuttosto, è più opportuno inserire il concetto di discrezionalità

Giuridica, vol. V, Milano, 2007, 461 e ss.

nell'ambito dei principi generali del nostro ordinamento, per giungere così ad un concetto di "autonomia pubblica", intesa come quella sfera di autonomia e discrezionalità lasciata alla pubblica amministrazione nelle scelte, che tuttavia dovranno pur sempre essere confacenti agli interessi pubblici, con il minore sacrificio di altre situazioni coinvolte e nel rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa. Si può così affermare che esiste, sì, una libertà di scelta nei pubblici amministratori, nell'ambito però del rispetto di un quadro generale di principi prefissati e nel perseguimento degli interessi attribuiti alla pubblica amministrazione.

L'individuazione del fine ultimo da perseguire, in ogni caso, non può trovare sempre nella legge o in altre regole non scritte un suggerimento dettagliato che sia di guida all'agente⁵⁷. Sarà lui stesso, pertanto, a dover effettuare tale decisione, definita dalla dottrina prevalente efficacemente come la "sintesi tra giudizio e volontà": egli infatti sceglie - dopo aver fissato il valore comparativo tra i diversi interessi (giudizio) - perseguendo nel modo migliore l'interesse pubblico (volontà). Tale comparazione richiede che gli amministratori pubblici compiano un bilanciamento di interessi secondo i parametri di ragionevolezza e proporzionalità, evitando che i beni coinvolti trovino un sacrificio maggiore rispetto alla migliore realizzazione del fine⁵⁸. Di conseguenza, la pubblica amministrazione – a seguito della propria scelta – assumerà la responsabilità del proprio giudizio di valore, quale risultato della comparazione dei fatti ed interessi coinvolti. Siffatto tipo di decisioni, perciò, in via generale vengono sottratte al sindacato del giudice amministrativo: tuttavia, per poter essere correttamente

⁵⁷ Un orientamento minoritario, in effetti, tentava di ricondurre la scelta discrezionale ad una sorta di attività giuridico-intellettuale. La discrezionalità così veniva a consistere con una sorta di interpretazione "adeguatrice", ossia volta a realizzare la volontà legislativa nel caso concretamente preso in considerazione: essa sarebbe il punto di incontro tra il dato legislativo generico e indeterminato con il sistema oggettivo delle regole sociali e massime di esperienza individualizzanti. In realtà siffatto pensiero pare poco realistico, poiché le scelte discrezionali sembrano piuttosto essere manifestazioni di volontà positivamente limitate. Sul punto, LAZZARA P., *Discrezionalità e merito*, cit., 463; LAZZARA P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; COGNETTI S., *Profili sostanziali della legalità amministrativa, indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993.

⁵⁸ Si può dire che la soluzione deve realizzare l'interesse pubblico "primario", tenendo in considerazione gli altri interessi sia pubblici che privati coinvolti, "secondari". In giurisprudenza, così, Cons. Stato, IV, 22.10.2004, n. 6968; Cons. Stato, VI, 21.3.2005, n.1113, in *Foro amm.*, 2005, 877.

assunte dovranno essere adeguatamente precedute da un'acquisizione di informazioni e una ponderazione ragionevole e coerente di interessi tramite una fase istruttoria. In tal senso, sarà ammesso però un sindacato in ordine al rispetto di tali elementi, verificando che vi sia stata una completa istruttoria ed aderenza agli scopi pubblici. L'ordinamento quindi lascia un'autonomia alla pubblica amministrazione, ma allo stesso tempo pretende che le decisioni avvengano per il tramite di un percorso funzionalmente corretto, uniformato ai principi di proporzionalità e ragionevolezza.

Sembra, così, che le scelte discrezionali non possano prescindere dal procedimento amministrativo, nel senso che quanto più complesse esse saranno, tanto più articolato diventerà l'*iter* procedimentale. Le risultanze istruttorie riducono di molto così la libertà di scelta, vincolandola alle alternative emerse. Allo stesso modo, la discrezionalità si trova appiattita di molto anche a causa delle circolari esistenti e della prassi amministrativa precedente, le quali determinano l'attività successiva. Ciò non significa certo che venga annullata la libertà decisionale, ma comporta la necessità per gli amministratori pubblici di motivare eventuali posizioni che si discostino dai criteri generali, prassi o circolari che regolano casi simili al caso concreto.

Quanto posto in luce, risulta anche dal dettato normativo, che all'art. 6, co. 1, lett. e) della L. 241/90 impone una correlazione tra decisione e risultanze istruttorie, con conseguente obbligo di motivazione delle ragioni che giustifichino una diversa scelta. Così anche emerge dal già citato art. 21 -*octies* della L.241/90, il quale considera irrilevanti eventuali vizi di forma o di procedimento nei provvedimenti vincolati il cui contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello concretamente adottato. Ciò implica che il Legislatore del 1990 ha voluto riservare la conseguenza dell'annullamento degli atti con vizi di forma o procedurali solo nei casi in cui la pubblica amministrazione compie una scelta discrezionale; quando essa agisce nell'alveo di una predeterminazione normativa, invece, tali vizi non assumono la medesima importanza poiché non comportano l'annullamento dell'atto.

1.4.1 (segue) il sindacato del giudice amministrativo. In particolare: ccd. discrezionalità tecnica e merito amministrativo.

Come anticipato all'inizio del paragrafo, il giudice amministrativo svolge un sindacato di diverso tipo a seconda che compia un'indagine su attività amministrative vincolate ovvero discrezionali.

In via preliminare, prima ancora di occuparsi del sindacato del giudice amministrativo, gioverà fare un breve cenno alla cd. discrezionalità tecnica. Si fa solitamente riferimento a tale concetto quando ci si trova in presenza di scelte che devono essere compiute per il tramite di un giudizio valutativo, ricorrendo a particolari conoscenze tecniche e specialistiche. In questi casi sembra mancare una scelta puramente discrezionale, e il margine di apprezzamento della pubblica amministrazione coincide con l'opinabilità tecnico-scientifica del giudizio da compiere. In pratica, a fronte di un determinato esito valutativo, gli effetti scaturenti dallo stesso sono normativamente predeterminati.

‘E oggetto di dibattito se le decisioni prese come risultato di valutazioni tecnico -specialistiche possano essere ricondotte nell'ambito della discrezionalità amministrativa ovvero se abbiano una rilevanza autonoma. Recentemente, tuttavia, si tende ad escludere dal concetto di discrezionalità amministrativa quelle valutazioni che non comportano una comparazione tra interessi. Simile orientamento appare del tutto convincente poiché nei casi di discrezionalità cd. tecnica manca un vero e proprio apprezzamento di opportunità, trattandosi di giudizi tecnici solo parzialmente opinabili.

In sintesi, quindi, è preferibile escludere dal concetto di discrezionalità i casi di discrezionalità tecnica.

Ciò premesso, in tema di sindacato del giudice amministrativo sull'attività discrezionale, si suole parlare di merito amministrativo intendendo per esso quell'area di valutazioni discrezionali riservate alla pubblica amministrazione, nell'ambito delle quali è precluso al giudice – in via generale – di intromettersi. Procedendo per via di principio, infatti, il giudice amministrativo in presenza di un'attività vincolata può controllarne la relativa conformità alla legge, mentre nel caso di poteri discrezionali trova il limite insito nel divieto di sostituire

L'amministrazione nelle scelte di opportunità affidate alla relativa responsabilità decisoria. Nelle attività discrezionali, così, il giudice normalmente deve limitarsi ad una valutazione di legittimità e non di merito; in via di eccezione, tuttavia, esistono alcuni casi⁵⁹ in cui il giudice amministrativo "pronunciando anche in merito" può andare oltre la legittimità per sindacare direttamente le scelte amministrative sul piano della loro opportunità e adeguatezza, rispetto alla cura dell'interesse pubblico.

Il richiamo normativo al merito amministrativo sta proprio a significare, dunque, che vi sono delle ipotesi in cui è ammesso un controllo giurisdizionale anche sul merito, che resta invece escluso per i restanti casi: il giudice dovrà solitamente limitarsi ai profili di legittimità della scelta discrezionale, mentre potrà - nelle ipotesi eccezionalmente indicate - giungere a considerare direttamente il "merito" della stessa. Il merito finisce così per coincidere con quel contenuto dell'atto di fronte al quale il giudice deve arrestare il proprio potere di indagine. Esso consiste nel punto nodale della scelta amministrativa che coinvolge valutazioni di opportunità politica, e regole di buona amministrazione.

Sulla base di quanto finora esposto, può concludersi che restano estranei al merito amministrativo quegli apprezzamenti opinabili condotti sulla base di criteri tecnico-scientifici (cd. discrezionalità tecnica). L'area del merito, quale limite negativo al sindacato giurisdizionale, è andata infatti progressivamente restringendosi nel tempo: come prima si accennava, infatti, in passato la giurisprudenza prevalente assumeva una nozione molto ampia del merito, idonea ad includere nel relativo ambito logico tutte le scelte non direttamente sindacabili. In quest'area di valutazioni riservate venivano perciò compresi anche quegli apprezzamenti opinabili, non uniformati ai canoni di opportunità o di buona amministrazione, ma a regole tecnico-scientifiche proprie dei campi specialistici coinvolti. A tale stregua, il merito di fatto ricomprendeva qualsiasi aspetto dell'attività amministrativa in cui fosse lasciata all'autorità una libertà di valutazione non fondata su norme giuridiche. Ad oggi, invece, sembra più adeguato escludere dal merito amministrativo le scelte afferenti ad una

⁵⁹ Si fa riferimento qui ai casi enucleati dall'art. 27 T.U. Cons. St. (1054/1924).

discrezionalità tecnica, al fine di sottoporre tali atti ad un più diretto e stringente sindacato giurisdizionale. Pertanto, in queste ipotesi il sindacato non deve rimanere meramente estrinseco, potendo invece il giudice effettuare un controllo intrinseco tramite regole e conoscenze della stessa scienza applicata dalla pubblica amministrazione.

Si deve rilevare, tuttavia, che il procedimento svolto dagli amministratori non può essere ripetuto autonomamente: si potrà verificarne la correttezza, fermandosi ad un cd. sindacato intrinseco, in passato definito dalla giurisprudenza come “debole” per opporlo a quello cd. “forte”. Più recentemente però è stata abbandonata anche tale distinzione tra sindacato debole e forte⁶⁰, per poter invece riconoscere al giudice – sulla base anche della tutela costituzionale di cui all’art. 113 Cost. – la possibilità di controllare l’esercizio della discrezionalità tecnica in modo più ampio e senza limitazioni, pur restando fermo il divieto di sostituirsi alla pubblica amministrazione nella cura dell’interesse pubblico.

Sembra in ogni caso opportuno ricordare che - pur dovendo il giudice amministrativo, nei casi di attività discrezionali, occuparsi solo della legittimità e non del merito - nell’ambito della legittimità il vizio dell’eccesso di potere consente al giudice di valutare in parte anche le scelte discrezionali compiute dai pubblici amministratori.

In buona sostanza, il giudice della legittimità può verificare se l’atto amministrativo si sia allontanato dagli scopi tipicamente segnati dalla legge, eventualmente ritenendolo affetto dal vizio di eccesso di potere nella sua figura sintomatica dello sviamento del potere. Dell’eccesso di potere si tratterà più approfonditamente nel corso dell’elaborato, ma sembra qui utile evidenziare che attorno a tale figura (che nella pratica risulta di scarsa verifica e di difficile dimostrazione) si costruisce la possibilità di effettuare un sindacato parzialmente anche delle scelte discrezionali, verificando il perseguimento dell’interesse pubblico e il vincolo di scopo.

Il giudice non può occuparsi direttamente dell’azione amministrativa discrezionale in relazione ai profili inerenti all’opportunità della scelta e alla cura

⁶⁰ Cons. Stato, VI, 8.2.2007, n. 515, in *Foro amm.*, 2007, 2, 594; Cons. Stato, IV, 25.7.2005, n. 3929, in *Foro amm.*, 2005, 7/8, 2151.

dell'interesse pubblico, ma può tramite l'eccesso di potere verificare i vizi sintomatici del non corretto svolgimento della funzione. In altri termini, pur a fronte di una scelta discrezionale, l'ordinamento pretende che l'azione amministrativa sia comunque rispettosa dei principi generali e dei valori che ne garantiscono il relativo carattere funzionale. Si tratterà in concreto di verificare una violazione delle regole di imparzialità, ragionevolezza, logicità, coerenza, proporzionalità, completezza istruttoria, pubblicità, trasparenza e motivazione che devono sempre caratterizzare l'azione amministrativa discrezionale. Il giudice, lungi dal sostituirsi all'amministrazione si dedicherà soltanto alla sussistenza di questi "sintomi" (quali la disparità di trattamento, il travisamento dei fatti, la contraddittorietà interna ed esterna dell'atto, l'illogicità, l'irragionevolezza della scelta, o la motivazione insufficiente) che evidenziano la non corretta formazione della volontà pubblica e che perciò integrano una patologia della funzione. Ciò renderà il provvedimento illegittimo per "eccesso di potere".

Tale rilievo appare di non poco conto, poiché con riferimento al tema dei reati contro la pubblica amministrazione, consentire il sindacato al giudice penale anche del vizio dell'eccesso di potere, significherebbe - in parte - consegnargli anche le chiavi della zona del merito amministrativo.

1.4.2 (segue) i vizi di legittimità del provvedimento amministrativo.

In ultima analisi, si vogliono assai rapidamente e in via del tutto schematica, richiamare i vizi di illegittimità del provvedimento⁶¹.

Molto brevemente, per legittimità - in contrapposizione al concetto di merito - si intende quindi la conformità del provvedimento e dell'azione amministrativa non solo alla legge, ma in generale a parametri anche diversi dalla legge purchè ad essa ricollegati (si vedano regolamenti, statuti e così via). Tra tali parametri si possono annoverare in alcuni casi anche le norme non scritte, che presiedono allo svolgimento della funzione amministrativa e che sono collegate

⁶¹ Per una più approfondita trattazione del tema dal punto di vista amministrativistico, si veda CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Dike giuridica, Milano, 2010; Casetta E., *Manuale di diritto amministrativo*, VIII ed., Milano, 2006, 477 e ss.; CASSESE S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2009.

alla legge. In questo modo l'azione amministrativa risulta raffrontabile a parametri predeterminati – sia legislativi che atti di indirizzi – di tipo oggettivo ovvero anche parametri che impongano un vincolo di scopo. L'atto emanato nel rispetto delle norme attributive del potere, ma in difformità di quelle di azione, è illegittimo, e in quanto tale annullabile.

Infatti, i vizi di legittimità degli atti amministrativi consistono nelle concrete cause di illegittimità degli stessi, ossia attengono alla violazione delle norme di azione e di concreto esercizio di un potere, ove esse siano predefinite: in quei casi in cui invece spetta all'amministrazione individuare le concrete modalità di esercizio e la scelta della soluzione più opportuna, si è visto che si verterà nell'ipotesi di discrezionalità amministrativa che non può essere ricondotta a regole generali già prestabilite.

I vizi di legittimità vengono previsti dall'art. 26 del R.D. n. 1054/1924, e sono cioè l'incompetenza, l'eccesso di potere e la violazione di legge. Oggi tali vizi sono espressamente individuati come cause d'annullamento dell'atto amministrativo nell'art. 21 -*octies*, comma 1, introdotto dalla L. n. 241/1990. I vizi d'incompetenza, dell'eccesso di potere e della violazione di legge, come sottolineato, non privano quindi, di per sé, l'atto della sua efficacia; come noto esso produrrà effetti finché non dovesse essere annullato.

Sin da subito, poi, si evidenzia che la violazione di legge si atteggia come residuale rispetto agli altri due vizi, e si potrà verificare perciò solo quando questi ultimi siano assenti.

L'incompetenza consiste in quel vizio conseguente alla violazione della norma di azione (leggi, regolamenti o statuti) che definisce la competenza di un organo ovvero i limiti dello stesso, ossia il *quantum* di funzioni spettanti a quell'organo. Si può poi aggiungere che essa può essere affrontata sotto una duplice prospettiva: quella cd. soggettivo-sostanziale, intesa come sfera o somma di attività attribuite dalla legge a ciascun organo; e quella cd. organizzativo-formale, intesa come “criterio di organizzazione, in virtù del quale sono ripartiti tra diverse Autorità gli interessi pubblici e gli strumenti necessari per la loro

attuazione, e costituisce misura e limite del potere di ciascun organo o ente”⁶².

La competenza, poi, a sua volta viene distinta per materia, territorio, grado e valore.

Nella competenza per materia la divisione è operata in base alle materie affidate alla cura dell'organo. Nel criterio del territorio ciascun organo esercita le sue attribuzioni in un certo ambito territorialmente definito, entro certi limiti spaziali definiti dalla legge. Secondo il criterio del grado, la distribuzione della competenza si fonda sul diverso grado gerarchico che fa capo agli organi, per cui vi sono organi superiori, in posizione di supremazia, e organi inferiori, in posizione di soggezione. Tale criterio serve da risoluzione dei conflitti nel caso in cui in capo a due organi vi sia coincidenza nella competenza sia per materia che per territorio. Infine il quarto criterio, in base al valore, individuato da parte della dottrina, tiene conto della diversa consistenza economica delle questioni che vengono in rilievo, anche se a molti sembra più opportuno qualificarla come sottospecie della competenza per materia⁶³.

La violazione delle regole distributive della competenza, per materia, territorio, grado o valore, determina così l'incompetenza.

Essa, tuttavia, potrà essere di due tipi: incompetenza relativa ovvero assoluta.

Sussiste incompetenza relativa nei casi in cui l'autorità amministrativa, esorbitando i limiti della propria competenza, invade la sfera di attribuzioni riservata ad un'altra autorità, appartenente in ogni caso al medesimo settore amministrativo. Si tratterebbe, quindi, di violazione di norme che distribuiscono l'attribuzione tra i vari organi appartenenti al medesimo plesso organizzativo, per cui l'amministrazione incompetente apparterrebbe sempre alla stessa branca di amministrazione dell'autorità che avrebbe dovuto o potuto provvedere⁶⁴.

Per incompetenza assoluta, invece, si intendono i casi in cui il provvedimento è adottato (o il comportamento è tenuto) sulla base di un potere che la legge non ha

⁶² BENUSSI C., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 80.

⁶³ Così, GASPARRI P., *Competenza in materia amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1961; GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, I, cit., 747 e ss.; SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 215.

⁶⁴ Esempi di incompetenza relativa sono: il provvedimento disciplinare adottato dal Prefetto anziché dal Ministro dell'Interno (incompetenza per grado); la requisizione di un immobile operata da parte del Provveditore per le opere pubbliche anziché dal Prefetto (incompetenza per materia).

attribuito a nessun organo, nonché quando l'autorità emana un atto inerente ad una materia del tutto estranea al suo settore, incorrendo in uno straripamento di potere⁶⁵. Nell'ipotesi di incompetenza assoluta (e/o difetto d'attribuzioni) si determina, ai sensi dell'art. 21 - *septies* della L. 241/1990, la nullità dell'atto amministrativo. Secondo alcuni poi si verificherebbe una vera e propria inesistenza (o nullità assoluta), e non un'incompetenza, nel caso di adozione di un provvedimento da parte di un soggetto privo del tutto di competenze amministrative (si parla anche di cd. incompetenza o carenza di potere). Si verterebbe, infine, - secondo gli orientamenti più recenti - in ipotesi di incompetenza relativa e non assoluta, allorché l'atto sia adottato da un organo appartenente a diverso ente amministrativo ma che abbia competenza nella materia costituente l'oggetto del provvedimento⁶⁶.

La giurisprudenza di legittimità sul tema di distinzione tra incompetenza assoluta e relativa si è espressa a Sezioni Unite⁶⁷, affermando che sussiste incompetenza relativa ogni volta che comunque si controverta all'interno di una materia

⁶⁵ Per tale definizione, si vedano, SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 49; CAVALLO B., *I vizi classici di legittimità: l'incompetenza*, in SANTANIELLO G., *Trattato di diritto amministrativo, Atto e provvedimento amministrativo*, vol. II, Padova, 1993, 318; VIRGA P., *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi*, vol. II, Milano, 1989, 116.

⁶⁶ Secondo alcuni, inoltre, nel caso di totale carenza di potere non si potrebbe nemmeno parlare di incompetenza, essendo l'atto nullo e non annullabile e essendo stato adottato il provvedimento non in violazione di norme di azione ma di norme di attribuzione del potere stesso.

⁶⁷ Cass., SSUU, 23.4.1992, in tema di un provvedimento oblatorio emesso dal prefetto anziché dal Presidente della Giunta regionale. Per un approfondimento sulla sentenza e in generale sul tema, LEONI M., *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, Padova, 1998, 70 e ss., il quale ritiene che la giurisprudenza non sia riuscita a prevedere un criterio di distinzione chiaro e netto, quanto piuttosto labile. Circa la sentenza della Cassazione, l'Autore rileva che "questo criterio, pur testimoniando uno sforzo sul piano logico e sistematico, tuttavia presta il fianco a innegabili margini di incertezza, per l'oggettiva difficoltà di individuare con sicurezza la presenza di sistemi unitari in seno alla vastissima gamma delle funzioni e dei servizi amministrativi, soprattutto per le connessioni e le trasversalità che caratterizzano ampi settori della pubblica amministrazione, la polivalenza di certi organi rispetto ad altri, e l'intreccio funzionale che spesso contraddistingue l'azione di varie branche amministrative, in molti casi coinvolte in procedimenti che richiamano interventi di organi che all'apparenza risultano eterogenei gli uni rispetto agli altri". Egli poi aggiunge che, dalla varia casistica data dalla giurisprudenza, si traggono criteri piuttosto evanescenti di distinzione, ma che sembrerebbe comunque che "fattore distintivo dell'incompetenza relativa rispetto all'incompetenza assoluta possa essere ravvisata nell'inquadrabilità di un ufficio, ovviamente dotato di competenza propria, in seno a una branca o a un organo amministrativo complesso, tale per cui è affetto da carenza di potere l'atto invece posto in essere da un ufficio estraneo a tale branca o organo. Ciò, come detto, impregiudicati i dubbi insopprimibili che nascono dalla difficoltà di identificare sempre e comunque sistemi ordinati unitariamente nell'ambito, soprattutto, delle attività amministrative più complesse, ove l'azione o l'intervento di più organi apparentemente estranei apparentemente si intersecano".

caratterizzata da “un concorso di compiti nell’ambito di un sistema unitario”, e non entri in gioco “una separazione di funzioni costituzionalmente garantita in termini di esclusività”.

Nel tentativo di individuare gli elementi distintivi dell’incompetenza relativa da quella assoluta, la giurisprudenza ha spesso insistito sul carattere di eccezionalità dei casi di incompetenza assoluta, riconducendoli così all’ipotesi della carenza di attribuzione, che come appena detto si realizza quando l’atto amministrativo non possa neppure ritenersi tale, ma costituisca solo “atto di diritto comune”⁶⁸.

Problema contiguo a tale questione riguarda, inoltre, la configurabilità dell’incompetenza relativa anche nei casi di incompetenza per territorio. Molta dottrina⁶⁹ ha sostenuto che in realtà l’incompetenza per territorio realizzi esclusivamente un’incompetenza assoluta, sul presupposto che l’organo che deborda dall’ambito territoriale delle proprie funzioni agisce sempre in costanza di una radicale carenza di attribuzioni. Anch’essa così potrebbe dar luogo a nullità, e non ad annullabilità. La questione comunque resta tuttora aperta, poiché

⁶⁸ Così, ad esempio, Cons. Stato, 28.2.1992, n. 210; Cons. Stato, 19.12.1980, n. 94; Cons. Stato, 14.12.1979, n. 1158, in *Giur. it.*, 1980, III, 1, 168. Sono stati, ad esempio, ritenuti atti affetti da incompetenza assoluta i provvedimenti di revoca, da parte di un’amministrazione comunale controllata, degli atti posti in essere dal commissario *ad acta* nominato dall’organo di controllo col risultato di ripristinare precedenti situazioni *contra ius* (Così, TAR Lazio, Latina, 23.10.1991, n. 817, in *Trib. amm. reg.*, 1991, I, 3831); oppure il provvedimento di sospensione dell’autorizzazione amministrativa emanato dal Sindaco in materia di violazioni concernenti l’uso di apparecchi misuratori nonché di emissione di scontrini fiscali, poiché la competenza allora era in via esclusiva dell’Intendente di Finanza (così TAR Puglia, Bari, 3.3.1987, n. 127, in *Foro amm.*, 1987, 2012); ancora, il provvedimento di divieto del commercio ambulante di tipo itinerante lungo il lido e la spiaggia emesso dal Sindaco, spettando la competenza ad emettere tale provvedimento al Consiglio comunale. In questa sentenza, comunque la carenza assoluta di potere di cui si parla rileva quale ragione di illegittimità e non invece di nullità o inesistenza, in apparente contrasto con la nozione di illegittimità per incompetenza che ricorrerebbe solo nel caso di incompetenza relativa (così, Cass., 1.1.1994, n. 10262). Infine, si è invece affermato che il provvedimento di collocamento a riposo di un ufficiale sanitario adottato dalla Giunta municipale anziché dall’organo regionale, è viziato d’incompetenza relativa, e non assoluta, in quanto è stato pur sempre emanato nell’esercizio di un’attività esplicata nell’ambito di un settore amministrativo ordinato unitariamente, in seno al quale i due organi svolgono compiti ripartiti secondo un sistema di coordinamento delle competenze.

⁶⁹ Tra questi LEONI M., *Il nuovo reato di abuso d’ufficio*, cit., 72; SEGRETO A. - DE LUCA G., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 507. Al contrario, invece, si sono espressi altri autori, favorevoli alla configurabilità dell’incompetenza relativa anche nel caso di incompetenza territoriale: così, BENUSSI C., *Il nuovo delitto di abuso d’ufficio*, cit., 81, il quale esemplifica tale ipotesi con il caso di un provvedimento del pubblico funzionario da eseguirsi in circoscrizione diversa dalla propria; TELLONE G., *La violazione delle norme sulla competenza*, in DALIA A.A. – FERRAIOLI M. (a cura di), *La modifica dell’abuso d’ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997, 50 e ss.

la giurisprudenza, come detto, tende sempre più a ricondurre l'incompetenza assoluta ad ipotesi del tutto eccezionali, nei quali il provvedimento emanato risulti completamente estraneo all'organo emanante (e ad alcuni in effetti non sembra questo il caso dell'incompetenza per territorio)⁷⁰.

Per quanto attiene poi al secondo vizio, la violazione di legge, essa si verifica tramite la violazione di qualsiasi norma di azione generale e astratta (a differenza dell'eccesso di potere), quando essa non sia una norma che regola la competenza – in questo senso si è già detto di come la violazione di legge venga per questo qualificata quale vizio residuale. Il significato di legge poi va inteso normalmente in senso estensivo, ricomprendendovi tutte le leggi in senso formale, oltre che la Costituzione, la normativa comunitaria, gli atti aventi forza di legge, nonché i regolamenti, gli statuti regionali e così via.

Dal punto di vista sostanziale, la violazione potrà abbracciare qualsivoglia tipo di norma: di grande rilievo sono ovviamente quelle di norme procedurali (si pensi solo alla L.241/1990), e a titolo esemplificativo si ricordano i vizi di forma, la mancanza di presupposti normativi, la violazione di norme sulla formazione della volontà collegiale, il vizio della motivazione, nel contenuto, ovvero anche la violazione dei principi di efficacia, trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa di cui all'art. 1 della L. n. 241/1990 o dei principi del giusto procedimento e della leale cooperazione di cui alla medesima legge.

La violazione di legge, per concretare un'ipotesi d'annullabilità dell'atto amministrativo deve essere di tipo diverso rispetto alle ipotesi individuate nell'art. 21 *-septies* della L. 241/1990 (violazione o elusione di giudicato, difetto dei requisiti strutturali del provvedimento, difetto d'attribuzione) che determinano la nullità dell'atto. Per converso, ove non ricomprese nell'ambito dell'art. 21 *-septies*, tutte le violazioni di legge possono solo determinare l'annullabilità dell'atto amministrativo (deve, peraltro, ricordarsi nuovamente il già menzionato art. 21 *-octies*, comma 2 secondo non tutte le violazioni di legge possono dar vita all'annullabilità dell'atto amministrativo, poiché costituiscono vizi non invalidanti quelli che riguardano la forma ed il procedimento relativi ad atti amministrativi

⁷⁰ Per una più approfondita trattazione dell'argomento, si veda VIPIANA P.M., *Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo*, Padova, 1997, 15 e ss.

vincolati ove il giudice amministrativo accerti che il contenuto dispositivo di tali atti non avrebbe potuto essere diverso).

Infine, l'ultimo vizio di legittimità è rappresentato dall'eccesso di potere. Esso presenta profili di particolare rilevanza, anche ai fini della presente analisi, essendo il più problematico.

L'eccesso di potere consiste in un non corretto uso di quel potere discrezionale spettante all'amministrazione, e può verificarsi dunque solo nell'ambito degli atti discrezionali⁷¹, senza che avvenga alcuna violazione di norma di legge o regolamento. Altrimenti, infatti, ci si troverà di fronte ad un vizio di violazione di legge. L'indagine sull'eccesso di potere presuppone sempre, dunque, che la pubblica amministrazione abbia agito in conformità della legge. L'eccesso di potere rappresenta, così, una violazione dei cd. limiti interni, non scritti, della discrezionalità amministrativa⁷².

Esso si realizza ogni qual volta si accerti il mancato perseguimento del fine cui l'esercizio del potere stesso doveva tendere sulla base di una serie di indici sintomatici. In tale prospettiva, il vizio dell'eccesso di potere viene anche individuato come vizio della funzione. La sua figura tipica e la sua prima forma di manifestazione dunque è lo sviamento di potere, che ricorre qualora l'amministrazione abbia perseguito appunto un fine differente da quello per il quale il potere era stato conferito.

Sono state individuate dalla giurisprudenza alcune figure sintomatiche di eccesso di potere, sintomo cioè di un non corretto esercizio del potere, in vista del suo fine.

Non è chiaro se esse integrino, di per sé, l'illegittimità dell'atto amministrativo, portando intrinsecamente già una valenza sostanziale, ovvero se - come per lo più

⁷¹ Sicuramente il vizio di eccesso di potere si riferisce agli atti discrezionali, ma non va dimenticato che un sindacato di congruità e ragionevolezza delle valutazioni operate può essere compiuto dal giudice amministrativo anche con riferimento alla discrezionalità cd. tecnica, nel senso di ritenere illegittima la valutazione di un presupposto che sia manifestamente illogica, e tale illegittimità si riverbererà sull'atto finale.

⁷² CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 477 e ss. L'Autore rileva che l'eccesso di potere si sostanzia in una violazione del principio di logicità-congruità. Il giudizio di logicità-congruità va effettuato tenendo conto dell'interesse primario da perseguire, degli interessi secondari coinvolti e della situazione di fatto. Tale principio dunque racchiude al suo interno anche quello di proporzionalità. Si veda anche VIRGA P., *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi*, cit., 126 e ss.

si ritiene – tali figure sarebbero, per l'appunto, sintomi dell'eccesso di potere con mera valenza probatoria di estrinsecazioni dello sviamento del potere⁷³.

Sono, dunque, figure sintomatiche dell'eccesso di potere: il travisamento dei fatti, che si realizza allorché la PA ponga a base del provvedimento fatti inesistenti o abbia dato ai fatti un significato erroneo; l'illogicità o la contraddittorietà della motivazione, nel caso in dispositivo o il preambolo contrasti con la motivazione o quando la motivazione risulti intrinsecamente illogica o contraddittoria; il difetto o l'insufficienza dell'istruttoria, ove questa si riveli carente sotto il profilo dell'acquisizione degli interessi pertinenti alla vicenda procedimentale ed al provvedimento finale; la contraddittorietà tra più atti endoprocedimentali o tra diversi provvedimenti della pubblica amministrazione; l'inosservanza di circolari (e di altri atti interni), che si verifica se, discostandosi nel caso concreto dalla norma di condotta generale individuata nella circolare violata, si dà vita ad una contraddittorietà di comportamenti; la disparità di trattamento, allorché casi analoghi ricevano diverso trattamento (anche se per parte della dottrina in questo caso si tratterebbe di violazione di legge ex artt. 3 e 97 Cost.); l'ingiustizia manifesta, nel caso di sproporzione tra sanzione ed illecito; e, infine, la mancanza di idonei parametri di riferimento che si realizza quando la pubblica amministrazione incida su posizioni giuridiche del privato in assenza di adeguati parametri di riferimento che rendano giustificato il sacrificio del privato.

5 I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione: quadro complessivo.

Si è già voluta evidenziare, in precedenza, l'intenzione di prendere in considerazione i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione,

⁷³ In ogni caso, comunque, si ritiene che la manifestazione sintomatica potrebbe essere contraddetta da altri elementi che dimostrino la correttezza dell'azione. Da questo punto di vista sarà determinante la capacità dell'amministrazione di giustificare, con la propria motivazione, la conclusione raggiunta, pur in presenza di una situazione che potrebbe apparire come un sintomo di illegittimità.

ossia il capo I, titolo II, del libro II.

Tale materia appare profondamente mutata rispetto all'originario assetto del 1930, essendosi succedute plurime modifiche legislative, di cui sicuramente la principale è consistita nella riforma del 1990, con la L.86/1990. Gioverà sicuramente quindi ripercorrere brevemente le modifiche legislative che hanno riguardato tale capo.

I motivi per cui il Legislatore è giunto alla riforma del 1990, a seguito delle criticità lamentate per lungo tempo dalla dottrina, sono molteplici. Risultava, anzi a tutto, necessario adeguare il sistema normativo codicistico del 1930 alle mutate esigenze e all'apparato amministrativo di molto cresciuto nel corso dei sessant'anni successivi, soprattutto a seguito della seconda guerra mondiale. Sotto un secondo profilo, l'esigenza di riforma si poneva anche come obbligatoria a fronte dei limiti costituzionali nel frattempo inseriti (ci si riferisce in questo caso in particolare all'art. 97 Cost., e quindi al principio di imparzialità e buon andamento dell'organizzazione della Pubblica Amministrazione).

Ulteriore aspetto che richiedeva un improcrastinabile intervento era rappresentato sicuramente dalle qualifiche soggettive di pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio, stante la necessità di ridisegnarle, poiché le precedenti definizioni si erano dimostrate decisamente deficitarie.

Sostanzialmente, la critica principale sollevata dalla dottrina nei confronti di alcune figure cardine dei delitti contro la pubblica amministrazione, era quella di imprecisione normativa, indeterminatezza e scarsa tipicità (ai limiti dell'illegittimità costituzionale), in conseguenza delle quali era lasciato al giudice campo libero di intervento.

Al contempo, norme troppo ampie e indefinite – accompagnate dal dilagare dei fenomeni di cattiva amministrazione – avevano fatto sorgere il sentito bisogno di un sistema normativo caratterizzato da una maggiore incisività ed effettività.

In buona sostanza, da un lato era obbligatorio porre un freno al fenomeno di "supplenza giudiziaria"⁷⁴, limitando il sindacato del giudice e l'area del penalmente rilevante; dall'altro lato, però, era necessario costruire un sistema

⁷⁴ Tale incisiva ed efficace locuzione appartiene a FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, Parte speciale*, vol. I, cit.

effettivo con adeguate risposte sanzionatorie nei confronti di quelle condotte così selezionate nell'area del penalmente rilevante.

Tale indirizzo di stampo penalistico era accompagnato da una complementare esigenza, sul piano dell'apparato amministrativo, di correggerne internamente le storture, e di uniformarlo ai principi di trasparenza e democratizzazione (come è avvenuto con la legge sul procedimento amministrativo n. 241/1990).

Allo stesso tempo, per quanto riguarda i delitti di cui agli artt. 330-331-332-333 c.p., si poneva anche un problema di coordinamento con l'art. 40 Cost. che consacra il diritto di sciopero.

In risposta a quanto sinora evidenziato, il Legislatore pertanto è intervenuto con la riforma del 1990 (L.86/1990) modificando praticamente l'intero capo in analisi.

Ad essa seguirono poi una pluralità di leggi.

In particolare, con la L. 149/1990 sono stati rivisti gli artt. 330 e ss., ossia sono stati abrogati gli artt. 330 c.p. (abbandono collettivo di pubblici uffici, impieghi, servizi o lavori) e 333 c.p. (abbandono individuale di un pubblico ufficio, servizio o lavoro).

Con la L. 181/1992⁷⁵ sono state invece apportate delle correzioni alla L.86/1990, che presentava alcune imprecisioni, in particolare in ordine agli artt. 316 *-bis* c.p. (malversazione a danno dello Stato), 321 c.p. (pene per il corruttore), 322 c.p. (istigazione alla corruzione) e 357 c.p. (nozione di pubblico ufficiale).

La L. 369/1993, in seguito, ha esteso la pena accessoria dell'incapacità di trattare con la pubblica amministrazione anche agli artt. 316 *-bis* c.p., 317 c.p., 318 c.p., 319 c.p., 319-*bis* c.p., 320 c.p., 321 c.p. e 322 c.p., allo scopo di attribuire maggiore effettività a tali delitti e alle risposte sanzionatorie.

⁷⁵ In buona sostanza, la legge ha inserito, circa l'art. 316-*bis* c.p., dopo le parole "ente pubblico": "dalle Comunità europee"; nell'art. 321 c.p., dopo le parole "art. 319-bis": "nell'art. 319-ter"; nell'art. 322 c.p., dopo la parola "doveri": "il colpevole". All'art. 357 c.p. ha poi apportato le seguenti modifiche: a) al primo comma, ha sostituito la parola "giurisdizionale" con: "giudiziaria"; b) il secondo comma è stato sostituito dal seguente: "Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi".

Con la L. 234/1997, inoltre, venne integralmente riscritto il delitto di cui all'art. 323 c.p., stante il fallimento – come poi verrà meglio evidenziato – della riforma del 1990 in ordine a tale reato.

Con la L. 205/1999 si è proceduto ad abrogare gli artt. 327 c.p. (eccitamento al dispregio e vilipendio delle istituzioni, delle leggi o degli atti dell'Autorità) e 332 c.p. (omissione di doveri di ufficio in occasione di abbandono di un pubblico ufficio o di interruzione di un pubblico servizio), sempre allo scopo di coordinare l'impianto codicistico con i principi costituzionali, ma soprattutto al fine di restringere l'area del penalmente rilevante solo a condotte che presentassero rilevanza ed attualità.

La L. 300/2000, in recepimento ad alcune convenzioni internazionali⁷⁶, ha introdotto i nuovi delitti di cui artt. 316 *-ter* c.p. (indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato), 322 *-bis* c.p. (peculato, concussione, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri) e 322 *-ter* c.p. (confisca)⁷⁷.

Per mezzo della L. 97/2001, infine, è stata aggiunta una nuova pena accessoria di estinzione del rapporto di impiego e di loro e introdotta anche la confisca obbligatoria di cui all'art. 335 *-bis* c.p. (disposizioni patrimoniali).

⁷⁶ La legge 29 settembre 2000, n. 300, infatti, ratifica e dà esecuzione gli atti internazionali elaborati in base all'articolo K. 3 del Trattato dell'Unione europea: Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995, del suo primo Protocollo fatto a Dublino il 27 settembre 1996, del Protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee di detta Convenzione, con annessa dichiarazione, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996, nonché della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997 e della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997.

⁷⁷ Art. 316-*ter*: “Salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'art. 640 bis, chiunque mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vero, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute, consegue indebitamente per sé o per altri, contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità Europee è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. Quando la somma indebitamente percepita è pari o inferiore ad euro 3.999,96 si applica soltanto la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro da euro 5.164 a euro 25.822. Tale sanzione non può comunque superare il triplo del beneficio conseguito.”

1.5.1 (segue) in particolare: La L. 86/1990.

Soffermando ora in particolare l'attenzione sulla L.86/1990, essa, innanzi tutto, ha abrogato il tanto criticato delitto di interesse privato in atti d'ufficio di cui all'art. 324 c.p.⁷⁸ (reato che - più ancora dell'art. 323 c.p. - dava luogo ad uno sconfinamento da parte del giudice penale, a causa della sua totale indeterminatezza), così come la malversazione a danno di privati di cui all'art. 315 c.p.⁷⁹. L'art. 324 c.p., tuttavia, si ritiene sia stato fatto confluire nell'art. 323 c.p., così come ridisegnato nel 1990, mentre l'art. 315 c.p. nel delitto di peculato di cui all'art. 314 c.p.

La L. 86/1990, poi, ha integralmente riscritto l'art. 328 c.p., il cui testo originario – troppo generico e indeterminato – prevedeva una disciplina ove la condotta mancava totalmente di definizione, che finiva per essere sostanzialmente tautologica: “il pubblico ufficiale, o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta, omette o ritarda un atto dell'ufficio o del servizio, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a lire due milioni. Se il pubblico ufficiale è un magistrato, vi è omissione o ritardo quando siano decorsi i termini previsti dalla legge perché si configuri diniego di giustizia”.

Anche con riferimento a tale delitto, la riforma è intervenuta con lo scopo di individuare i limiti del reato e definirlo in modo più tassativo, prevedendo all'interno dell'articolo due fattispecie autonome di reato, di rifiuto al primo comma e di omissione al secondo: “il pubblico ufficiale, o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni.

Fuori dei casi previsti dal primo comma, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un

⁷⁸ L'interesse privato in atti d'ufficio, di cui all'art. 324 c.p., prevedeva: “il pubblico ufficiale che, direttamente o per interposta persona o con atti simulati, prende un interesse privato in qualsiasi atto della Pubblica Amministrazione presso la quale esercita il proprio ufficio, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da lire duecentomila a quattro milioni”.

⁷⁹ Il testo dell'art. 315 c.p. così disponeva: “il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che si appropria o, comunque, distrae, a profitto proprio o di un terzo, denaro o qualsiasi cosa mobile non appartenente alla Pubblica Amministrazione, di cui egli ha il possesso per ragione del suo ufficio o servizio, è punito con la reclusione da tre a otto anni e con la multa non inferiore a lire duecentomila. Si applicano le disposizioni del capoverso dell'articolo precedente”.

pubblico servizio che entro trenta giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse non compie l'atto del suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo, è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a euro 1032. Tale richiesta deve essere redatta in forma scritta ed il termine di trenta giorni decorre dalla ricezione della richiesta stessa.”

Con la riforma del 1990, poi, sono stati riscritti anche gli artt. 357 e 358 c.p., ossia le definizioni delle qualifiche soggettive di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio, sulle quali si ritornerà in seguito⁸⁰.

Importante modifica ha riguardato anche il reato di peculato di cui all'art. 314 c.p., ove è stata abolita l'ipotesi di peculato per distrazione, poiché essa dava luogo ad un sindacato notevole da parte del giudice penale in materia di discrezionalità amministrativa.

Altri delitti di particolare rilevanza toccati dalla riforma sono quelli di corruzione, in cui sono stati modificati gli artt. 318, 319, 320 c.p.. Il Legislatore ha poi aggiunto gli artt. 319 *-bis*⁸¹, che prevede le circostanze aggravanti, e l'art. 319 *-ter*⁸², che ha introdotto l'ipotesi autonoma di corruzione in atti giudiziari. Ed infine, sempre in materia di corruzione, è stata prevista anche l'istigazione alla corruzione da parte del pubblico ufficiale e non solo del privato, all'art. 322,

⁸⁰ L'attuale previsione, a seguito anche dell'intervento della L. 181/1992, dell'art. 357 c.p. è: “Nozione del pubblico ufficiale - Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa. Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi. L'art. 358 c.p, invece, stabilisce: “Nozione della persona incaricata di un pubblico servizio. Agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio. Per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di questa ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale.”

⁸¹ Art. 319 *-bis* c.p. così riporta: “Circostanze aggravanti : La pena è aumentata se il fatto di cui all'articolo 319 ha per oggetto il conferimento di pubblici impieghi o stipendi o pensioni o la stipulazione di contratti nei quali sia interessata l'amministrazione alla quale il pubblico ufficiale appartiene.”

⁸² Art. 319 *-ter* c.p. prevede, infatti : “Corruzione in atti giudiziari: Se i fatti indicati negli articoli 318 e 319 sono commessi per favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo, si applica la pena della reclusione da tre a otto anni. Se dal fatto deriva l'ingiusta condanna di taluno alla reclusione non superiore a cinque anni, la pena è della reclusione da quattro a dodici anni; se deriva l'ingiusta condanna alla reclusione superiore a cinque anni o all'ergastolo, la pena è della reclusione da sei a venti anni.”

commi 3 e 4, c.p.⁸³

Sono state inserite *ex novo*, poi, alcune fattispecie autonome di reato: l'art. 314 c.p., comma 2, ossia il peculato d'uso, l'art. 316 *-bis* c.p. di malversazione ai danni dello Stato, nonché l'art. 326 c.p., comma 3, in materia di rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio⁸⁴. Ed infine è stato introdotto anche l'art. 317 *-bis* c.p., con riferimento alle pene accessorie⁸⁵. In tema di peculato, inoltre, è stato sostituito l'art. 316 c.p., mediante la previsione del peculato mediante profitto dell'errore altrui⁸⁶.

L'art. 323 *-bis* c.p., poi, in ordine al trattamento sanzionatorio, ha previsto una circostanza attenuante per i fatti di particolare tenuità per i delitti di cui agli artt. 314, 316, 316 *-bis*, 317, 318, 319, 322, 323 c.p.

Si evidenzia, infine, che non è stato invece toccato il delitto di concussione di cui all'art. 317 c.p., nonostante la dottrina lo auspicasse, nel senso che secondo alcuni si è trattato di un'occasione mancata per dare un riconoscimento normativo

⁸³ Art. 322 ("Istigazione alla corruzione"), comma 3 e 4, c.p.: "La pena di cui al primo comma si applica al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio che riveste la qualità di pubblico impiegato che sollecita una promessa o dazione di denaro od altra utilità da parte di un privato per le finalità indicate dall'articolo 318. La pena di cui al secondo comma si applica al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio che sollecita una promessa o dazione di denaro od altra utilità da parte di un privato per le finalità indicate dall'articolo 319".

⁸⁴ Art. 314, comma 2, c.p.: "Si applica la pena della reclusione da sei mesi a tre anni quando il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa, e questa, dopo l'uso momentaneo, è stata immediatamente restituita". Art. 316 *-bis* c.p.: "Malversazione a danno dello Stato: Chiunque, estraneo alla pubblica amministrazione, avendo ottenuto dallo Stato o da altro ente pubblico o dalle Comunità europee contributi, sovvenzioni o finanziamenti destinati a favorire iniziative dirette alla realizzazione di opere od allo svolgimento di attività di pubblico interesse, non li destina alle predette finalità, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni". Art. 326 comma 3 c.p. ("Rivelazione ed utilizzazione di segreti d'ufficio"): "Il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio, che, per procurare a sé o ad altri un indebito profitto patrimoniale, si avvale illegittimamente di notizie di ufficio, le quali debbano rimanere segrete, è punito con la reclusione da due a cinque anni. Se il fatto è commesso al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto non patrimoniale o di cagionare ad altri un danno ingiusto, si applica la pena della reclusione fino a due anni".

⁸⁵ Art. 317 *-bis* c.p.: "Pene accessorie: La condanna per i reati di cui agli articoli 314 e 317 importa l'interdizione perpetua dai pubblici uffici. Nondimeno, se per circostanze attenuanti viene inflitta la reclusione per un tempo inferiore a tre anni, la condanna importa l'interdizione temporanea".

⁸⁶ Art. 316 c.p.: "Peculato mediante profitto dell'errore altrui: Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, il quale, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, giovandosi dell'errore altrui, riceve o ritiene indebitamente, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni".

alla figura giurisprudenziale della cd. concussione ambientale⁸⁷.

Da ultimo, la L.86/1990 si è occupata di modificare l'art. 323 c.p., sul quale si intende ora soffermarsi più a lungo anche se sullo stesso si tornerà approfonditamente in seguito.

L'art. 323 c.p., originariamente, recitava: "Il pubblico ufficiale che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge, è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa da lire cinquecento a diecimila". La norma, così caratterizzata da eccessiva indeterminatezza e residualità, per molti si trovava ai limiti della violazione del principio di legalità di cui all'art. 25 Cost. (anche se la Corte Costituzionale⁸⁸, investita della questione, ritenne la norma costituzionalmente legittima con una sentenza criticata apertamente anche dalla dottrina⁸⁹).

⁸⁷ Senza addentrarsi ora nel complesso tema della cd. concussione ambientale, si rinvia alle critiche mosse ad esempio da BENUSSI C., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione, Tomo I, I delitti dei pubblici ufficiali*, Padova, 2001, 16. Nello stesso senso, anche PALAZZO F.C., *La riforma dei delitti dei Pubblici Ufficiali: un primo sguardo di insieme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 823 e ss. L'Autore lamenta, infatti, la mancata introduzione della concussione ambientale nell'ambito di tale delitto. In realtà si ritiene che quella del Legislatore, più che un'occasione mancata, sia stata una precisa scelta, riconducibile al fatto che la concussione ambientale non necessiti esplicitamente di una previsione a sé quale entità distinta, ma ben possa essere ricondotta alla generale figura della concussione per induzione.

⁸⁸ Corte Cost., 19.2.1965, n. 7, in *Cass. pen.*, 1966, 984 e ss. La Corte afferma invece che "la fattispecie è determinata in modo da non lasciare alla discrezionalità dell'interprete la configurazione del reato. Ed invero (...) il fatto punibile consiste nella trasgressione da parte del pubblico ufficiale, di un dovere inerente all'ufficio, quando essa si concreti in un atto o, comunque, in un comportamento illegittimo, posto in essere con dolo. (...) Il precetto penale in esame dà sufficiente garanzia che il pubblico ufficiale sia al coperto dalla possibilità di arbitrarie applicazioni della legge penale, il timore delle quali nuocerebbe anch'esso al buon andamento della pubblica amministrazione e al sollecito perseguimento dei suoi fini".

⁸⁹ BRICOLA F., *In tema di illegittimità costituzionale dell'art. 323*, in *Cass. pen.*, 1966, 985 e ss. L'Autore critica aspramente la sentenza della Corte Costituzionale, continuando a serbare forti dubbi sulla legittimità dell'art. 323 c.p. Egli afferma che "la consapevolezza circa il carattere eccessivamente ampio e generico dell'art. 323 c.p. emerge anche in sede giurisprudenziale allorché si sottolinea come 'imperiosa' la necessità che l'imputazione sia formulata in modo specifico...". Inoltre, Bricola rileva ulteriori problemi di costituzionalità anche in relazione all'art. 28 Cost., per il quale "i funzionari e i dipendenti degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili ed amministrative degli atti compiuti in violazione dei diritti". E allora il fatto non dovrebbe consistere "nel mero agire con l'intenzione di ledere il diritto altrui, ma necessita che da tale cosciente attività sia derivata effettiva lesione del diritto altrui". In ogni caso, l'Autore sottolinea i maggiori problemi di costituzionalità in riferimento alla scarsa tassatività che caratterizzava la norma, derivante anche dalla poco univoca espressione "abuso dei poteri inerenti alle sue funzioni". E nemmeno il dolo specifico avrebbe contribuito ad una maggiore tassatività (come invece la sentenza sembra affermare). Si tratta oltretutto di un dolo che infatti "perde in incisività a causa del suo ampio contenuto. (...) ed equiparando il fine di recare

L'abuso d'ufficio, più di tutti gli altri, rappresentava in definitiva un reato emblema di quel sindacato eccessivo ed indiscriminato da parte del giudice penale cui la riforma voleva apprestare una risposta. In effetti, l'indagine sull'esistenza del delitto di abuso d'ufficio, nel vigore della disciplina sostituita, consentiva un vero e proprio intervento anche nell'ambito dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione, proprio perché era la stessa struttura della norma a richiederlo, prevedendo il comportamento o l'atto illegittimi quali requisiti essenziali della condotta. Nell'accertare l'abuso, il giudice finiva per effettuare così un vero e proprio sindacato di merito dell'atto amministrativo⁹⁰, ed è per questo che -più che ogni altra- l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 323 c.p. è stata

ad altri un danno a quello di procurargli un vantaggio si mettono sullo stesso piano gli abusi commessi per opprimere i cittadini e quelli che mirano a favorirli, sia pure a scapito dell'interesse pubblico". Bricola, pertanto, conclude nel senso che "le gravi obiezioni che dal punto di vista del principio di legalità (e del principio di eguaglianza) solleva l'art. 323 non sono state scalfite dalle troppo succinte argomentazioni contenute nella pronuncia della Corte Costituzionale".

⁹⁰ VENDITTI R., *Questioni sulla sindacabilità degli atti amministrativi da parte del giudice penale*, in *Riv. it.*, 1964, 1137; GALIANI T., *Il sindacato del giudice penale sugli atti del pubblico ufficiale in riferimento al reato di abuso innominato d'ufficio*, in *Arch. pen.*, 1962, II, 443; QUARANTA, *Atto amministrativo e poteri del giudice penale*, in *Riv. pen. econ.*, 1993, 199; D'AVIRRO A., *L'abuso d'ufficio*, cit., 65; DOMENICHELLI V., *Potere giudiziale, potere amministrativo ed eccesso di potere. Ancora sul sindacato penale della discrezionalità amministrativa*, in *Riv. amm. Veneto*, 1996, 77; FANELLI A., *Sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa alla luce del disegno di legge sulla modifica dell'abuso d'ufficio*, in *Riv. amm.*, 1996, 827; CONTENTO G., *Giudice penale e pubblica amministrazione*, cit., 19; e CONTENTO G., *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi, con particolare riferimento agli atti discrezionali*, in *Quaderni del C.S.M.*, n. 1, 1991, 13; e PADOVANI T., *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., 85 e ss. Egli infatti evidenziava come, poiché l'atto amministrativo (così come era configurato il reato nella originaria versione) è parte essenziale della condotta, quando si riscontri la strumentalizzazione del potere d'ufficio per un fine personale, non esiste più un "merito amministrativo" ma un "merito privato". L'illegittimità dell'atto, in buona sostanza, rappresenta un sintomo dell'abuso, ma non ne esaurisce la sostanza. Infatti, anche quando l'atto appare legalmente formato ed emanato, l'accertamento che le scelte discrezionali rimesse alla valutazione del pubblico ufficiale sono state orientate da un fine privato finisce col dimostrare che l'atto è il risultato di uno sviamento di potere. Merito amministrativo e abuso di potere non si collocano dunque in un terreno separato, ma convivono nello stesso spazio. L'Autore, infine, conclude affermando che una volta accertato che il pubblico ufficiale ha utilizzato i poteri inerenti alle sue funzioni per compiere un atto amministrativo a vantaggio proprio o altrui o in danno ad altri e che questa appunto è la causa dell'atto, dovrà concludersi che l'atto è illegittimo per sviamento di potere. Nello stesso senso anche la giurisprudenza dell'epoca ha affermato che non poteva ritenersi operante il divieto posto al giudice ordinario di esercitare un generale ed indeterminato potere di sindacato in tutti quei casi in cui l'illegittimità dell'atto o del provvedimento amministrativo si presentava come elemento essenziale di una fattispecie criminosa (così accadeva quindi per l'art. 323 c.p.), sulla quale deve pronunziarsi il magistrato penale. (Cass., 16.12.1989, n. 17330). Seppur già allora la posizione della Suprema Corte - in ordine al sindacato nel merito amministrativo, - era quella di escluderlo, era pacificamente ammessa una verifica delle concrete modalità di esercizio del potere, in tema di sviamento di potere integrante l'abuso d'ufficio nella formulazione precedente all'attuale. Così Cass., 9.11.1977, in *Cass. pen.*, 1979, 783; o Cass., 3.12.1976, in *Riv. pen.*, 1977, 505.

sempre oggetto di dure critiche e di vivaci dibattiti dottrinali.

La riforma avvenuta nel 1990 ha portato, dunque, ad una nuova norma che stabiliva: “Il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con la reclusione fino a tre anni. Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due a cinque anni”.

In realtà, simile previsione sortì effetti del tutto antitetici rispetto alle finalità da molti auspiccate⁹¹. Essendo state abrogate, infatti, le generiche figure criminose del peculato per distrazione e dell’interesse privato in atti d’ufficio, l’abuso d’ufficio fu in un attimo trasformato da reato assolutamente residuale “costretto” tra tali due fattispecie abrogate, in una figura di ampio raggio ed idonea a inglobare un numero indeterminato di condotte, prima riconducibili alle fattispecie soppresse⁹². L’art. 323 c.p., ricomprendendo quindi gran parte dei fatti prima disciplinati dal peculato per distrazione e dall’interesse privato in atti d’ufficio, finì per diventare “un gigantesco contenitore”⁹³, frustrando quelle che erano state le finalità della riforma. Infatti, lungi dall’operare una restrizione dell’area degli illeciti

⁹¹ Sul tema si veda BENUSSI C., *Il nuovo delitto di abuso d’ufficio*, Padova, 1998, 6 e ss.; PITTARO P., *La nuova disciplina dell’abuso d’ufficio*, in AAVV, *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998, 15.

⁹² Ulteriore problema, non di poco conto, che fu necessario affrontare a seguito della riforma fu poi quello di determinare se riguardo a tali norme si fosse verificata una vera e propria *abolitio criminis*, ovvero soltanto un fenomeno successorio. La Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, ha optato per ritenere realizzato un fenomeno successorio, riferendosi alla “teoria della continuità del tipo di illecito”, nel senso che tali fattispecie non erano state abolite, al contrario di quanto in tal senso aveva chiaramente espresso il Legislatore del 1990, ma erano trasigrate in altro tipo di illecito, ossia appunto nell’abuso d’ufficio, così come novellato dalla L. 86/1990. A seconda che si ritenga essersi verificata un’*abolitio criminis* ovvero un fenomeno successorio, si applicherà il secondo ovvero il terzo comma dell’art. 2 c.p. Così, Cass., SS.UU., 20.6.1990, in *Foro it.*, II, 1990, 637 e ss., con nota di FIANDACA G., *Questioni di diritto transitorio in seguito alla riforma dei reati di interesse privato e abuso innominato d’ufficio*. In dottrina, comunque alcuni Autori hanno sostenuto che tale questione avrebbe dovuto essere risolta dallo stesso Legislatore del 1990 con apposita norma transitoria. Sul tema si vedano: ALIBRANDI T., *A proposito di una discussa ipotesi di “abolitio criminis”*, in *Riv. pen.*, 1992, 47 e ss; PAGLIARO A., *La legge penale tra irretroattività e retroattività*, in *Giust. pen.*, II, 1991, 1 e ss.; in via generale, infine, ed anche sull’argomento, AMBROSETTI E.M., *Abolitio criminis e modifica della fattispecie*, Padova, 2005, 103 e ss.

⁹³ Questa la celebre definizione utilizzata da Pagliaro: si veda sul punto PAGLIARO A., *Contributo al dibattito sull’abuso d’ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 1405; PAGLIARO A., *La nuova riforma dell’abuso d’ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, 1395.

amministrativi penalmente rilevanti, si era estesa a dismisura l'area della repressione penale, riconducendo al suo interno - oltre al peculato e all'interesse privato - anche tutte le ipotesi qualificabili come eccesso di potere. Il tasso di imprecisione, infatti, fu innalzato in modo incontenibile, dato che continuava ad essere consentito al giudice penale di sindacare il vizio di eccesso di potere (si è compreso ormai quanto tale figura caratterizzata da una congenita imprecisione)⁹⁴, il quale rientrava ancora nell'ambito della condotta rilevante ai sensi dell'art. 323 c.p. La norma, per tutti questi motivi, fu subito aspramente criticata e definita, eufemisticamente, eccessivamente elastica⁹⁵.

In buona sostanza, nessun apporto era stato dato per definire il concetto di abuso d'ufficio che continuava a non trovare una descrizione di condotta tipica: il provvedimento amministrativo non era indice sufficiente per l'esistenza dell'abuso ma la condotta del soggetto stessa finiva per caratterizzare l'abuso, tramite la finalità illecita che questi si proponeva. Ciò comportava inevitabilmente un forte rapporto tra giurisdizione penale e pubblica amministrazione, con un'indiscriminata ingerenza del giudice penale sull'intero procedimento, al fine di individuare appunto il dolo specifico.

In simile modo, si consentiva al giudice penale di continuare quella cattiva abitudine, già precedentemente assai diffusa, di "ficcare il naso" nel merito delle iniziative della pubblica amministrazione tramite l'art. 323 c.p., che molto spesso

⁹⁴ DELLA MONICA G., *La non configurabilità dell'abuso d'ufficio per eccesso di potere*, in DALIA A.A. – FERRAIOLI M. (a cura di), *La modifica dell'abuso e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano. 1997, 64.

⁹⁵ Definizione appartenente sempre a Pagliaro, immediatamente dopo la riforma, in PAGLIARO A. – PARODI GIUSINO M., *Principi di diritto penale, Parte speciale*, I., Milano, 2008, 275. L'art. 323 c.p. rischiava nuovamente pertanto di risultare illegittimo per violazione dell'art. 25 Cost. I giudici di merito, infatti, cogliendo le critiche della dottrina, compresa quella relativa all'eccessivo peso dell'elemento soggettivo nell'economia della fattispecie, avevano investito la Corte Costituzionale della questione. In particolare il Giudice per le indagini preliminari di Piacenza (Gip Trib Piacenza, 16.4.1996, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1138; con nota di SIRANI A., *Dolo specifico e deficit di tassatività*) rinviando la questione alla Corte affermava che, essendo l'abuso un comportamento qualificabile in ragione del fine che lo ha ispirato, il suo accertamento in definitiva verteva sull'elemento psicologico, senza che nessun contributo venisse dalla definizione dell'"abuso", "trattandosi di un concetto abbastanza generico, una locuzione indeterminata, un termine neutro, incolore". Inoltre, sortendo da tale indeterminatezza un'ingerenza penale nell'attività amministrativa, e creando ciò un clima non favorevole alla pubblica amministrazione, tale da stimolare l'immobilismo, ciò era pregiudizievole per il buon andamento dell'Amministrazione stessa. La Corte Costituzionale non si esprime mai sulla questione perché prima che potesse pronunciare la Sua sentenza intervenne la riforma dell'abuso d'ufficio con la L. 16 luglio 1997, n. 234.

altro non era che il “grimaldello”⁹⁶ per l'accertamento di ulteriori reati, tra cui la concussione e la corruzione.

Questa funzione di “norma civetta”⁹⁷ dell'art. 323 c.p. va, tra l'altro, collocata nel particolare contesto storico delle indagini a tappeto proprio in ordine a tali delitti, il cosiddetto fenomeno di “tangentopoli”, immediatamente successivo alla riforma del 1990 e da cui derivò un pressoché totale blocco dell'attività amministrativa, paralizzata dal timore di indagini e di incriminazioni. La situazione appena descritta si riflesse anche nella giurisprudenza, chiamata a gestire numerosissimi casi di denunce di abusi.

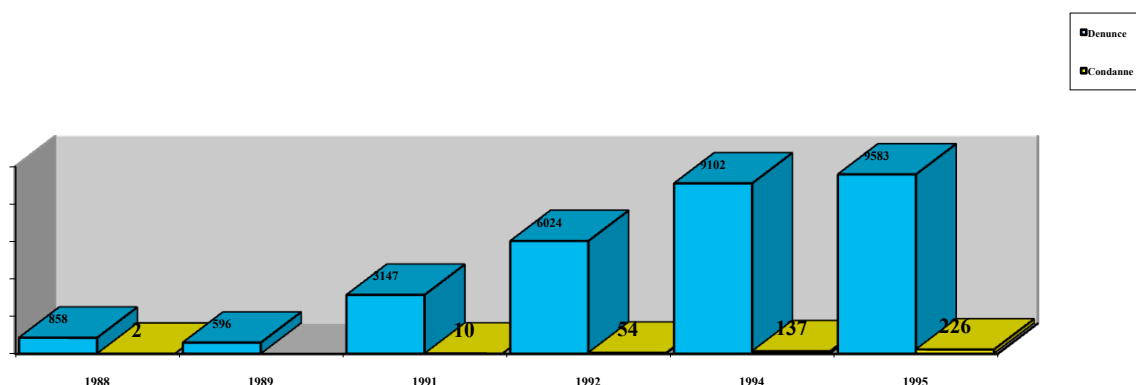
Quanto evidenziato in tema di delitto di abuso d'ufficio, in buona sostanza, risulta come la sintesi in un solo articolo dei problemi presenti in tutto il capo dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione: eccessiva indeterminatezza e sindacato del giudice penale, da un lato; dilagante fenomeno di commissione di reati nella pubblica amministrazione e incapacità da parte del sistema giudiziario di farvi fronte con adeguate risposte sanzionatorie, poiché privo di effettività, dall'altro.

Sempre più notevole era divenuto, infatti, lo scarto tra i delitti denunciati e le condanne definitive registrate. Si rendeva, quindi, necessaria una riforma che restituisse alla norma incriminatrice di cui all'art 323 c.p. il compito di trovare un effettivo criterio di selezione idoneo a isolare ipotesi dotate di sicuro disvalore⁹⁸.

⁹⁶ Tale felice definizione appartiene a LAUDI M., *L'abuso d'ufficio: luci ed ombre di un'attesa riforma*, I, *Profili sostanziali*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, 1049.

⁹⁷ Sempre LAUDI M., *Il Sole 24 ore*, 12 ottobre 1996, 23.

⁹⁸ Così MANZIONE D., *Abuso d'ufficio* (voce), in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, Torino, 2000, 2 e ss.



Fonte: Istat – Statistiche giudiziarie

I dati qui sopra riportati, di fonte Istat⁹⁹, mettono a confronto i numeri di denunce e condanne nel periodo in questione, ossia dal 1988 al 1995. Merita senza dubbio di essere rilevato l'aumento del numero di denunce e di condanne (0 condanne su 596 denunce nel 1989, rispetto a 226 condanne su 9.583 denunce nel 1995): esso può essere ricondotto sia all'ingresso della L. 86/90 (la quale ha aperto notevolmente la portata dell'art. 323 c.p., che prima aveva carattere assolutamente residuale): sia ad una cresciuta sensibilizzazione nella popolazione nei confronti delle piaga amministrativa. Ma al di là di questo aspetto, resta come dato inequivocabile la profonda differenza tra il numero di denunce – enorme – ed il numero di condanne – bassissimo.

Alla luce di quanto sottolineato finora, si comprende così perché solo sette anni dopo si sia giunti all'attuale formulazione dell'art. 323 c.p. con la L.234/1997, secondo cui: “salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione delle norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

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

⁹⁹ da Guida al Diritto, 1997, n. 29, 19.

Si rinvia, però, all'analisi dei capitoli successivi lo studio dell'articolo così come oggi formulato, al fine anche di determinare se esso finalmente sia riuscito a proporre una soluzione ai problemi a lungo sollevati. Si anticipa già da ora che sicuramente l'attuale previsione ha dato un forte contributo in termini di determinatezza della fattispecie, ma che restano alcuni punti critici oggetto di acceso dibattito e idonei nuovamente ad estendere di molto il sindacato del giudice penale.

Effettuata tale breve carrellata sulla L. 86/1990 - volta a ricordare velocemente la materia coinvolta dalla riforma, con particolare riferimento all'art. 323 c.p. - sembra necessario trarre le fila, con un bilancio sull'esito sulla stessa.

Si è a lungo discusso se essa sia riuscita negli obiettivi perseguiti, sostanzialmente riconducibili a due: trovare una soluzione alla "questione morale" dell'amministrazione sempre più caratterizzata dalla commissione dei reati; e limitare lo sconfinamento indiscriminato dei giudici penali nel merito amministrativo a causa dell'eccessiva indeterminatezza delle norme del capo I.

Si crede di poter tranquillamente affermare oggi che gli intenti della riforma non siano stati raggiunti, come appare non solo dalle molteplici critiche rivolte dalla dottrina all'indomani della sua approvazione, ma anche dai successivi interventi di modifica nei confronti della stessa legge (*in primis* ci si riferisce alla L. 234/1997) e dal fatto che tuttora persistono molti dei problemi per risolvere i quali era intervenuta la legge del 1990¹⁰⁰.

Si può, infatti, riscontrare come, lungi dal realizzare una maggiore effettività di tali ipotesi di reato ed un'adeguata risposta sanzionatoria, si è andati solo restringendo l'area delle condotte rilevanti senza tuttavia aumentare le pene, e

¹⁰⁰ In ordine al tema, si vedano BENUSSI C., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit.; PALAZZO F.C., *La riforma dei delitti contro i pubblici ufficiali*, cit., 815 e ss.. L'Autore apprezza alcune soluzioni scelte che definisce anche complessivamente equilibrate, ma conclude nel senso di ravvedere non poche ombre in questa nuova disciplina formulata in modo a volte irragionevolmente limitativo della tutela. Ancora, sul tema, SCARLATO M., *La tutela penale della Pubblica Amministrazione tra diritto positivo e prospettive di riforma*, in *Arch. Pen.*, 1995, 101; SEVERINO DI BENEDETTO P., *Pubblica Amministrazione (delitti contro la)*, voce, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991. E per un commento della riforma alla luce anche delle successive vicende di cronaca giudiziaria, ZAGREBLESKY G., *L'iniziativa Di Pietro su tangentopoli: non tutto ciò che è lecito è anche opportuno*, in *Cass. pen.*, 1994, 2337 e ss.; GROSSO, *L'iniziativa Di Pietro su tangentopoli. Il progetto anticorruzione tra utopia punitiva e suggestione premiale*, in *Cass. pen.*, 1994, 2341 e ss..

nemmeno riuscendo a fornire spesso la determinatezza che si auspicava¹⁰¹: sostanzialmente, tramite l'abrogazione di alcuni delitti (si vedano l'art. 324 c.p. o il peculato per distrazione), si è registrato un alleggerimento di responsabilità, senza un contestuale però aumento delle pene per i delitti selezionati e rimasti in vigore. Con riferimento poi al delitto di abuso d'ufficio, si è già accennato alla sua mancato raggiungimento dell'obiettivo, che ha portato al vicinissimo intervento successivo della L. 234/1997 che nuovamente lo ha riformulato.

Anche in ordine all'art. 328 c.p. (il quale, insieme all'art. 323 c.p., è uno dei reati più radicalmente trasformati dalla riforma), poi, sono state mosse molteplici critiche: se l'intento era quello di apportare determinatezza ad una norma che ne era carente, sicuramente ora l'articolo è stato migliorato quanto a tipicità (pur restando alcuni aspetti controversi, come in seguito si tenterà di evidenziare) ma allo stesso tempo si è scelto restringere così tanto le condotte rilevanti che è divenuto in buona sostanza anch'esso un delitto di difficile integrazione.

Sulla base di quanto finora si è andati esponendo, si comprendono le motivazioni per cui a soli vent'anni di distanza si discute nuovamente circa una possibile riforma dei delitti dei pubblici ufficiali.

Il fallimento della L. 86/1990 si constata così, per un verso, nel continuo succedersi di proposte legislative di riforma, e, per l'altro, nell'incessante fenomeno di cattiva amministrazione e di commissione di reati degli amministratori pubblici, che lontano dal diminuire è andato solo aumentando negli anni.

La pubblica amministrazione italiana, caratterizzata da un apparato sempre più complesso ed esteso è colpita da una sempre più diffusa corruzione (qui intesa quale fenomeno complessivamente considerato). Prova ne è che l'indice di percezione di corruzione del 2009¹⁰² posiziona l'Italia al sessantatreesimo posto,

¹⁰¹ In termini molto critici si è espresso SINISCALCO M., *La nuova disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali*, in *Leg. pen.*, 1990, 263, che parla di "testo scoordinato, privo di una linea politico-legislativa unitaria"; sempre in senso negativo, PADOVANI T., *Commento alla L. 26 aprile 1990, n. 86*, in *Corr. giur.*, 1990, 540 che si riferisce ad un intervento legislativo "che reca le stigmate di una fretteolosità e di un'incuria che suonano paradossali per un testo tanto a lungo elaborato".

¹⁰² Questa è la classifica stilata, in riferimento all'anno 2009, di "Corruption Perceptions Index 2009", da Transparency International.

ossia a pari merito dell'Arabia Saudita, e subito dopo la Turchia, consacrando l'Italia (come del resto anche negli indici degli anni precedenti) come il Paese più corrotto dell'Europa occidentale. Nello stesso senso, risulta dai dati della Corte dei Conti che il numero delle denunce presentate alla Guardia di Finanza nel corso del 2009 sono aumentata del 229% per i delitti di corruzione, e del 153% per il delitto di concussione¹⁰³. In aggiunta, ulteriore elemento è costituito dai dati sulle condanne definitive, sempre in tema di corruzione, i quali documentano la scarsa incisività dal punto di vista sanzionatorio: nell'87,6 % dei procedimenti penali sono state inflitte pene inferiori a due anni di reclusione (nei limiti perciò della sospensione condizionale); nell'8,8 % dei casi, pene tra due e tre anni (rientranti quindi nell'area delle misure alternative, ad esempio l'affidamento in prova ai servizi sociali); e soltanto nel 3,5 per cento dei casi sono state irrogate pene superiori a tre anni, eseguibili in forma detentiva. Solo a tale limitata quota, pertanto, è affidato l'effetto deterrente tipico della sanzione penale¹⁰⁴.

1.5.2 (segue) prospettive di riforma: i d.d.l. n. 2156 e n. 2174.

Proprio a causa delle problematiche essenziali appena individuate sul tema, si intende ora brevemente richiamare i progetti di legge più recenti che hanno ad oggetto la riforma dei reati contro la pubblica amministrazione. In particolare, si vuole far riferimento all'attualità, e quindi ai due disegni di legge presentati in Parlamento: il n. 2156 (cd. progetto Alfano) ed il n. 2174 (cd. progetto Finocchiaro), i quali maggiormente sono stati recentemente oggetto di discussione.

Il fervente dibattito su tali delitti e il succedersi di progetti di riforma con riferimento a tale capo rappresentano segno evidente, pare, di una necessità sempre più sentita di rivedere un sistema normativo inadeguato a far fronte

¹⁰³ Questi sono i dati emersi dal numero di denunce presentate, come evidenziato con disappunto dal Procuratore Generale della Corte dei Conti, Mario Ristuccia, e dal Presidente della Corte dei Conti, Tullio Lazzaro, nel corso della cerimonia di apertura dell'anno giudiziario del 2010. Il Presidente Lazzaro, nel suo discorso ha, infatti, evidenziato tali dati ed affermato che "Il Codice penale non basta più, la denuncia non basta più. Ci vuole un ritorno all'etica da parte di tutti. Che io, purtroppo, non vedo".

¹⁰⁴ Tali sono i dati che si rinvergono nell'atto parlamentare della Relazione al Disegno di Legge n. 2174, presentata al Senato della Repubblica l'11.5.2010, nel corso della XVI legislatura.

all'illegalità della pubblica amministrazione, soprattutto dal punto di vista sanzionatorio, dato che ad oggi le pene previste risultano piuttosto basse, soprattutto se paragonate ad altri capi del codice penale.

Si intende enucleare, per sommi capi, il contenuto principale dei due disegni, tramite un esame del testo degli stessi e delle relative relazioni parlamentari¹⁰⁵.

Prendendo le mosse dal primo, il d.d.l. n. 2156 è stato presentato dal Ministro della Giustizia Alfano e comunicato alla Presidenza il 4.5.2010: esso si intitola "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione". Il progetto si distingue per concentrare particolare attenzione sulla prevenzione del fenomeno della corruzione, per il tramite di un approccio multidisciplinare. Il disegno di legge si compone comunque di tre capi, rispettivamente relativi a: prevenzione generale, controlli mirati e sanzioni. Il primo capo - intitolato "Misure per la trasparenza dell'attività amministrativa e la prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella Pubblica Amministrazione" - è dedicato dunque proprio alla predisposizione di tali strumenti di tipo preventivo (un Piano Nazionale Anticorruzione, anche in adeguamento delle disposizioni internazionali che lo prevedono¹⁰⁶; una Rete internazionale anticorruzione¹⁰⁷; e un Osservatorio Nazionale sulla corruzione e gli altri illeciti nella pubblica amministrazione, con compiti di analisi e informazione).

¹⁰⁵ Relazione parlamentare al disegno di legge n. 2156 del 4.5.2010 e n. 2174 del 11.5.2010, atti parlamentari del Senato della Repubblica.

¹⁰⁶ Si tratta di uno strumento che attua le politiche e le buone pratiche di prevenzione della corruzione, così come specificatamente previste nel capo II della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale il 31.10.2003, e ratificata in Italia con la L. 116/2009. L'adozione del Piano nazionale anticorruzione deriva anche dalla necessità evidenziata, tra l'ottobre 2008 e il giugno 2009, dal Gruppo di Stati contro la corruzione (GRECO), istituito nell'ambito del Consiglio d'Europa, di cui l'Italia fa parte dal 2007. Il Piano nazionale anticorruzione dovrebbe essere sviluppato dal Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri, mediante le indicazioni di ciascuna amministrazione centrale di vari fattori (ad es. il grado di esposizione al rischio corruzione dei propri uffici o le misure organizzative necessarie a fronteggiare tale rischio).

¹⁰⁷ La Rete sarebbe composta dai referenti di ciascuna pubblica amministrazione, allo scopo di fornire al Dipartimento della funzione pubblica elementi per valutare l'idoneità degli strumenti adottati contro la corruzione, per definire programmi per i dipendenti pubblici che favoriscano il corretto e onorevole esercizio delle funzioni a loro affidate, e, infine, per monitorare l'effettiva attuazione dei singoli piani di azione.

Il capo istituisce, inoltre, una serie di obblighi di trasparenza e di informazione a carico delle Amministrazioni¹⁰⁸.

Il capo II, poi, si occupa del sistema di controlli amministrativi, proponendo una serie di modifiche al testo unico enti locali.

Senza soffermarsi sulla materia, non rilevante dal punto di vista penalistico, si giunge direttamente al capo III, dove si rinviene il progetto di alcune modifiche al codice penale, volte ad aggravare le pene per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

Gli strumenti di aggravamento delle pene che si introducono sono sostanzialmente due. Da un lato, si propone l'inserimento di un'aggravante per i reati previsti dagli articoli 314, 316, 316-*bis*, 316-*ter*, 318, 319, 319-*ter*, 354 e 356 del codice penale, secondo la quale le pene verrebbero aumentate in misura generalmente compresa tra la metà e un terzo. Incrementi percentualmente minori, invece, sarebbero previsti per quei reati per i quali già la pena risulta particolarmente elevata (come nel caso del peculato, per il quale è la pena è della reclusione da tre a dieci anni). Tali aumenti di pena riguardano il minimo o il massimo della pena, o entrambe le soglie edittali e, nei casi di corruzione, operano anche nei riguardi del corruttore¹⁰⁹.

Dall'altro lato, viene stabilita un'ulteriore aggravante, destinata ad operare nei confronti del solo pubblico ufficiale, volta ad inasprire ulteriormente le pene, aumentandole fino ad un terzo, in presenza di due presupposti: che il funzionario

¹⁰⁸ All'art. 2 si propongono, ad esempio, obblighi di pubblicazione - sui siti istituzionali delle amministrazioni - delle informazioni relative a procedimenti amministrativi «sensibili», quali quelli che hanno ad oggetto autorizzazioni, concessioni, appalti pubblici, erogazioni di benefici economici a persone o enti pubblici o privati, concorsi e progressioni di carriera. Ovvero, ai commi 4 e 5 dell'art. 2, è richiesto che di comunicare almeno un indirizzo di posta elettronica certificata che il cittadino possa utilizzare per trasmettere e ricevere informazioni circa i provvedimenti e i procedimenti amministrativi che lo riguardano. Sono poi stabilite specifiche norme in ordine alla trasparenza dell'affidamento dei contratti pubblici, di appalti e subappalti (sempre all'art. 2 comma 6 e 7).

¹⁰⁹ In particolare, per tre reati (il peculato mediante profitto dell'errore altrui – articolo 316 c.p.; l'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato – articolo 316-*ter* c.p.; la corruzione per un atto d'ufficio – articolo 318 c.p.), l'aumento sarebbe sia del minimo della pena (che raddoppia, da sei mesi ad un anno), che del massimo della pena (da tre a quattro anni). Per il reato di malversazione a danno dello Stato (articolo 316-*bis* c.p.), è raddoppiato il minimo della pena (da sei mesi ad un anno), mentre il massimo aumenta da quattro a cinque anni). Per il reato di peculato (articolo 314, comma 1 c.p.), il minimo della pena passa da tre a quattro anni. Per la corruzione propria (articolo 319 c.p.), il minimo della pena è aumentato da due a tre anni ed il massimo da cinque a sei anni.

pubblico abbia compiuto atti particolarmente lesivi per la pubblica amministrazione o che i fatti siano commessi per far conseguire indebitamente contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati dallo Stato, da altri enti pubblici o dall'Unione europea.

Concludendo quindi, pare di potersi affermare che il cd. progetto Alfano persegua, per un verso, la strada della prevenzione, nel tentativo di correggere le piaghe dell'amministrazione tramite i sistemi appena accennati e tramite più stringenti e numerosi controlli interni. Per altro verso, poi, il disegno di legge propone una revisione dell'attuale sistema sanzionatorio, intervenendo con una modifica del capo dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione dal punto di vista sanzionatorio, allo scopo di rendere più effettivo un sistema repressivo poco efficace.

Per quel che attiene l'altro progetto di legge richiamato, il d.d.l. 2156, esso è stato presentato alla Presidenza dall'on. Finocchiaro l'11.5.2010, con il titolo "Norme per il contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione e nel settore privato. Cause ostative all'assunzione di incarichi di governo, incandidabilità ed ineleggibilità dei responsabili per reati contro la pubblica amministrazione e collegati". Anch'esso testimonia chiaramente la sentita esigenza di intervenire sulla materia.

In linea di massima, è possibile rilevare che il progetto si differenzia dal precedente nel concentrare la propria attenzione più sulla fase successiva della repressione (con una modifica del sistema penale) che su una riorganizzazione dell'amministrazione tramite l'istituzione di controlli preventivi. La modifica proposta dei delitti contro la pubblica amministrazione vuole una revisione più incisiva, non solo al fine di un incremento sanzionatorio, ma perseguendo l'obiettivo di ridisegnare alcuni reati. Senza soffermarsi ora su tutta la disciplina che in esso si rinviene, si richiamano solo le parti riguardanti i delitti in questa sede in esame.

La novità più importante su cui il d.d.l. si concentra, in realtà, riguarda l'abolizione del delitto di concussione, di cui si discute da molto tempo: la condotta di concussione per costrizione si trasferisce all'interno di quella di

estorsione¹¹⁰ e la condotta di concussione per induzione invece finisce per rientrare all'interno della nuova fattispecie di corruzione, con conseguente punibilità anche del corruttore. Il complesso quadro normativo esistente attualmente nel nostro codice, che vede la convivenza delle condotte di concussione per costrizione ed induzione, corruzione propria e impropria (rispettivamente poi, successiva e antecedente) - e la conseguente difficoltà spesso di distinguerle tra loro - ha suggerito come soluzione più ragionevole, così, quella di unificare tutte le anzi dette fattispecie, applicando la stessa pena al corrotto e al corruttore, e riconducendo la concussione per costrizione al delitto di estorsione. Si dichiara, inoltre, che tale configurazione sarebbe stata scelta anche alla luce di un adeguamento alle reiterate osservazioni sul piano internazionale mosse all'Italia dall'OSCE.

In tema di corruzione quindi, il novellato art. 319 c.p. comminerebbe la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa in relazione al compimento, all'omissione o al ritardo di un atto o di un'attività del suo ufficio o servizio, ovvero al compimento di un atto o di un'attività contrari ai doveri dell'ufficio o del servizio, o comunque in ragione della funzione esercitata, con la reclusione da quattro a dodici anni e riformulato anche il delitto di istigazione alla corruzione, di cui all'art. 322 c.p. Si modificerebbero poi, come risultato di tale operazione, molteplici altre norme che contengono espliciti richiami a tali delitti, al fine di armonizzare l'intero sistema normativo alla risultante disciplina.

In aggiunta, tra i vari cambiamenti che si rinvergono nel capo del codice penale in questione, si evidenzia l'estensione della confisca per equivalente, di cui all'art. 322-ter c.p., comma 1, anche al profitto (oltre che al prezzo) del reato allo scopo di potenziare le misure patrimoniali di contrasto ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

¹¹⁰ L'attuale ipotesi di concussione per costrizione verrebbe ricondotta all'estorsione, prevedendo una specifica circostanza aggravante, con pena da sei a venti anni di reclusione, per il caso in cui la violenza o minaccia sia commessa da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alla sua qualità o alle sue funzioni. (art. 629 c.p., comma 3).

Si riscontra, inoltre, un inasprimento delle sanzioni penali per alcuni reati più gravi, anche nel minimo edittale, per evitare che l'applicazione generalizzata di attenuanti determini la concreta inefficacia della sanzione¹¹¹.

Il progetto, poi, propone l'introduzione di una nuova fattispecie delittuosa, il traffico di influenze illecite. Si tratterebbe di una nuova misura, per aggiornare il fenomeno corruttivo ad una sorta di triangolazione, individuata anche dalla Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo (27.1.1999): verrebbe così repressa la condotta di quei soggetti che agiscono quali intermediari nelle faccende corruttive, e di quelli che ne ricercano la collaborazione.

Senza descrivere le parti riguardanti il contrasto del "malaffare" nel settore privato (tramite l'introduzione di nuovi reati in altri capi del codice ovvero la modifica di reati già esistenti¹¹²), si fa ora solo cenno, in ultimo, all'attenzione che anche questo progetto pone all'apparato sanzionatorio dei delitti in questione. In particolare, oltre al già descritto aggravamento repressivo, esso persegue il fine di una maggiore graduazione della pena tramite la previsione di una serie di circostanze attenuanti (sia comuni che speciali) ed aggravanti¹¹³.

¹¹¹ Si innalzano ad esempio le pene del peculato (art. 314 c.p.) a quattro anni nel minimo e a dodici nel massimo e si prevede per tale reato sempre la pena accessoria della interdizione perpetua dai pubblici uffici. Si introduce poi, all'art. 319 -bis c.p., la riparazione pecuniaria in favore della pubblica amministrazione cui appartenga il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio colpevole, in misura pari all'importo dato o promesso al corrotto, senza pregiudizio del diritto della pubblica amministrazione al risarcimento del danno.

¹¹² Ad esempio, al fine di contrastare fenomeni di corruzione e malaffare nel settore privato, si propone di introdurre, tra i delitti contro l'industria e il commercio, il delitto di corruzione nel settore privato (estensibile agli enti ex d.lgs. 231/2001), consistente nella condotta di induzione, sollecitazione o ricezione di denaro od altra utilità, o nell'accettazione della relativa promessa, per compiere od omettere un atto, in violazione di un dovere, qualora ne derivino o possano derivarne distorsioni della concorrenza nel mercato ovvero danni economici all'ente o a terzi, anche attraverso una non corretta aggiudicazione o una scorretta esecuzione di un contratto. In aggiunta, si vuole sostituire la rubrica dell'art. 346 c.p., in luogo di "millantato credito", con "traffico di influenze illecite".

¹¹³ L'attuale art. 323-bis c.p. sarebbe sostituito per i casi di particolare tenuità dei fatti previsti dagli artt. 314, 316, 316-bis, 316-ter, 319, 319-ter, 322, 323, 346 e 513-ter c.p. Al secondo comma poi, per i soli artt. 319 e 319-ter c.p., la riduzione potrebbe arrivare fino ai due terzi ove l'imputato si adoperi per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite. Quanto invece alle aggravanti introdotte (art. 335-ter c.p.), vi è l'ipotesi in cui taluno dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione sia commesso nell'ambito della gestione di calamità naturali o dei grandi eventi, ovvero al fine di conseguire indebitamente contributi, finanziamenti o altre erogazioni concesse dallo Stato, da altri enti pubblici o dalla Unione europea.

Riassumendo, quindi, entrambi i progetti sembrano rappresentare la sentita esigenza di trovare una soluzione al problema della cattiva gestione della amministrazione pubblica. Essi affrontano la questione sotto profili diversi, ma pare di poter affermare che entrambi perseguano strade idonee, e tra loro quasi complementari. Si ritiene, infatti, che la situazione sia talmente articolata e complessa che necessiterebbe di una revisione globale per il mezzo di entrambi gli interventi proposti: da un lato, una forte prevenzione tramite una maggiore trasparenza e semplificazione dell'amministrazione, nonché adeguati controlli, così come sembra essersi indirizzato il d.d.l. n. 2156/10; dall'altro, una riscrittura dell'impianto penalistico, che chiarisca con maggiore determinatezza le cd. "aree grigie" che ancora oggi rimangono scarsamente definite (e sicuramente tra queste la questione che resta più problematica è quella dei delitti di corruzione e della loro distinzione con la concussione, sulla quale si è focalizzato il d.d.l. n. 2174/10) e che inoltre garantisca maggiore effettività, tramite un adeguamento dell'impianto sanzionatorio, attualmente insufficiente rispetto al disvalore delle condotte punite. L'evidente necessità di un inasprimento delle pene si rinviene anche dal fatto che tutti e due i disegni di legge, nella loro diversità, propongono come già detto un aumento delle pene di alcuni reati, sia nel minimo che nel massimo, anche se sotto forme diverse.

6 *Il piano dell'analisi: il sindacato del giudice penale, merito o legittimità?*

Il problema del limite del sindacato del giudice penale ha suscitato soprattutto in passato, prima della riforma del 1990, un forte dibattito dottrinale dal quale sono emersi diversi orientamenti, come già sottolineato¹¹⁴. La lunga

¹¹⁴ In tema di sindacato del giudice penale, tra i contributi più significativi – alcuni poi con riferimento a singole fattispecie - si vedano: VILLATA R., *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1980; FRANCHINI F., *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 337 e ss.; GALIANI T., *Sindacato giudiziario sugli atti amministrativi e norme penali*, in *Arch. pen.*, 1968, I, 301 e ss.; ALIBRANDI T., *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, Napoli, 1969, ALIBRANDI T., *L'atto amministrativo nella fattispecie penale (avvio ad una ricostruzione*

evoluzione sul punto, ha portato ad oggi pacificamente a riconoscere la sussistenza di un sindacato penale anche in materia amministrativa, necessaria per lo svolgimento del compito di accertamento dei reati: il profilo di analisi, pertanto, non è certo quello di stabilire la possibilità di una sua esistenza, quanto quello di comprenderne i confini.

In una prima fase¹¹⁵, infatti, il giudice penale, come quello civile, risultava vincolato dal principio della disapplicazione dell'atto amministrativo per i soli casi in cui questo fosse lesivo di diritti soggettivi, nel rispetto di quanto disposto nell'all. E della L. 2248/1865, agli artt. 4 e 5¹¹⁶.

In un secondo momento¹¹⁷, a partire dagli anni '60, la prospettiva è iniziata

tipologica), in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 764 e ss.; ALBAMONTE A., *Sindacato del giudice penale in materia di atti amministrativi*, in *Giust. pen.*, 1975, III, 213 e ss.; MAZZAROLLI L., *Attività amministrativa e giustizia penale*, in *Dir. e soc.*, 1978, 663 e ss.; e MISIANI A., *Il sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa*, in *Riv. pen. amm. rep. it.*, 1995, 187 e ss.; PETRONE M., *La tutela penale degli ordini amministrativi*, Milano, 1980; PETRONE M., *La disapplicazione dell'atto amministrativo (aspetti penali)*, in *Quaderni del CSM*, 1987, 61; PETRONE M., *Attività amministrativa e controllo penale*, Milano, 2000; BENUSSI C., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione, I, I delitti dei pubblici ufficiali*, Padova, 2001, 7; CAMAIONI S., *Abuso innominato d'ufficio, sindacato del giudice penale ed illecità speciale*, in *Arch. Pen.*, 1983; DOMENICHELLI V., *Potere giudiziale, potere amministrativo ed eccesso di potere. Ancora sul sindacato penale della discrezionalità amministrativa*, in *Riv. amm. Veneto*, 1996, 77; FANELLI A., *Sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa alla luce del disegno di legge sulla modifica dell'abuso d'ufficio*, in *Riv. amm.*, 1996, 827; GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit.; GAMBARDELLA M., *Legittimità e merito dell'atto amministrativo nell'abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 1994, 1378 e ss.; INFANTINI F., *Abuso innominato d'ufficio*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, vol. I, 8; LUCIBELLO P.M., *Il giudice penale e la pubblica amministrazione*, Rimini, 1994; PADOVANI T., *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., 86; PALAZZO F.C., *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali; un primo sguardo d'insieme*, cit., 1990, 827; PABUSA A., *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. pubbl.*, Torino, IX, 1994; QUARANTA, *Atto amministrativo e poteri del giudice penale*, in *Riv. pen. econ.*, 1993, 199; SCORDAMAGLIA V., *L'abuso d'ufficio*, in COPPI F. (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993, 255; STILE A.M., voce *Amministrazione pubblica (delitti contro la)*, in *Dig. pen.*, I, Torino, 1987, 134; TANDA P., *Attività amministrativa e sindacato del giudice civile e penale*, Torino, 1999. E, ancora, GALIANI T., *Il sindacato del giudice penale sugli atti del pubblico ufficiale in riferimento al reato di abuso innominato d'ufficio*, in *Arch. pen.*, 1962, II, 443; VENDITTI R., *Questioni sulla sindacabilità degli atti amministrativi da parte del giudice penale*, in *Riv. it.*, 1964, 1137; VENDITTI R., *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 28 e ss.

¹¹⁵ Ripercorrono brevemente queste fasi anche, BENUSSI C., *I delitti*, cit.; FRANCHINI C., *Giudice penale e sindacato dell'attività amministrativa (teoria e prassi nell'esperienza di un recente caso in materia di opere ferroviarie)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 3, 682.

¹¹⁶ CANNADA BARTOLI E., *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 205 e ss.

¹¹⁷ ALIBRANDI T., *L'atto amministrativo nella fattispecie penale (avvio ad una ricostruzione tipologica)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 764; INFANTINI F., *Abuso innominato d'ufficio*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, I, 8; VENDITTI R., *Il sindacato del giudice penale sugli atti*

a cambiare e la dottrina si è indirizzata verso una teoria cd. sostanzialistica, tesa ad analizzare il ruolo rivestito dall'atto amministrativo nella fattispecie penale, al fine di determinare se esso costituiva elemento esterno ovvero interno della stessa. Si è già dato conto, nei precedenti paragrafi, di simili distinzioni e dei diversi ruoli che il provvedimento può infatti trovarsi ad assumere. Solo se esso non era esterno ed autonomo ma ricopriva, piuttosto, rilevanza interna alla fattispecie, al giudice penale era dato verificare se i requisiti dell'atto integrassero il fatto penalmente rilevante. 'E a partire da tale orientamento, allora, che si è iniziato a dare autonoma rilevanza al concetto di sindacato del giudice penale rispetto al profilo della disapplicazione.

In una terza ed successiva fase¹¹⁸, si è andata ancor più consolidando la convinzione che il sindacato del giudice nei confronti dell'atto amministrativo debba avvenire proprio in via principale (dunque distinguendolo dalla disapplicazione) poiché lo scopo nel giudizio penale è costituito dal determinare la valenza criminosa dell'atto. In effetti, sembra corretto riconoscere che, mentre la giurisdizione del giudice civile è caratterizzata dal dirimere controversie aventi ad oggetto situazioni giuridiche soggettive, il giudice penale non si occupi di diritti soggettivi ovvero di applicare o disapplicare un atto, bensì di stabilire se la condotta degli imputati, tramite un atto illegittimo, integri o meno il fatto previsto dalle norme incriminatrici.

In ordine, poi, agli eventuali limiti di tale sindacato, si è già detto di come si siano succedute diverse interpretazioni formulate dalla letteratura circa il merito e la legittimità.

Molto interessante e innovativo è apparso l'orientamento di Contento¹¹⁹, il

amministrativi, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 28. L'Autore, a pag. 36, afferma infatti che "se è opportuno che il giudice penale non sia legato alle limitazioni probatorie proprie del processo civile, è altrettanto opportuno che agli accertamenti penali non si frappongano gli ostacoli che nascono dal sistema dei rapporti tra giurisdizione civile e giustizia amministrativa".

¹¹⁸ Così, CONTENTO G., *Giudice penale*, cit., 13; CONTENTO G., *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi, con particolare riferimento agli atti discrezionali*, in *Quaderni del CSM*, n. 1, 1991, 13; CONTENTO G., *Giudice penale e pubblica amministrazione dopo la riforma*, in *Quaderni del CSM*, 1992; PADOVANI T., *L'abuso d'ufficio e il sindacato*, cit., 592; SEGRETO A. - DE LUCA G., *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 510.

¹¹⁹ In tal senso si veda, CONTENTO G., *Il sindacato del giudice penale sugli atti e sulle attività della pubblica amministrazione*, cit., 81 e ss., ove egli sostiene che il sindacato è imposto "dalla sola, banalissima quanto insuperabile ragione che, altrimenti, il giudice non sarebbe in

quale si è discostato da un precedente indirizzo che non riteneva potesse essere configurato alcun limite allo spazio di indagine del giudice penale: secondo quest'ultima interpretazione, cioè, tutti i vizi degli atti potenzialmente avrebbero potuto concorrere a integrare la fattispecie, e per questo essere sindacati, a prescindere che si trattasse di vizi di merito o di legittimità. Tale posizione in pratica considerava il giudice quale unico “*dominus*” dell'interpretazione. Tuttavia, la nuova formulazione di Contento partiva dal presupposto che se è pur vero che il giudice è vincolato solo alla legge e quindi non trova ulteriori limiti nel suo sindacato, è anche vero che il merito amministrativo costituisce una soglia individuata preventivamente proprio dalla legge. Insomma, egli ha ipotizzato di dover escludere l'intervento del giudice penale dall'area del merito amministrativo, trattandosi appunto di un'area in via generale preclusa allo stesso giudice amministrativo. Nei limiti in cui, in buona sostanza, la legge prevede l'esistenza di un merito nell'azione della pubblica amministrazione con conseguente sfera di autonomia e libertà di apprezzamento, vi sarebbe un limite anche per il giudice penale, trattandosi di una “zona” immune da censure da parte di organi diversi da quelli istituzionalmente preposti alla specifica funzione del controllo della sua attività.

Secondo tale formulazione, quindi, il chiaro confine apposto al sindacato del giudice penale sarebbe costituito dal merito. Il “controllo di merito” consisterebbe in un atto dell'amministrazione che comporta per sua natura sempre una sostituzione al criterio di giudizio espresso dall'amministrazione nel suo atto; non si potrebbe ritenere che siffatte attività siano contemporaneamente consentite sia all'amministrazione che al giudice: oltretutto questi interverrebbe solo a posteriori per applicare le norme penali e senza poter rimuovere gli effetti giuridici prodotti dall'atto. In presenza di un potere discrezionale, così, secondo Contento, sarebbe ammesso un sindacato solo nel caso in cui vi sia stata un'espressa violazione di legge ovvero si evidenzi una cd. “illegittimità (o

grado di accertare se, storicamente, il fatto previsto dalla norma incriminatrice si è realizzato o meno”; ma si vedano anche CONTENTO G., *Giudice penale*, cit.; CONTENTO G., *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi, con particolare riferimento agli atti discrezionali*, in *Quaderni del CSM*, 1991, 13; CONTENTO G., *Giudice penale e pubblica amministrazione dopo la riforma*, in *Quaderni del CSM*, 1992.

ingiustizia) manifesta”¹²⁰. Per tutti gli altri casi l'indagine del giudice penale dovrà restare nell'ambito della legittimità.

Nonostante il fascino di tale impostazione, sembra tuttavia più semplice ridurre la questione alla sola distinzione tra merito e legittimità, nel senso di ritenere precluso in effetti al giudice penale un giudizio sull'opportunità delle scelte degli amministratori, e consentirlo invece sulla legittimità. Si tratta delle stesse conclusioni cui era giunto l'orientamento appena richiamato, senza però abbracciare l'idea di un sindacato sulla cd. illegittimità manifesta anche nel merito.

Quanto a tale eccezioni individuata dall'impostazione enunciata, si preferisce qui ritenere che ove il potere discrezionale sia stato esercitato mediante la violazione di un'espressa violazione di legge, non occorrerà ravvisare un'ipotesi eccezionale di sindacato nel merito, ma semplicemente si tratterà di un atto illegittimo per violazione di legge, in quanto tale già sindacabile. In ordine, invece, al secondo caso, di “manifesta ingiustizia”, sembra che si tratti di un concetto che concretamente trova una difficile applicazione: individuare cosa possa essere ritenuto manifestamente ingiusto e che cosa non possa esserlo, riaprirebbe in definitiva quella sfera di discrezionalità giudiziale che si vuole invece ridurre, tranne che non si voglia far riferimento davvero in soli casi così lampanti e criminosi *ictu oculi* da essere in definitiva del tutto rari.

Preme però evidenziare, in ordine al merito ed alla preclusione di un sindacato sullo stesso, che - come si è rilevato precedentemente - il concetto del merito è andato via via riducendosi nel tempo a causa dell'interpretazione conferita allo

¹²⁰ CONTENTO G., *Il sindacato*, cit., 103 e ss. Egli contesta chi ritiene che si possa sindacare il rispetto delle “regole” che disciplinano l'uso del potere discrezionale e che invece non possa essere valutata poi la scelta di opportunità effettuata. Tale impostazione comporterebbe in concreto, infatti, un problema relativo ad individuare quali siano le regole che disciplinino l'uso della discrezionalità e come distinguerle da quelle di mera opportunità. Resterebbe infatti un margine di opinabilità troppo vasto, lasciando nuovamente al giudice una soggettività forte nello stabilire quali siano tali regole. L'Autore preferisce ritenere che gli unici limiti all'autonomia amministrativa nel merito siano la violazione di una norma di legge ovvero la manifesta illegittimità dell'atto. Per essa deve intendersi - secondo Contento - quella dichiarabile con certezza e inconfutabilità, senza bisogno di prova. Egli effettua tale valutazione sulla base di tutte quelle ipotesi in cui i subordinati possono disattendere gli ordini dei loro superiori, benché vincolanti, qualora siano manifestamente criminosi (si pensi ad esempio all'adempimento del dovere di cui all'art. 51 c.p.): in qualche modo vi sarebbe quindi una chiara linea di tendenza della volontà politica del legislatore.

stesso da dottrina e giurisprudenza: si è assotigliata, cioè, quell'area di cd. intangibilità amministrativa, espandendosi di conseguenza la sfera della legittimità e del sindacato del giudice penale.

Quanto dunque alla legittimità, come noto, si pone poi un diverso problema in relazione all'eccesso di potere. Se infatti si riconosce che il giudice penale possa occuparsi di accertare la presenza di un vizio di legittimità, è ben chiaro anche che il vizio dell'eccesso di potere più che mai si presta ad aprire le porte ad un sindacato nelle sfere della discrezionalità amministrativa.

Per questo motivo, a lungo la dottrina ha tentato di costruire delle letture sulla base delle quali sostenere che sarebbe stato precluso al giudice un accertamento di tale vizio di legittimità.

In verità, per quanto pericoloso possa apparire un sindacato sull'eccesso di potere, si ritiene che la prospettiva di analisi debba essere completamente di diverso tipo.

In assenza di limiti normativi, infatti, ormai appare in modo pacifico che compito del giudice sia quello di dover applicare le norme penali e che, per farlo, egli debba sindacare l'attività della pubblica amministrazione.

Escludere dall'indagine giudiziale il merito amministrativo, come largamente ormai dottrina e giurisprudenza sostengono, sembra in effetti corretto, sulla base delle norme generali che regolano la pubblica amministrazione, rifacendosi anche ai principi cardine sul riparto di giurisdizione dettati dalla disciplina complessiva degli artt. 2, 4, e 5 dell'all. E della L. 2248/1865.

Mancando altre previsioni, però, si crede piuttosto arduo provare a individuare ulteriori confini in linea generale, per quanto auspicabili.

Si ritiene in questa sede, cioè, che gli unici veri limiti rinvenibili al sindacato del giudice penale siano quelli preposti a monte dalla stessa legge: semplificando completamente il problema, insomma, il giudice potrà spingersi fin dove gli sarà necessario e gli sarà consentito dalla fattispecie stessa. Dovranno essere le singole norme a dettare una linea guida per il giudice, tramite una selezione delle condotte nell'area del penalmente rilevante ed una sufficiente definizione dei concetti che garantiscano un adeguato grado di tipicità alla norma. Tanto maggiore sarà la determinatezza dei reati tanto minore sarà la sfera di discrezionalità lasciata al

giudice.

‘E proprio questa la strada che ha deciso di seguire il Legislatore, discostandosi da quella che al tempo proponeva la dottrina, ovvero di affrontare il tema *ex professo*.

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

Il Legislatore, così, ha preferito riscrivere i singoli delitti, con interventi mirati ai diversi reati, nel tentativo di definirli e di selezionare a monte le possibili condotte penalmente rilevanti, dotandole di maggiore determinatezza. Vi è chi non ha apprezzato tale percorso legislativo, o comunque l’hanno ritenuto molto più tortuoso¹²¹, auspicando invece una trattazione più organica dell’argomento.

Si intende qui apprezzare, invece, la volontà del Legislatore di operare un ridimensionamento del sindacato del giudice penale tramite una ristrutturazione delle fattispecie delittuose. Ben diversa cosa è, infatti, la valutazione circa la buona riuscita di tale riforma nel suo intento, della quale non si è nascosta una posizione alquanto negativa, ritenendo spesso mancato l’obiettivo, così come anche la dottrina quasi unanimemente riconosce.

Ma, indipendentemente dal risultato, si ritiene che una soluzione in via generale alla tematica – oltre che ben più impegnativa – sarebbe stata di ancor più complessa interpretazione e applicazione ai casi concreti. In buona sostanza, sarebbe difficile (e, si osa aggiungere, anche meno corretto) riuscire a stabilire limiti teorici sempre validi per il sindacato del giudice penale.

¹²¹ In questi termini si è espresso CONTENUTO G., *Il sindacato del giudice penale*, cit., 109. L’autore critica così questa via, ben più tortuosa. Ne riconosce il merito di rappresentare pur sempre un segnale importante che non dovrebbe essere trascurato. Ma poi aggiunge “consentitemi, tuttavia, di ritenerla insufficiente (benché, comunque necessaria, data la eccessiva ampiezza e la possibile conseguente ambiguità di interpretazione di talune fattispecie)” sottolineando quando più univoca sarebbe stata la scelta di una trattazione politico-generale.

Si condivide, insomma, l'idea che la prospettiva debba essere invertita: più che individuare astrattamente su quali casi e quali vizi l'indagine giudiziale non potrebbe a priori spingersi, bisognerebbe stabilire piuttosto quali condotte selezionare, marcando nettamente l'area del penalmente rilevante.

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

In un senso simile, anche se non del tutto, si era già espresso autorevolmente Padovani¹²², subito prima della riforma del 1990. L'Autore suggestivamente definiva il sindacato del giudice come una "invadenza giudiziale", di due tipi, cd. primaria e secondaria¹²³. Egli affermava così che la strada da percorrere era quella di creare fattispecie determinate e ben costruite attorno a note di disvalore pienamente corrispondenti alle esigenze di tutela. Tuttavia, aggiungeva anche che per contrastare tale forma di invadenza cd. primaria, serve molto di più di fattispecie solide e ben costruite. Ciò che serve è un sistema amministrativo nitido e trasparente, nel quale sia possibile separare "il grano dal loglio con relativa immediatezza, sia dal primo profilarsi della contestazione di rilevanza penale"¹²⁴. Tali osservazioni appaiono, oltre che condivisibili, assai moderne, poiché è proprio su questo doppio piano - di revisione normativa delle fattispecie e di ristrutturazione interna - che si muovono gli attuali disegni di legge, come si è visto.

¹²² PADOVANI T., *L'abuso d'ufficio e il sindacato*, cit., 88 e ss.

¹²³ L'invadenza primaria sarebbe in pratica quella che si esprime con l'attivazione dei meccanismi processuali; la secondaria invece si realizzerebbe con la condanna di comportamenti ritenuti abusivi, cui sia stato con ciò stesso negato il carattere di attività amministrativa. PADOVANI T., *L'abuso*, cit., 93.

¹²⁴ Lo studioso critica molto il "sommo disordine" del sistema amministrativo, caratterizzato da un accavallarsi di competenze tumultuoso, con viluppi di procedure, aleatorietà di strumenti e carenza di controlli interni. L'articolo si chiude, così, sostenendo efficacemente che: "leggi e disposizioni chiare, apparati efficienti, strumenti congrui e precisi, escluderebbero di per sé l'invadenza del giudice, perché il processo potrebbe per lo più definirsi, per gli onesti, prima ancora di cominciare, mentre lo spazio di manovra dei profittatori, oggi pressoché sconfinato, si ridurrebbe entro limiti ben più angusti e temibili". Così, PADOVANI T., *L'abuso*, cit., 94.

7 Le due vie seguite dal Legislatore: selezione dell'elemento oggettivo.

Tramite un'analisi delle singole modalità di selezione concretamente utilizzate dal Legislatore nelle varie fattispecie, si è effettuata una sorta di riconduzione delle stesse nell'ambito di due filoni principali.

Sembra che, da un lato, infatti, la prima via seguita sia stata quella di tipizzare l'elemento oggettivo, apponendo vincoli, conferendo determinatezza alla condotte e riducendo la rilevanza penale solo a quelle di primario disvalore.

Sotto questo profilo, dunque, si possono innanzi tutto ricordare l'abrogazione del peculato per distrazione *ex art. 314 c.p.* e dell'interesse privato in atti d'ufficio di cui all'*art. 324 c.p.*, nonché la riformulazione dei delitti di abuso d'ufficio di cui all'*art. 323 c.p.* e di rifiuto e omissione in atti di ufficio di cui all'*art. 328 c.p.*

In particolare, come noto, si è proceduto a tali abrogazioni allo scopo di porre termine all'incertezza dei confini che dette fattispecie presentavano, troppo indeterminate, del tutto generiche e idonee a ricomprendere al loro interno un'innumerabile varietà di condotte.

Per quanto attiene, in particolare, al delitto di cui all'*art. 324 c.p.*¹²⁵, esso era un delitto cd. a formulazione aperta, ed aveva dato luogo ad una serie innumerevole di problemi, attinenti soprattutto anche alle difficoltà di distinguerlo rispetto alla precedente disciplina dell'*art. 323 c.p.*, dell'abuso innominato d'ufficio¹²⁶. Tale sovrapposizione delle due norme ha portato all'eliminazione

¹²⁵ Sul tema dell'interesse privato in atti d'ufficio, BARTULLI A., *L'interesse privato in atti d'ufficio*, Milano, 1967; BETTIOL G., *In tema di interessi privati in atti d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 641; BRICOLA F., *Interesse privato in atti d'ufficio*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXII, Milano, 1972; BRICOLA F., *Interesse privato in atti d'ufficio*, in *Scritti di diritto penale*, II tomo, vol. I, Milano, 1997; EBNER G., *Dall'interesse privato all'abuso d'ufficio: una nuova disposizione per vecchie interpretazioni?* in *Cass. pen.*, 1993, II, 2516 e ss.; GROSSO C.F., *Lineamenti dell'interesse privato in atti d'ufficio*, Milano, 1966; PADOVANI T., *La riforma dell'abuso innominato e dell'interesse privato in atti d'ufficio*, in STILE, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1987; PADOVANI T., *La riforma dell'abuso innominato e dell'interesse privato in atti d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987; SANTORO, *Abuso innominato d'ufficio, usurpazione di funzioni, ed interesse privato*, in *Scuola pos.*, 1970.

¹²⁶ Tra le tante critiche mosse a tale delitto prima della sua abrogazione si ricorda sempre PADOVANI T., *L'abuso*, cit., 93 che definisce la norma come "grottesca caricatura di fattispecie

dell'art. 324 c.p., finendo per farlo confluire nel nuovo art. 323 c.p., come d'altronde è stabilito dalla clausola di riserva ("salvo che il fatto non costituisca un più grave reato"). I problemi di diritto intertemporale sono, infatti, stati risolti nel senso che nella fattispecie non sussiste un'*abolitio criminis*, ma un'ipotesi di modifica della norma penale, per cui il fatto già previsto come reato dalla precedente norma andrà valutato alla luce della nuova norma e quindi in ipotesi di interesse privato non ancora giudicato, andrà applicato non il principio di cui al comma 2 ma quello di cui al comma 3 dell'art. 2 c.p.¹²⁷

Allo stesso modo è accaduto per le ipotesi di peculato per distrazione, che tuttora sembrano poter presentare rilevanza penale sotto forma di abuso d'ufficio. Resta chiaro, tuttavia, che così come oggi delineato, il delitto di cui all'art. 323 c.p. è caratterizzato da rigidi requisiti sia dal punto di vista dell'elemento oggettivo che di quello soggettivo.

Si può quindi affermare che saranno alquanto rari i casi in cui l'interesse privato in atti d'ufficio o il peculato per distrazione possano integrare il reato di abuso d'ufficio, dovendo le condotte comunque verificarsi per il tramite di una violazione di legge o di regolamento ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi, intenzionalmente arrecando un danno o un vantaggio patrimoniale ingiusti. Sembra inoltre importante evidenziare che la risposta sanzionatoria dell'attuale art. 323 c.p. (ossia della reclusione da sei mesi a tre anni) risulta alquanto inferiore rispetto ai precedenti reati di cui all'art. 324 c.p. e 314 c.p. (che stabilivano rispettivamente la reclusione da sei mesi a cinque anni e da tre anni a dieci anni),

incriminatrice" la quale "indica da sola la strada che bisogna abbandonare, ed al più presto possibile, se davvero si intende evitare che il giudice penale sia chiamato ad esercitare un anomalo ruolo di supervisore *extra ordinem* dell'attività amministrativa, sulla scorta di parametri normativi labili e inconsistenti".

¹²⁷ Per un'approfondita trattazione del problema di diritto intertemporale relativo all'abrogazione dell'art. 324 c.p., si vedano la già citata Cass., SS.UU., 20.6.1990, in *Foro it.*, II, 1990, 637 e ss., con la nota di FIANDACA G., *Questioni di diritto transitorio in seguito alla riforma dei reati di interesse privato e abuso innominato d'ufficio*; e AMBROSETTI E.M., *Abolitio criminis e modifica della fattispecie*, cit., 98 e ss., il quale analizza diffusamente le argomentazioni addotte dalla Corte per riconoscere un nesso di continuità e omogeneità tra le precedenti fattispecie disciplinate agli artt. 323 c.p. e 324 c.p. e il nuovo delitto di abuso d'ufficio, per cui esisterebbe un rapporto inquadabile nell'ambito del fenomeno successorio disciplinato dall'art. 2 c.p., co. 3.

denotando così un maggiore disvalore in tali delitti rispetto all'abuso d'ufficio nell'intenzione repressiva del Legislatore.

‘E' utile, comunque, ricordare che l'art. 323 c.p. così come oggi configurato risale al 1997 e che la situazione perciò si presentava in modo ben diverso nel periodo successivo al 1990 ed antecedente al 1997: le vecchie condotte abrogate di cui agli artt. 324 c.p. e 314 c.p. non solo erano riconducibili all'art. 323 c.p., ma lo stesso art. 323 c.p. era disegnato in maniera talmente ampia e indefinita che era idoneo a ricomprenderle molto più facile, poiché non era caratterizzato dai vincoli che oggi rendono invece molto più difficile la rilevanza penale di tali condotte. La riforma del 1990, infatti, aveva assegnato un ruolo essenziale al delitto di abuso, ricomprendendo così in esso l'abuso innominato, l'interesse privato in atti d'ufficio, ed il peculato per distrazione. Sia la dottrina che la giurisprudenza¹²⁸, infatti, anche sotto la precedente versione dell'art. 323 c.p. (forti inoltre della Relazione¹²⁹ al disegno di legge eloquente sul tema) erano concordi nel ricomprendere nell'abuso il peculato per distrazione. Anche la Corte Costituzionale¹³⁰, pur se implicitamente, aveva affermato che il peculato per distrazione doveva ritenersi assorbito nell'art. 323 c.p.

Quanto alla riforma dell'abuso d'ufficio, si è già detto in precedenza delle vicende che hanno riguardato tale fattispecie, e si tornerà sulla stessa specificamente in seguito (si ricorda già qui come l'art. 323 c.p. sia stato delimitato sia dal punto di vista dell'elemento oggettivo – sul piano della condotta e dell'evento – che di quello soggettivo).

¹²⁸ Così FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte speciale*, cit., 186; D'AVIRRO A., *L'abuso d'ufficio*, Legge 26 aprile 1990 n. 86, art. 13, Milano, 1995, 116 e 183; GROSSO C.F., *L'abuso di ufficio*, cit., 319; PISA P., *Giurisprudenza commentata di diritto penale*, vol. II, *Delitti contro la pubblica amministrazione e contro la giustizia*, Padova, 2003, 65; SEGRETO A. - DE LUCA G., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 109. E in giurisprudenza, Cass., 4.6.1996, in *Riv. pen.*, 1997, 1997, 81. *Contra*, PAGLIARO A. – PARODI GIUSINO M., *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 51 e 277; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte speciale*, II, cit., 289.

¹²⁹ Infatti la detta relazione dell'on. Battello riportava: “l'ipotesi per distrazione (a profitto proprio o di altri ovvero di un terzo) resta soppressa. Tale ipotesi è trasferita, in quanto rilevante, nel nuovo testo di abuso d'ufficio”.

¹³⁰ Corte Cost., 13.12.1991, n. 448, in *Cass. pen.*, 1992, 1738.

1.7.1 (segue) la riforma dell'art. 328 c.p.

Come già indicato, l'art. 328 c.p.¹³¹ è stato novellato nel 1990, tramite un intervento sul piano della delimitazione dell'elemento oggettivo, con una più stringente definizione della condotta. Rispetto all'originaria previsione – che come si è già accennato era troppo ampia, e potenzialmente idonea a ricomprendere al suo interno qual si voglia ritardo, rifiuto od omissione – l'attuale disciplina risulta ben più definita. Si crede, anzi, forse che sia stata a tal punto selezionata la condotta rilevante da aver reso molto difficile, ormai, la verifica di simile ipotesi delittuosa.

In effetti, l'art. 328 c.p. ad oggi è composto da due diverse fattispecie criminose autonome. Il primo comma prevede la figura del rifiuto di atti d'ufficio, delimitato nel senso che esso consiste in un rifiuto indebito di un atto del proprio ufficio che deve essere compiuto senza ritardo, per ragioni di giustizia, sicurezza pubblica o di ordine pubblico o di igiene e sanità. Innanzi tutto, quindi, chiara risulta la volontà di sanzionare il solo rifiuto, e non la mera omissione:

¹³¹ Sul tema dell'art. 328 c.p. ALBAMONTE A., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione: problematiche interpretative e orientamenti della Corte di Cassazione*, in *Cass. pen.*, 1993, II, 1114; BENUSSI C., *Art. 328 c.p. (sub)*, in DOLCINI E. - MARINUCCI G. (a cura di), *Commentario*, II ed., Milano, 2006; BENUSSI C., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit.; CADOPPI A. - VENEZIANI P., *Omissione o rifiuto in atti d'ufficio (voce)*, in *Enc. giur. Treccani*, Aggiornamento, XXI, Roma, 1995; CORNETTA M., *I nuovi delitti di rifiuto ed omissione di atti di ufficio*, in *Riv. pen. econ.*, 1992, 379; DI MARTINO A., *I delitti di rifiuto e di omissione di atti d'ufficio*, in BONDI A. - DI MARTINO A. - FORNASARI G., *I reati contro la Pubblica Amministrazione*, II ed., Milano, 2008; FIANDACA G., *Considerazioni in tema di omissione di atti d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 606 e ss.; MANNA A., *Commento dell'art. 328 c.p.*, in PADOVANI T. (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 1996, 344; MANNA A., *La riforma del delitto di omissione di atti d'ufficio, alla ricerca della "offensività perduta"?*, in COPPI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993; PAGLIARO A. - PARODI GIUSINO M., *Principi di diritto penale, Parte speciale, I, Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 2008, 337 e ss.; PALAZZO F.C., *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 815; PERDONO', *Rifiuto di atti d'ufficio. Omissione*, in MANNA A. (a cura di), *Materiali sulla riforma dei reati contro la Pubblica Amministrazione. La tutela dei beni collettivi: i delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, Padova, 2007, 356; PUTINATI S., *Omissione. Rifiuto di atti d'ufficio*, in *Dig. pen.*, VIII, Torino, 1994; ROMANO M., *I delitti di rifiuto ed omissione di atti di ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 17 e ss.; ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2002; SPENA A., *Art. 328 (sub)*, in RONCO M. - ARDIZZONE S. - ROMANO B., *Codice Penale commentato*, III ed., Torino, 2009, 1637 e ss.; SEMINARA S., *L'omissione di atti d'ufficio nella riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1987; STILE A.M., *L'omissione di atti d'ufficio nella riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1987.

apprezzabile o meno, il testo legislativo sembra piuttosto chiaro sul punto, come la giurisprudenza ha voluto evidenziare¹³². Il termine “rifiuto” indica, infatti, che esso debba essere preceduto da una richiesta che solleciti un certo comportamento, anche se non è necessario che essa sia espressa o che richieda un comportamento in particolare. Tuttavia, al fine di ovviare all’esclusione delle condotte puramente omissive, vi è stato chi ha tentato di introdurre il concetto di richiesta implicita, ossia correlata all’esistenza di situazioni che richiedono obiettivamente urgenti provvedimenti.

Per non estendere troppo però il concetto di rifiuto - fino ad effettuare un’applicazione analogica in *malam partem* - la giurisprudenza ha sempre ribadito che è importante ancorare la richiesta implicita ad una chiara urgenza sostanziale impositiva dell’atto¹³³. Ritendendo quindi che consista in una richiesta anche la sola richiesta implicita, è necessario quanto meno che vi sia una palese necessità ed urgenza di intervento, affinché il comportamento dell’agente possa consistere in un rifiuto espresso, e non in una mera omissione: in effetti, altrimenti, si finirebbe per disapplicare completamente il dettato normativo, continuando a ritenere che la condotta rilevante possa essere anche quella

¹³² La giurisprudenza non ha mancato infatti di riconoscere l’impossibilità di applicare la norma anche ai casi di mera omissione. Tuttavia, l’interpretazione del concetto di rifiuto viene effettuata in modo estensivo, non dovendo limitarlo ai soli casi di formale ed espresso rifiuto, ma ricomprendendo all’interno dello stesso tutte quelle ipotesi di rifiuto implicito, ossia di mancato compimento di un atto nonostante una previa richiesta, e con la consapevolezza da parte del soggetto attivo della doverosità dell’atto. In buona sostanza, ove manchi una richiesta non potrà ravvisarsi il delitto di cui all’art. 328 c.p.; tuttavia, potrà ritenersi presente una richiesta anche quando questa non assuma forme particolari, quando non richieda il compimento di un determinato atto o addirittura non richieda il compimento di alcun atto, limitandosi a portare a conoscenza del soggetto una situazione di emergenza che egli sa comportare la necessità del suo intervento. Sul punto, si vedano Cass., VI, 9.12.1996, n. 1120, in *Cass. pen.*, 1998, 1118, ove si rinviene infatti che: “Ritiene questa Corte che debba ormai prendersi atto della scelta compiuta dal legislatore del 1990: il primo comma dell’art. 328 c.p. prevede una condotta attiva consistente nel rifiuto di un atto qualificato, il quale deve essere compiuto senza ritardo, e tale rifiuto – sia esso esplicito o implicito – ha come presupposto logico necessario una richiesta o un ordine. Una mera inerzia, un semplice *non facere*, senza qualcosa che esprima la volontà negativa del soggetto agente, non possono essere qualificati come rifiuto implicito, forzando il tenore letterale della norma onde perseguire penalmente ogni mancato adempimento ad un (sia pur qualificato) dovere di ufficio”. Così anche Cass., 21.1.1998, n. 2339, in *Cass. pen.*, 1999, 527 e in *Giust. pen.*, 1999, II, 147. In senso difforme, invece, Cass., 12.03.2003; Trib. Lodi, 9.3.2000.

¹³³ Cass., 16.3.2006, in *Cass. pen.*, 2007, 1656, la quale riconosce che il rifiuto può verificarsi anche a fronte “di un’urgenza sostanziale, impositiva del compimento dell’atto, in modo tale che l’inerzia del pubblico ufficiale assuma la valenza del rifiuto dell’atto medesimo”; Cass., 8.3.2005, in *Guida al dir.*, 2005, fasc. 15, 92; Cass., 20.1.2003, in *Cass. pen.*, 2004, 883; Cass., 27.11.2000, in *Guida al dir.*, 2001, fasc. 9, 89; Cass., 7.1.2010, in *Guida al dir.*, 2010, fasc. 14, 76.

puramente omissiva.

Gli ulteriori elementi presenti nella norma, sicuramente hanno contribuito a conferire tipicità alla stessa, non mancando però di suscitare alcune problematiche, e prestandosi a molteplici interpretazioni¹³⁴. Al di là di comprendere cosa debba intendersi per “l’atto del suo ufficio”¹³⁵ (locuzione spesso però utilizzata dal legislatore, che si rinviene anche in materia di corruzione), sicuramente merita porre in evidenza che la locuzione “senza ritardo”, non prevedendo un termine, lascia un libero apprezzamento al giudice. Egli si troverà a valutare, caso per caso, quale sia il termine più opportuno entro il quale l’agente avrebbe dovuto compiere l’atto (tranne quei casi ovviamente in cui sia lo stesso atto già di per sé a prevedere un termine entro il quale essere adottato). La valutazione dovrà essere compiuta alla stregua delle competenze che il soggetto attivo aveva al momento del fatto e degli interessi dalla pubblica amministrazione: il Legislatore, dunque, ha stabilito di commisurare il concetto dell’immediatezza di intervento al grado di gravità ed urgenza oggettive rapportate ai casi concreti di volta in volta esistenti¹³⁶.

In ordine poi, al fatto che il rifiuto avvenga indebitamente, in estrema sintesi esistono due letture: secondo la prima ciò accade quando non si riscontra la

¹³⁴ FIANDACA G., *Rifiuto o omissione di atti d’ufficio: una riforma fallita?*, in *Foro it.*, 1991, V, 421; NANNUCCI U., *Rifiuto o omissione di atti d’ufficio: è scomparso un delitto o un principio costituzionale?*, in *Foro it.*, 1991, V, 417.

¹³⁵ A proposito dell’atto del “suo ufficio”, in effetti la locuzione non risulta del tutto chiara. Merita di essere ricordato che la versione precedente dell’art. 328 c.p. faceva riferimento all’atto di ufficio o di servizio, oggi non più contemplato. Pare doversi in ogni caso trattare di un atto attinente un dovere di ufficio a carico dell’amministrazione e non un dovere incombente sulla persona fisica; esso deve rientrare nelle specifiche competenze del soggetto, e l’atto non deve presentare mera rilevanza interna. Circa la rilevanza solamente degli atti “esterni” (ossia ad esempio il provvedimento finale o quelli prodromici ad esso con autonoma rilevanza), si è espressa anche la giurisprudenza, Cass., 17.6.1999, in *Cass. pen.*, 2000, 1256. Ovviamente, poi, trattandosi anche di un atto “dovuto” non potranno assumere rilievo gli atti superflui o pressoché irrilevanti: Cass., 11.12.1998, in *Cass. pen.*, 1999, 897. Sul punto si veda anche, con riferimento alla precedente disciplina, STILE A.M., *Omissione, rifiuto, ritardo di atti d’ufficio*, Napoli, 1974, 77 e ss. Ma, soprattutto, non rientreranno nell’ambito dell’art. 328 c.p. quegli atti facenti parte della discrezionalità del pubblico ufficiale, che certo non possono considerarsi dovuti. Così, Cass., 6.3.2007, in *Cass. pen.*, 2008, 1917.

¹³⁶ Ad esempio per il concetto di urgenza, Cass., 10.6.2005, in *Riv. pen.*, 2006, 868. In ambito medico poi si veda anche Cass., 15.10.2009, in *Dir. & giust.*, 2010, ove per urgenze vengono individuate solo quelle indifferibili, ossia quelle in cui l’urgenza del ricovero sia effettiva e reale, per l’esistente pericolo di conseguenze dannose alla salute della persona, pericolo da valutare in base alle indicazioni fornite dall’esperienza medica, tenendo ovviamente conto delle specificità di ogni singolo caso.

sussistenza di una normativa extrapenale che lo legittimi – come ad esempio una autorizzazione amministrativa - : in buona sostanza, il rifiuto deve non essere giustificato nella legge ovvero in una disposizione dell'autorità. Viceversa, in senso più elastico, una seconda impostazione si accontenta invece che il rifiuto - per essere considerato indebito - risulti ingiustificato, ossia che avvenga senza un giustificato motivo. Sembra quest'ultima la direzione più adeguata da seguire, quanto meno al fine di rendere più agevole la configurazione del reato. Se infatti anche questo elemento del carattere indebito del rifiuto dovesse essere letteralmente interpretato¹³⁷, si finirebbe per rendere sempre più ardua l'integrazione del delitto.

Quanto, infine, all'elencazione casistica delle ragioni per cui l'atto deve essere compiuto, si sono succeduti diversi orientamenti sul punto. Sicuramente il Legislatore ha optato per una selezione dell'area del penalmente rilevante, scegliendo solo le materie di particolare rilevanza, al fine appunto di restringere l'elemento oggettivo: tuttavia, non pochi sono stati i problemi generati, poiché da un lato sono stati rilevati alcune lacune (si pensi solo alla materia dell'ambiente) e dall'altro perché comunque di fatto simile elenco non aveva contribuito a conferire determinatezza alla fattispecie, utilizzando espressioni troppo generiche (quali l'ordine pubblico o la sicurezza pubblica¹³⁸). Si preferisce credere, comunque, che essa non debba essere intesa in senso tassativo - trattandosi peraltro di concetti piuttosto elastici ed indefiniti -, poiché altrimenti si escluderebbero altre ipotesi di altrettanto rilievo¹³⁹.

¹³⁷ Addirittura alcuna dottrina ha proposto un'interpretazione secondo cui, non solo è necessario che l'atto sia imposto da una norma o da una disposizione dell'autorità, ma addirittura non possono annoverarsi tra fonti del dovere di compiere l'atto quelle norme così generiche ed ampie da essere idonee a ricomprendere una pluralità di doveri al loro interno. Ci si riferisce cioè all'art. 97 Cost., che secondo alcuni dunque non potrebbe imporre alcun obbligo di compiere un atto ai fini dell'accertamento del carattere indebito del rifiuto. Di questo avviso (che tuttavia non si ritiene condivisibile per l'eccessiva rigidità), RUSSO V., *Rifiuto e omissione di atti di ufficio*, in CADOPPI A.-CANESTRARI R.-MANNA A.-PAPA M., *Trattato di diritto penale*, cit., 476 e ss.

¹³⁸ Sul punto, MANNA A., *Art. 328- Rifiuto di atti d'ufficio. Omissione*, in PADOVANI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali*, Torino, 1996, 344.

¹³⁹ Tuttavia, in alcuni ambiti la giurisprudenza ha finito per escludere dalla rilevanza ai sensi dell'art. 328 c.p. alcune materie, come quella edilizia ed urbanistica. Così ad esempio, Cass., 5.11.1998, in *Cass. pen.*, 2000, 1250. Ovvero in materia di giustizia, è stata esclusa l'adozione di provvedimenti amministrativi relativi alla circolazione stradale: Cass., 25.10.2010, n. 14399, in *C.E.D. Cass. pen.*, 2010; 'E evidente come comunque uno dei settori più critici sia quello della

Un ultimo riferimento in relazione all'art. 328, comma 1, c.p. deve essere effettuato in ordine all'elemento della doverosità dell'atto che, come anticipato sopra, il soggetto è tenuto a compiere. Il requisito della doverosità, unitamente agli altri, ha originato infatti varie polemiche in ordine all'ipotesi delittuosa in questione, criticata di eccessivo formalismo¹⁴⁰. Ciò che viene sostenuto in ordine all'art. 328 c.p., cioè, non è più tanto l'eccessiva vaghezza della disciplina (nonostante la norma presenti ancora notevoli questioni in ordine ai concetti da essa utilizzati ed alla loro portata) quanto un formalismo tramite il quale certamente si restringe di molto l'area del penalmente rilevante ma allo stesso tempo si rischia di far coincidere la mera illegittimità dei comportamenti con l'illiceità penale. Per l'ennesima volta in questa materia, quindi, la dottrina lamenta un labile confine tra la materia amministrativa e quella penale. Secondo alcuni, pertanto, la nozione di doverosità andrebbe "colorata" in senso sostanzialistico e non meramente formalistico: alla luce della disciplina amministrativistica che stabilisce ciò che per l'agente sia o meno doveroso, dovrebbero rilevare penalmente solo quelle inadempienze che siano di ostacolo al prodotto dell'amministrazione complessivamente considerata o agli interessi dei privati destinatari. Si vuole così contestualizzare la doverosità, riempendola di un significato di offensività alla luce della disciplina complessiva della materia amministrativa che la regola: tale compito di accertamento in concreto della lesività spetterebbe al giudice¹⁴¹. 'E stata proposta così una lettura che connoti

sanità, poiché tale ambito implica notevoli valutazioni tecniche e discrezionali, piuttosto complesse.

¹⁴⁰ STILE A.M., *Omissione*, cit.; FIANDACA G., *Rifiuto o omissione di atti d'ufficio*, cit., 421; NANNUCCI U., *Rifiuto o omissione di atti d'ufficio*, cit., 417; PALLOTTA L., *La necessaria rilevanza della disciplina extrapenale nell'omissione di atti d'ufficio per una lettura costituzionalmente orientata del delitto*, in *Cass. pen.*, 2010, 4206 e ss.

¹⁴¹ PALLOTTA L., *La necessaria rilevanza*, cit., 4216. L'Autore insiste quindi per interpretare la doverosità dell'atto "riempiendola di un significato che esula dall'ambito strettamente penale, contestualizzandola nella disciplina propria ai cui fini il dovere è ordinato." Egli si allinea con quella teoria cd. sostanzialistica, proposta ancora con riferimento alla precedente versione dell'art. 328 c.p. STILE A.M., *Omissione*, cit., 95, infatti osservava che "atto dovuto è l'attività che il soggetto è tenuto a porre in essere per la sua posizione nei confronti della pubblica amministrazione, cioè un atto doveroso verso la pubblica amministrazione. Viceversa, nella presente ricostruzione risulta chiaro che per atto dell'ufficio o del servizio dovuto deve intendersi un atto doveroso per la pubblica amministrazione. Viceversa, nella presente ricostruzione risulta chiaro che per atto dell'ufficio o del servizio dovuto deve intendersi un atto doveroso per la pubblica amministrazione, tale che la sua mancanza o il suo ritardo importi un inadempimento in

l'articolo 328 c.p. dei necessari principi di offensività e colpevolezza, per il tramite proprio della normativa extrapenale amministrativa: essa assumerebbe pertanto un duplice ruolo. Prima di tutto essa fonda il dovere del soggetto attivo di compiere l'atto, integrando il precetto penale. In secondo luogo - secondo questa prospettiva - essa dovrebbe conferire anche quel *quid pluris* idoneo a rendere l'atto doveroso anche penalmente rilevante: secondo uno studio complessivo della disciplina amministrativa l'atto doveroso disatteso dovrebbe risultare anche lesivo nei confronti della pubblica amministrazione e del privato¹⁴².

Preme evidenziare, però, che tali osservazioni non paiono del tutto condivisibili. In effetti la norma presenta una pluralità di requisiti ulteriori, tali da connotare la mera condotta antidoverosa anche di un disvalore sostanziale, senza che per questo sia necessario un intervento interpretativo del giudice che di volta in volta valuti in concreto tale doverosità sostanziale, tra l'altro con il conseguente rischio di una forte discrezionalità in suo capo e di un sindacato troppo significativo nell'attività amministrativa. Si ritiene che se la condotta di per sé può apparire formalisticamente limitata a quella del rifiuto di un atto del suo ufficio che il soggetto era tenuto a compiere, gli altri requisiti dell'elemento oggettivo risultano assai significativi nell'attribuire maggiore lesività: essi, infatti, consistono nell'urgenza ("senza ritardo"), nell'avverbio "indebitamente", e nell'elencazione delle materie di maggior rilievo.

In ordine, poi, all'art. 328 c.p., comma 2, esso ha introdotto una seconda fattispecie – residuale – che in parte supplisce quindi alle carenze del comma 1. Il reato si configura esclusivamente se entro trenta giorni dalla richiesta (in questo caso formale e scritta) non viene compiuto l'atto e nemmeno viene fornita una risposta che esponga "le ragioni del ritardo". La richiesta in questo caso, a differenza del primo comma, non solo deve essere espressa e scritta ma deve

senso lato della pubblica amministrazione nei confronti dell'ordinamento generale".

¹⁴² Secondo tale lettura ove mancasse tale requisito allora verrebbe a mancare la tipicità in senso sostanziale, cioè l'idoneità della condotta a ledere l'azione amministrativa nel suo complesso e la posizione del *civis* in relazione al suo prodotto tipico. Per questa via sarà consentito all'interprete di definire la doverosità dell'atto agli effetti della legge penale. Così, PALLOTTA L., *La necessaria rilevanza*, cit., 4218. Si sono già evidenziati i limiti di tale impostazione, la quale appariva più opportuna così come elaborata prima del 1990, abbisognando la norma di un'individuazione dato che non trovava adeguata definizione nel testo, e dunque veniva connotata di requisiti sostanzialistici.

essere anche diretta all'ottenimento di uno specifico atto, non risultando sufficienti mere segnalazioni.

Un elemento di novità della norma sicuramente è rappresentato poi dalla previsione di un'alternativa, per l'agente, all'adozione dell'atto, consistente nell'omissione accompagnata però entro il termine di trenta giorni da un'esposizione delle ragioni del ritardo. Tale previsione è stata criticata da alcuna dottrina, sull'assunto che sarebbe così possibile per l'agente "autogiustificarsi" dell'omissione, non richiedendo la norma alcun requisito nella motivazione, e rischiando di porre nel nulla la stessa ipotesi normativa. 'E' stato così ritenuto che sarebbe offerta all'amministratore "una facile via di fuga"¹⁴³. Vi è stato chi, allora, ha provato a disegnare tale obbligo di rispondere come un obbligo di fornire una risposta precisa ed esauriente, congrua con l'oggetto della domanda ed idonea a soddisfare le legittime aspettative dell'interessato¹⁴⁴.

Si è costretti a dire che non si condivide affatto tale interpretazione dell'art. 328 c.p., né la critica effettuata da parte della dottrina.

Innanzitutto, quanto all'eshaustività della risposta, non si vede da quale elemento potrebbero rinvenirsi tali requisiti della risposta, che l'art. 328 c.p. certo non prevede. Inoltre, sarebbe assurdo pensare che il giudice possa arrivare a sindacare in modo così incisivo le risposte dei pubblici amministratori, finendo così per addentrarsi nel merito delle scelte pubbliche e valutando la precisione, l'idoneità e la congruità delle risposte. Il dato legislativo sembra invero piuttosto chiaro, limitandosi a richiedere un'esposizione delle ragioni del ritardo. D'altro canto, non sembra nemmeno di poter ravvisare una forma di auto giustificazione tale da annullare la stessa norma: sembra, invece, di poter affermare che la previsione legislativa trovi il suo significato in un bilanciamento di interessi che vedono da un lato, un'esigenza di motivazione, ma dall'altro anche la tutela di un buon

¹⁴³ Così, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, I, XV ed., Milano, 2008, 364. In senso contrario, per una ricostruzione della norma nel senso dell'efficienza e della tutela del buon andamento della pubblica amministrazione, in dottrina: DASSANO F., *Il nuovo delitto di rifiuto e omissione di atti d'ufficio*, in AAVV, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione dopo la L. 86/90, Quaderni del CSM*, 1992, n. 59; e in giurisprudenza, Cass., 8.1.1997, in *Dir. pen. econ.*, 1997, 1233, con nota di CACCIAVILLANI I., *Il silenzio concludente e il diritto di omissione di atti d'ufficio*.

¹⁴⁴ In questo senso si è espresso RUSSO V., *Rifiuto e omissione di atti d'ufficio*, in CADOPPI A.-CANESTRARI S.-MANNA A.-PAPA P., *Trattato*, cit., 488.

andamento della pubblica amministrazione già carica di adempimenti: insomma, un'incombenza di motivazione troppo gravosa e articolata, di fronte ai numeri elevatissime di richieste costantemente ricevute, porterebbe ad una paralisi pressoché totale dell'amministrazione.

Nello stesso tempo, si vuole ribadire che se il Legislatore avesse previsto quali ragioni possa o debba addurre l'agente, in buona sostanza avrebbe consentito nuovamente ingresso ad un sindacato troppo ampio del giudice penale, autorizzato ad accertare le ragioni dell'omissione e a vagliarne la bontà, riespandendo l'intervento giudiziale in materia amministrativa. Assai più corretto pare, in definitiva, che il giudice debba limitarsi a verificare semplicemente che siano state o meno addotte delle ragioni del ritardo: allo stesso tempo giova evidenziare che ovviamente dovrà trattarsi di una risposta e non certo di una "non-risposta". Si intende dire, cioè, che un *minimum* di ragionevolezza dovrà pur sussistere, perché una risposta di mero stile (come ad esempio il troppo lavoro, la mancanza di tempo e così via) equivarrebbe all'omissione penalmente rilevante. Vi dovrà essere, quindi, per lo meno una rispondenza al vero sotto forma di verosimiglianza ed una non manifesta irragionevolezza, che consentiranno al giudice di accertare per lo meno un *fumus* di fondatezza delle ragioni, senza spingersi oltre, nell'ambito della discrezionalità amministrativa.

Dal punto di vista dell'elemento soggettivo, sia con riferimento al comma 1 dell'art. 328 c.p. che al comma 2, esso è rimasto configurato sotto forma del solo dolo generico, bastando a tal fine la consapevolezza del pubblico ufficiale, che si rappresenti e voglia la realizzazione di un evento "*contra ius*"¹⁴⁵, senza che il diniego di adempimento trovi alcuna plausibile giustificazione alla stregua delle norme che disciplinano il dovere di azione e senza che ciò implichi il fine specifico di violare i doveri imposti dal proprio ufficio¹⁴⁶.

Alla luce di quanto finora esposto in ordine ai delitti di cui all'art. 328 c.p., risulta chiaramente come il Legislatore abbia inteso selezionare e conferire tipicità

¹⁴⁵ L'agente deve quindi avere la consapevole volontà di agire indebitamente, ossia in violazione dei propri obblighi. Così, Cass., 15.4.2003, in *Guida al dir.*, 2003, fasc. 39, 76. Così anche Cass., 7.1.2010, cit., 76.

¹⁴⁶ In questi termini, Cass., VI, 11.2.2010, n. 8996, in *CED Cass. pen.*, 2010.

ad un delitto che più che mai era caratterizzato da indeterminatezza e da un sindacato senza limite del giudice penale. Ciò che si è voluto però sottolineare è che sicuramente sono stati previsti notevoli requisiti dal punto di vista oggettivo, idonei a selezionare notevolmente la condotta, sia al primo che al secondo comma. Allo stesso tempo, però, il testo della norma non è riuscito a fornire sufficiente determinatezza al punto da definire con chiarezza i concetti utilizzati: al primo comma, così, il senso da attribuire al rifiuto, alla doverosità e all'immediatezza dell'atto dell'ufficio nonché l'elenco delle materie rilevanti presentano tuttora notevoli fonti di dibattito e sicuramente comportano un ampio sindacato del giudice nel determinare concretamente quando un atto doveva essere compiuto senza ritardo, ovvero se vi fosse un'urgenza sostanziale tale da rendere configurabile il rifiuto anche solo in presenza di una richiesta implicita.

Allo stesso modo avviene per l'ipotesi residuale di cui al secondo comma, che ancor più della prima è stata configurata in modo da implementare la tipicità, introducendo, ad esempio, i requisiti della richiesta scritta o del termine di trenta giorni. Tuttavia, l'elemento della risposta da parte del soggetto attivo comporta il permanere di uno spazio di individuazione dei caratteri della stessa: in buona sostanza, anche in questo caso, se si ritenessero necessari i requisiti di idoneità, completezza e coerenza della risposta (nonostante si sia già ribadito di non condividere simile opinione), il giudice potrebbe nuovamente espandere il proprio sindacato ed avere una discrezionalità assai estesa.

1.7.2 (segue) la cd. concussione ambientale.

Dopo aver finora brevemente ripercorso i principali interventi – sul piano dell'elemento oggettivo – che hanno caratterizzato l'attività del Legislatore, un ulteriore, ed ultimo, cenno merita infine il delitto di concussione di cui all'art. 317 c.p.

Si intende richiamare tale argomento in senso negativo, ossia nel senso di ricordare che tale delitto che non è stato oggetto di un intervento da parte del Legislatore, nonostante da molto tempo la dottrina ne sentisse la necessità. La L. 86/1990 ha riscritto infatti moltissime delle norme del titolo in esame, ma ha

stabilito di non toccare la fattispecie *de quo*.

Già più volte si è fino a qui evidenziato come il delitto di concussione presenti molteplici problematiche che – nonostante le plurime vicende legislative susseguitesì – non hanno trovato una soluzione.

Si è già rilevato, infatti, che l'art. 317 c.p. si trova costretto in uno spazio in cui spesso si sovrappone ad altri delitti: per quanto riguarda, infatti, la condotta concussiva di tipo induttivo, essa – *in primis* – si avvicina in molti casi concreti ai delitti di corruzione, confondendosi con gli stessi ed imponendo molto spesso così al giudice penale un incisivo sindacato, al fine di determinare quale sia la fattispecie integrata dal soggetto attivo (o dai soggetti attivi).

La zona grigia tra i due delitti di corruzione e concussione sicuramente è diventata di ancor più difficile individuazione e distinzione se si pone attenzione alla figura – di esclusiva creazione giurisprudenziale - della cd. concussione ambientale, che per molti aspetti risulta ai confini della corruzione. Senza ripercorrere in questa sede il lungo dibattito attinente ai diversi criteri di differenziazione tra i reati di cui all'art. 317 c.p. e quelli di corruzione, si vuole solo ricordare come l'argomento resti un punto attualmente ancora oggetto di dibattito.

In sede dunque dell'individuazione della cd. via della selezione dell'elemento oggettivo percorsa per alcuni delitti nelle ultime riforme legislative, sicuramente merita allora un cenno la tematica: si ritiene, infatti, che una regolazione e un chiarimento in tema di corruzione e concussione sarebbe del tutto opportuno, e costituirebbe - d'altronde - una “tappa” di tale via. ‘E proprio dal punto di vista dell'elemento oggettivo che si dovrebbero distinguere due fattispecie per alcuni aspetti quasi sovrapposte, optando per una delle alternative possibili, che sia quella di individuare più nettamente la condotta dell'art. 317 c.p. (selezionandola e limitandola), ovvero quella (come si è appena indicato, proposta dal cd. progetto Finocchiaro) di abrogare integralmente la stessa, facendola rientrare – a seguito dei necessari adeguamenti – da un lato nelle fattispecie di corruzione, e dall'altro in quella di estorsione. Non si è nascosto finora comunque come quest'ultima possibilità appaia la scelta preferibile, poiché consentirebbe una maggiore semplicità e chiarezza dell'attuale quadro normativo.

In ordine comunque alla cd. concussione ambientale¹⁴⁷, per alcuni – si è detto – la riforma del 1990 ha rappresentato un’occasione mancata per procedere all’espressa previsione della stessa. Tuttavia, in questa sede si intende porre in luce un’opinione di segno contrario, convinti invece del fatto che la concussione ambientale non meritasse una regolamentazione, la quale sarebbe risultata invece solo ulteriore causa di problemi ed incertezze.

Poiché si crede, infatti, che l’opzione più opportuna sarebbe attualmente quella di abrogare l’art. 317 c.p. - il cui spazio ormai risulta troppo ristretto nel mezzo delle altre ipotesi delittuose -, l’inserimento della cd. concussione ambientale sarebbe apparso dunque controproducente e diretto nella direzione opposta a quella che si auspica.

Con riferimento quindi alla concussione ambientale, come noto essa consiste in quella particolare concussione induttiva, molto vicina alla corruzione, ove l’illegalità del contesto ambientale in cui si trova il privato diventa quasi una prassi – così radicata nel territorio al punto da far ritenere al soggetto di doversi adeguare ad essa perché ineluttabile. L’induzione, dunque, può sfumare ai limiti del silenzio, perché – talmente inserita la pratica concessiva nell’ambiente dove essa si verifica – può consistere anche in comportamenti silenziosi o atteggiamenti sintomatici. Nelle diverse pronunce in cui la giurisprudenza è intervenuta sul punto, essa ha affermato che non può però ritenersi sufficiente il solo accertamento di una situazione ambientale in cui sia diffusa la pratica del mercanteggiamento, necessitandosi comunque la verifica del singolo rapporto tra privato ed agente caratterizzato pur sempre da una pretesa da parte di quest’ultimo - anche se implicita o indiretta - ed una corrispondente pressione a carico del

¹⁴⁷ Per maggiori approfondimenti, FURIN N., *I reati dei pubblici amministratori*, Piacenza, 2007, 89 e ss.; MACARO D.- MARAZZA S., *La concussione ambientale tra vuoto legislativo e prassi giurisprudenziale*, in *Giur. merito*, 1998, 92 e ss.; FIANDACA G., *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 889; PADOVANI T., *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti fra corruzione e concussione ed esigenze “improcrastinabili” di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1313 e ss.; CIANI G., *In tema di concussione ambientale*, in *Cass. pen.*, 1997, 3406; FIORE C., *La “concussione ambientale”, quale spazio normativo*, in AAVV (a cura di), *I delitti contro la P.A. Riflessioni sulla riforma*, Napoli, 1989, 114 e ss.; infine anche FORTE G., *Concussione*, in CADOPPI A.-CANESTRARI S.-MANNA A.-PAPA M., *Trattato di diritto penale, I delitti contro la pubblica amministrazione*, Torino 2008, 177 e ss.; ROMANO M., *I delitti*, cit.; BENUSSI C., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 372.

primo¹⁴⁸.

Il risultato, tuttavia, raggiunto da tale creazione è stato quello di rendere la cd. zona grigia tra corruzione e concussione ancora più ampia, allargando a dismisura le maglie del concetto di induzione. Oltretutto, attesa l'ammissibilità di comportamenti silenti e corrispondenti ad una prassi, diventa in concreto assai difficile l'accertamento da parte del giudice di un effettivo stato di soggezione, per un verso, e di una condotta abusiva della pubblica amministrazione, per l'altro verso. Tranne quando in modo più chiaro si verifichi una condotta dell'agente che approfitti della situazione ambientale per ingenerare nel privato la soggezione (diventando così possibile ricondurre lo stato passivo di questi alla condotta del soggetto attivo, anche se inserita in una cornice ambientale), in molti altri casi diventa arduo determinare la sussistenza di uno stato di soggezione ricollegabile ad un'azione, ovvero un'omissione, da parte della pubblica amministrazione: in effetti, per lo più si tratterà di una sorta di dazione sistemica difficilmente riconducibile alle diverse posizioni dei due soggetti così come configurate nel delitto di cui all'art. 317 c.p.

Si condivide pertanto quella dottrina¹⁴⁹ che ha sempre manifestato perplessità nei confronti della concussione ambientale, secondo alcuni addirittura consistente in un'interpretazione analogica in *malam partem* del concetto di induzione¹⁵⁰, e contraria al principio di legalità¹⁵¹. Come risposta a tale figura

¹⁴⁸ Cass., 11.11.2008, in *C.E.D. Cass.*, 2008; Cass., 13.4.2000, in *Cass. pen.*, 2001, 2357; Cass., 13.7.1998, in *Cass. pen.*, 2000, 587; Cass., 19.1.1998, in *Cass. pen.*, 1998. Ancora sul punto, in giurisprudenza, Cass., 22.10.1993, in *Riv. pen. econ.*, 1994, 343; Cass., 13.10.1998, in *Foro it.*, 1999, I, 644, con nota di MANES V., *La concussione "ambientale" da fenomenologia a fattispecie extra legem*; Cass., 19.10.2001, in *Cass. pen.*, 2002, 205; T. Napoli, 28.6.2005, in *Giur. merito*, 2005, 2412; T. Roma, 20.7.2000, in *Foro it.*, 2001, II, 478, nella quale si definisce efficacemente la concussione ambientale come "una convenzione tacitamente riconosciuta, che l'agente pubblico fa valere e il privato subisce, nel quadro di una comunicazione resa più semplice nella sostanza e più sfumata nelle forme per il fatto di richiamarsi a condotte già 'codificate', di guisa da corroborare e confermare nel privato medesimo – magari attraverso condotte di suggestione tacita, ammissioni, silenzi – di versare nell'ipotesi di ineluttabilità del pagamento, per prassi in tal senso".

¹⁴⁹ MANES V., *La concussione "ambientale" da fenomenologia a fattispecie extra legem*, cit., 645 e ss.; ZANOTTI R., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione: inefficienze attuali e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2004, 1819 e ss.; FORTI G., *L'insostenibile pesantezza, della "tangente ambientale: inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione – concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 476.

¹⁵⁰ SALCUNI G., *Quando l'autore incute paura. Riflessioni sull'aggravante dell'uso dell'arma nel delitto di rapina impropria: "basta il pensiero?"*, in *Giur. merito*, 2005, 2412.

priva di un appiglio normativo e di origine puramente giurisprudenziale, vi è stato anche chi¹⁵² ha auspicato, come si anticipava, un'espressa previsione autonoma della stessa, e anche il progetto Pagliaro¹⁵³ si era diretto in tal senso, prevedendo specificatamente tale figura *ad hoc*. Si è già detto, però, che non si approva tale orientamento, il quale comunque non ha trovato riconoscimento da parte del Legislatore, il quale ha sempre scelto di non regolare tale figura. Appare più adeguato, piuttosto, tentare di ricondurre simili forme di illegalità congenita all'ambiente ai delitti di corruzione, come alcuna dottrina (e qualche pronuncia giurisprudenziale¹⁵⁴) ha già effettuato.

8 *La via del potenziamento dell'elemento soggettivo.*

Passando ora al secondo “filo conduttore”, pare che il Legislatore abbia agito anche sotto un diverso piano, che qui si vuole definire genericamente come quello del “potenziamento” dell'elemento soggettivo. Oltre, cioè, a limitare - di molto nei casi appena indicati - l'elemento oggettivo, così, egli ha richiesto in taluni casi il perseguimento di una particolare finalità, per così dire rafforzata. In tal modo è avvenuto nell'art. 323 c.p., ad opera della L. 234/97, che ha introdotto per la prima volta il dolo sotto la forma più intensa del cd. dolo intenzionale. Per un approfondimento su tale tipo di dolo si rinvia, pertanto, alla trattazione

¹⁵¹ Notevole è infatti la indeterminatezza che essa comporta e il rischio è di “inevitabili abusi e soprusi della prassi, come sempre accade quando una fattispecie penale abdica ad una descrizione semplice e tassativa e va a rifluire nella discrezionalità giudiziale”. Così MUSCO E., *Le attuali proposte individuate in tema di corruzione e concussione*, in AAVV, *Revisione e riformulazione delle norme in tema di corruzione e concussione*, Bari, 1995, 46.

¹⁵² Ad esempio ci si riferisce a CONTENTO G., *Altre soluzioni di previsioni normative della corruzione e concussione*, in *Revisione e riformulazione delle norme in tema di corruzione e concussione*, Bari, 1995, 77.

¹⁵³ Esso aveva infatti introdotto la specifica figura della concussione ambientale in relazione al “fatto del pubblico agente che riceve o ritiene indebitamente, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità patrimoniale, sfruttando l'altrui convinzione, determinata da situazioni ambientali, reali o supposte, di non poter altrimenti contare su di un trattamento imparziale”. Così il Progetto Pagliaro, all'art. 138 n. 5, in *Indice pen.*, 1992, 669.

¹⁵⁴ Cass., 30.3.1998, in *Rass. Adv. Stato*, 1999, I, 262. In altre pronunce poi è stato addirittura riconosciuto il perseguimento di un indebito vantaggio da parte del privato: così Cass., 13.4.2000, in *Riv. pen.*, 2001, 286; o ancora, Cass., 21.11.2000, in *Guida al dir.*, 2001, fasc. 6, 127.

successiva dell'abuso d'ufficio.

‘E parso però anche di ravvedere una volontà di potenziare l'elemento soggettivo nell'appena richiamata abrogazione del peculato per distrazione. Pur attenendo tale fattispecie in realtà al profilo dell'elemento oggettivo, e rientrando la distrazione nell'ambito della condotta, si vuole evidenziare che l'abolizione del delitto - se certamente ha ristretto l'area di rilievo di alcune condotte nell'ambito del peculato - ha anche in qualche modo dimostrato una volontà di rinunciare alla punizione di fenomeni distrattivi che si verificano nel perseguimento di determinate finalità.

La fattispecie aveva sempre, infatti, inevitabilmente comportato un'analisi da parte del giudice delle finalità perseguite dall'agente (con conseguente cospicuo intervento dello stesso), al fine di determinare la sussistenza o meno della distrazione.

Come noto, il peculato per distrazione aveva sempre portato ad accesi dibattiti circa il contenuto ed i confini della distrazione, tratteggiata dalla norma in modo indefinito. Il continuo succedersi di diverse proposte interpretative ha imposto un intervento legislativo, che più che modificare la norma, ha preferito abrogarla.

Sostanzialmente, la condotta di distrazione si sviluppava in due diversi momenti: il primo, cd. negativo, di sottrazione della cosa alla sua originaria destinazione, ed il secondo, cd. positivo, di direzione illegittima della stessa ad una nuova e diversa destinazione. Il più grosso dubbio interpretativo, così, atteneva - circa il momento cd. positivo - alla rilevanza del perseguimento di una finalità pubblica da parte dell'agente. Secondo un primo orientamento¹⁵⁵, rigidamente si affermava che si potesse parlare di distrazione in tutti i casi in cui la cosa fosse stata destinata a scopi diversi da quelli stabiliti dalla legge per essa. In seguito, poi, un secondo indirizzo¹⁵⁶ tendeva a dare rilevanza solo alle condotte distrattive con finalità privata, escludendo così sia quelle determinate da un

¹⁵⁵ Vedasi in tal senso l'opinione di SCOLOZZI, *Lineamenti del peculato*, in *Riv. pen.*, 1960, II, 305.

¹⁵⁶ Di questo avviso, SCORDAMAGLIA V., *Peculato* (voce), in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 612; TAGLIARINI F., *Il concetto di p.a. nel codice penale*, Milano, 1973, 187; PAGLIARO A. – PARODI GIUSINO M. *Principi di diritto penale*, cit., 49.

interesse pubblico, sia quelle in cui il fine privato e pubblico venissero a coesistere (purchè quello pubblico apparisse come equivalente o principale).

Infine, l'orientamento maggioritario¹⁵⁷ aveva concluso per proporre, in modo più equilibrato, una soluzione di contemperamento tra i primi due: in buona sostanza ravvedeva il peculato per distrazione solo quando l'agente si fosse indirizzato verso finalità difformi da quelle istituzionali dell'ente, escludendo la rilevanza penale delle condotte distrattive dalla sola specifica destinazione della cosa.

In estrema sintesi, quindi, il problema fondamentale consisteva nello stabilire il *limen* della rilevanza penalistica, nei casi in cui la finalità perseguita dall'agente fosse stata comunque una finalità pubblica, anche se concorrente eventualmente con una privata.

Alla luce dell'abrogazione del peculato per distrazione, si pone inoltre la questione di determinare l'attuale rilevanza ovvero l'irrilevanza delle condotte distrattive, e la loro eventuale riconducibilità all'interno del reato di abuso d'ufficio. Tale questione attiene strettamente alla vecchia problematica sui rapporti tra distrazione ed appropriazione. Anche in questo caso, assai controverso, le conclusioni che sono state proposte nel tempo si possono sintetizzare in tre diverse: una prima¹⁵⁸ che ravvede la distrazione come una *species* del più ampio *genus* dell'appropriazione, e riconduce dunque oggi le condotte distrattive sempre all'art. 314 c.p., ossia alla condotta del peculato per appropriazione (in tal modo però verrebbero a riproporsi le medesime problematiche del passato circa quali siano le distrazioni rilevanti e quali invece non lo siano). Una seconda¹⁵⁹, al contrario, sostiene invece che tra le due condotte sussista un rapporto opposto, nel quale sarebbe l'appropriazione ad

¹⁵⁷ Tra i vari, si richiamano FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte speciale*, Bologna, 1989, 141; VINCIGUERRA S., "Distrazione" e peculato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 1048.

¹⁵⁸ Per tutti, PAGLIARO A. – PARODI GIUSINO M., *Principi*, cit., 51, il quale fa riferimento precipuamente al fatto che è lo stesso Legislatore che al nuovo comma 2 dell'art. 314 c.p. ha dilatato il concetto di appropriazione all'uso momentaneo illecito della cosa; DE MARSICO A., *Il danno patrimoniale nel peculato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 566; e in giurisprudenza, Trib. Vallo Lucania, 23.3.1995, in *Riv. pen.*, 1995, 1208.

¹⁵⁹ MAUGERI A.M., *Peculato per appropriazione e condotte distrattive*, in *Indice pen.*, Padova, 1993, 699; BARTOLI R., *La distinzione tra appropriazione e distrazione e le attuali esigenze di tutela patrimoniale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, II, 1137.

essere una forma del ben più ampio concetto di distrazione. Già nel vigore della precedente disciplina, tale impostazione segnalava¹⁶⁰ che quelle forme di peculato che prima erano considerate peculato per distrazione venivano ad essere recuperate dalla nuova fattispecie del peculato per appropriazione, poiché “il soggetto che devia la cosa da una finalità ad un'altra, certo si comporta, per un momento, sulla cosa stessa come se ne fosse il proprietario”. Tale soluzione, però, si poneva in contrasto con la stessa Relazione¹⁶¹ al disegno di legge.

Il terzo orientamento¹⁶², che è poi quello che ha trovato affermazione, infine, sostiene che si tratti di due condotte tra loro in rapporto di autonomia ed indipendenza, per cui oggi la rilevanza della distrazione sarebbe eventualmente solo quella del caso in cui essa integri il delitto di abuso d'ufficio, *ex art.* 323 c.p. D'altro canto, molte sono le polemiche derivanti dalla riconduzione all'abuso d'ufficio del peculato per distrazione, poiché - come già sopra enunciato - esso risulta vincolato dagli ulteriori rigidi elementi oggettivi e soggettivi previsti dall'art. 323 c.p. Per di più, assai minore è la pena edittale prevista per tale delitto rispetto a quella che era stabilita per il peculato per distrazione.

Per quanto attiene al periodo sotto la previgente disciplina dell'abuso, e quindi tra il 1990 e il 1997, tali limitazioni, anche in questo caso come per l'art. 324 c.p., ovviamente non sussistevano. Tuttavia il problema riguardava, al tempo, il coordinamento tra la distrazione a profitto proprio (in cui il profitto rilevava come componente oggettiva della condotta) con il reato di abuso che, ancora reato di pericolo, incentrava il suo disvalore sull'elemento soggettivo del dolo specifico.

¹⁶⁰ PAGLIARO A. – PARODI GIUSINO M., *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 48 e ss., circa la distinzione tra appropriazione e distrazione si era dibattuto sul tema prima della riforma del 1990. Muovendo dalla considerazione che entrambi i termini presentavano la comune caratteristica della destinazione originaria della cosa con l'imposizione di una nuova, era stato ravvisato in dottrina sia un rapporto di autonomia (FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte speciale*, cit., 139; SCORDAMAGLIA V., *Il peculato per distrazione*, Milano, 1966, 17; VINCIGUERRA, “*Distrazione*” e *peculato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 1038), sia di relazione di genere a specie (PAGLIARO A., *Studi sul peculato*, II ed., Palermo, 1967, 7 e ss.). Tale distinzione rileva poiché, come appena detto, nel caso in cui la distrazione si considerasse *species* dell'appropriazione, allora i fatti distrattivi sarebbero sempre puniti *ex art.* 314 c.p.

¹⁶¹ Relazione del'on. Battello su le “Modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione”, n. 2078.

¹⁶² FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte speciale*, Bologna, 1989, 139; SEGRETO A. – DE LUCA G., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 101.

Si era cercato di superare tale difficoltà di adattamento, cercando di recuperare il requisito del profitto proprio o altrui (componente oggettiva della condotta distrattiva del peculato), nel vantaggio patrimoniale dell'abuso d'ufficio¹⁶³.

Attualmente, un profilo di interesse attiene alla determinazione se nell'ambito dell'abuso d'ufficio rientri solo il peculato per distrazione con finalità private, ovvero anche il caso di distrazione con finalità pubbliche da parte dell'agente¹⁶⁴.

Sembra, tuttavia, che quest'ultima possibilità sia da escludere: il perseguimento di una finalità pubblica è da ritenersi attualmente di ostacolo alla configurazione dell'abuso d'ufficio, per un duplice motivo. Innanzi tutto, in presenza di un interesse pubblico verrebbe a mancare il requisito dell'ingiustizia dell'evento di vantaggio, trattandosi comunque di un vantaggio a favore della pubblica amministrazione, ma soprattutto non sarebbe presente l'elemento soggettivo, poiché (come poi meglio si spiegherà) secondo gli ultimi orientamenti giurisprudenziali il dolo intenzionale non è ritenuto configurabile nei casi in cui l'agente abbia perseguito lo scopo di arrecare un vantaggio all'amministrazione pubblica.

¹⁶³ Così PICOTTI L., *Il dolo specifico*, Milano, 1993, 295. Egli affermava che il vantaggio patrimoniale "lungi dal rilevare sul piano psicologico, quale momento di colpevolezza, in cui il putativo equivarrebbe al reale, deve oggettivamente specificare la posizione dell'agente, quale parte di una concreta situazione di conflitto esterno ed oggettivo".

¹⁶⁴ Per una trattazione delle problematiche relative alla distrazione e le sue sorti nel presente quadro normativo, si vedranno: BARTOLI R., *La distinzione tra appropriazione e distrazione e le attuali esigenze di tutela patrimoniale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, n. 9, 1137; CAGLI S., *Peculato e malversazione* (voce), in *Digesto pen.*, vol. IX, Torino, 1995, 340; CARINELLI, *Appunti sul concetto di distrazione nel delitto di peculato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 538; CERQUA L.D., *Appropriazione e distrazione tra peculato ed abuso d'ufficio*, in *Giur. Merito*, 2006; CUPELLI C., *I delitti di peculato*, in FIORE (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004; FLICK G.M., *Il delitto di peculato*, Milano, 1971; IADECOLA G., *In tema di continuità di fattispecie tra peculato per distrazione ed abuso d'ufficio a fini patrimoniali*, in *Giust. pen.*, 1991, II, 121; LUCIBELLO P.M., *I delitti di peculato*, in AAVV, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Padova, 1999, 95; PAGLIARO A., *Commento all'art. 1 della legge 86/90*, in *Leg. pen.*, 1990, 266; PAGLIARO A., *Studi sul peculato*, Palermo, 1964; PALAZZO F.C., *Ai confini tra peculato e abuso d'ufficio*, in STILE A.M. (a cura di), *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1987, 233; PALAZZO F.C., *Il concetto di distrazione nel delitto di peculato*, Milano, 1972; PEDRAZZI C., *Sui limiti dell'“appropriazione”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1435; SCORDAMAGLIA V., *Il peculato per distrazione*, Napoli, 1966; SEVERINO DI BENEDETTO P., *Il criterio di distinzione tra distrazione e appropriazione nel peculato*, in *Cass. pen.*, 1976, 709; VINCIGUERRA S., *Sul concetto di distrazione nel delitto di peculato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 983; VINCIGUERRA S., *Distrazione e peculato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 1032.

Il fatto che il Legislatore abbia optato - in definitiva - per l'abrogazione della fattispecie, significa senza dubbio che si voleva, innanzi tutto, ridurre l'eccessivo sindacato del giudice di fronte ad un concetto così poco chiaro quale quello della distrazione, comportava un'indagine sulle finalità perseguite. In secondo luogo, però, siffatta eliminazione sembra anche indicare una scelta precisa, qui si crede, di rinunciare alla repressione penale di quelle condotte caratterizzate dal perseguimento di una finalità pubblica: non prendere una posizione sul dibattito dottrinale e giurisprudenziale, ma decidere di espungere direttamente l'ipotesi criminosa, sembra rappresentare, infatti, un desiderio di intensificare il livello richiesto di volontà criminosa nell'agente, non punendo più le forme di volontà meno gravi, dirette ad un fine di tipo pubblicistico (sull'argomento si tornerà più diffusamente in seguito, in tema di abuso d'ufficio, dove si è posto il problema in termini molto simili).

A testimonianza della precisa direzione di abbandonare la rilevanza penale delle ipotesi distrattive, per entrambi i motivi anzi indicati, è stato, infatti, osservato¹⁶⁵ comunque che - anche ove un caso di peculato per distrazione riuscisse ad integrare il delitto di abuso di ufficio, presentandone tutti i requisiti oggettivi e soggettivi - esiste una forte sproporzione tra la cornice edittale del peculato per appropriazione (da tre a dieci anni) e quella dell'abuso d'ufficio (da sei mesi a tre anni). Mentre, da un lato, quindi, il peculato per appropriazione, insieme alla concussione rimarrebbe tra i pochi reati gravi e sanzionati in modo incisivo in materia di tutela penale della pubblica amministrazione, d'altra parte vi sarebbe un "inarrestabile, ma ingiustificato declino delle ipotesi per distrazione"¹⁶⁶.

‘E questa, quindi, la prospettiva con cui si è analizzata l'azione del Legislatore, riconducendola sostanzialmente in due “filoni” principali che sono stati scelti per restringere il “campo”, e conferire maggiore determinatezza alla materia. Il sindacato è stato così, nei casi appena analizzati, limitato dalle stesse norme, selezionando sia dal punto di vista oggettivo che da quello soggettivo gli

¹⁶⁵ In tal senso, D'AVIRRO A., *L'abuso d'ufficio*, La legge di riforma 16 luglio 1997 n. 234, cit., 81.

¹⁶⁶ Così PICOTTI L., *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, 286.

elementi sottoponibili al vaglio del giudice penale.

Tuttavia, l'avvenuta selezione non è affatto di così semplice risultato come potrebbe sembrare, poiché sussistono ancora casi in cui, a seconda dell'interpretazione che si voglia attribuire, l'intervento del giudice penale potrebbe nuovamente espandersi. Al di là di altre varie locuzioni o concetti suscettibili di diverse letture, è soprattutto in tema di abuso d'ufficio che si è discusso a lungo sulla riconducibilità del vizio dell'eccesso di potere nell'ambito del nuovo art. 323 c.p., con conseguente ritorno ad un esteso sindacato del giudice penale. Il problema in relazione all'art. 323 c.p., così, si pone sia con riferimento all'elemento oggettivo, che circa la definizione dell'elemento soggettivo .

Si tiene però a anticipare già da ora che – nonostante la questione abbia richiamato l'attenzione di studiosi e della giurisprudenza, suscitando forti controversie – si resta in questa sede convinti che l'eccesso di potere sia stato volontariamente escluso dal Legislatore nel 1997: per quanto siano stati proposti diversi tentativi di ricondurlo all'interno dell'ipotesi delittuosa, sembra in realtà che esso non rilevi ai fini penalistici, consentendo in questo modo una maggiore delimitazione all'intervento giudiziale in materia amministrativa.

Capitolo II

La disapplicazione dell'atto amministrativo.

SOMMARIO: 1. All. E L. 20 marzo 1865, n. 2245 (legge sull'abolizione del contenzioso). 2. La disapplicazione: art. 5 dell'all. E della L. 2245/1865. 3. La disapplicazione quale criterio di risoluzione di conflitto tra norme nella gerarchia delle fonti: in particolare, il tentativo di considerare anche il provvedimento amministrativo come fonte del diritto. 3.1 (segue) disapplicazione e art. 101 Cost. 4. Disapplicazione ed art. 2 c.p.p. 5. Il potere di disapplicazione con riferimento ai reati urbanistici. 5.1 (segue) bene giuridico tutelato o funzione di controllo? 6. Disapplicazione *in malam partem* e *in bonam partem*. 7. Cenni sul reato di cui all'art. 14, comma 5-ter, t.u. immigrazione.

1 All. E L. 20 marzo 1865, n. 2245 (legge sull'abolizione del contenzioso).

Come accennato già nel capitolo precedente, si intende ora soffermarsi sul profilo della disapplicazione, al fine di individuare in quali casi esso possa assumere rilevanza nell'ambito del diritto penale.

Si è visto che è l'all. E della L. n. 2245/1865 - tuttora vigente - ad aver regolato l'istituto della disapplicazione, oltre ad aver, *in primis*, portato all'abolizione del cd. contenzioso amministrativo (con riferimento al principio di separazione di autorità). Appare utile, quindi, prima di tutto ripercorrere brevemente le tappe che hanno regolato il riparto di giurisdizione¹⁶⁷, per poi meglio soffermarsi sull'istituto della disapplicazione.

L'all. E, infatti, ha innanzi tutto abolito i tribunali speciali investiti della giurisdizione sul contenzioso amministrativo, ripartendo all'art. 1, le questioni ad

¹⁶⁷ Per una trattazione più completa del riparto di giurisdizione e la sua evoluzione storica, MANNORI L. – SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma – Bari, 2004, 238 e ss.; GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice*, cit., 55 e ss.; CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010.

essi devolute tra giurisdizione ordinaria e autorità amministrativa. In particolare, alla giurisdizione ordinaria competono “tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione d’un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorchè siano emanati provvedimenti del potere esecutivo e dell’autorità amministrativa” (art. 2). Alla pubblica amministrazione, invece, l’art. 3 lascia tutte quelle controversie che non siano comprese nella giurisdizione del giudice civile o penale, in via residuale.

All’art. 4, poi, viene stabilito che “quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell’autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell’atto stesso in relazione all’oggetto dedotto in giudizio. L’atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, i quali si conformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso”.

In pratica, viene individuato un limite negativo per il giudice ordinario, cui è precluso di eliminare o modificare un atto amministrativo poiché tale potere spetta esclusivamente all’autorità amministrativa (e dal 1889 poi anche ai giudici amministrativi).

Così come definita con l’all. E, la soppressione del contenzioso amministrativo mostrò tuttavia l’esistenza di una lacuna di tutela per quelle situazioni dei privati prive di dignità di diritti soggettivi. Il giudice ordinario, infatti, finiva spesso per escludere la propria giurisdizione in tutti quei casi in cui mancava un vero e proprio atto amministrativo ma si verificava comunque un intervento della pubblica amministrazione. Di fronte ad una tutela, dunque, pressoché solo amministrativa, molteplici furono le critiche che si sollevarono, fino a giungere – in chiusura di tale dibattito – alla L. 5992/1989, istitutiva della quarta sezione del Consiglio di Stato, con competenza generale sui ricorsi in tema di legittimità di atti amministrativi lesivi di interessi legittimi e – solo in alcuni casi – la possibilità anche di giudicare nel merito. Tramite tale legge, così, il nostro sistema si caratterizzava in modo dualistico, diviso cioè tra due ordini giurisdizionali, in cui il giudice ordinario continuava a conoscere delle lesioni dei diritti soggettivi ed il giudice amministrativo invece dell’illegittimità degli atti amministrativi. La riforma, poi, continuò con la L. 6837/1890 con la quale

venivano istituite le Giunte provinciali, organi giurisdizionali periferici, per alcune ipotesi indicate come competenti sull'impugnativa di atti illegittimi di enti locali lesivi di interessi legittimi e su altre controversie tassativamente stabilite.

Proseguendo nel tempo, la L. 62/1907 riconosceva - oltre a istituire anche la V sezione del Consiglio di Stato - la natura giurisdizionale delle decisioni del Consiglio di Stato, con conseguente ricorribilità per Cassazione delle stesse. La legge del 1923 (poi raccolta insieme a quella del 1907 nei testi unici del 1924 n. 1054 e 1058) introduceva anche una giurisdizione esclusiva per alcune materie (come il pubblico impiego), nelle quali dunque non era necessario distinguere tra interessi legittimi e diritti soggettivi. Nel testo unico del 1924 n. 1054, all'art. 26, si prevedeva che spettasse al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale decidere sui ricorsi per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge, contro gli atti amministrativi. In realtà, nel 1971 con la L. 1034 vennero istituiti anche i Tribunali amministrativi regionali, come organi di giustizia amministrativa di primo grado.

Sempre in tema di riparto di giurisdizione, appare importante richiamare poi anche i principi costituzionali introdotti, con il 1948, sul punto.

La Costituzione pare, infatti, aver fatto propria la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, tramite la quale ripartire la giurisdizione (come si può comprendere dagli artt. 24, 103 e 113 Cost.), riconoscendo pari dignità ai due ordini giurisdizionali. La giurisdizione amministrativa, pertanto, trova il suo riconoscimento in via generale in Costituzione a tutela della lesione degli interessi legittimi da parte di un atto amministrativo.

In ogni caso, esistono anche delle ipotesi cd. eccezionali di giurisdizione amministrativa, ravvisabili anche in Costituzione, poichè all'art. 103 Cost. sono contemplate le funzioni del Consiglio di Stato "in particolari materie indicate dalla legge" anche a riguardo di diritti soggettivi (la cd. giurisdizione esclusiva, testè nominata). Veniva in questo modo messo parzialmente in crisi l'iniziale modello delle leggi del 1865 e del 1898 basato sulla distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, dato che anche a livello costituzionale veniva così legittimato un riparto per materia.

‘E ben nota, poi, l'evoluzione che ha portato in seguito all'aumento dei casi di

giurisdizione esclusiva, su cui non si intende ora soffermarsi - trattandosi di un argomento assai esteso e meritevole di una trattazione a se stante, nonché del tutto estraneo all'oggetto della presente ricerca.

Si vuole solamente ricordare come, da un lato, il legislatore¹⁶⁸ e il giudice amministrativo¹⁶⁹ abbiano percorso la strada di allargare progressivamente i casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e i limiti dei suoi poteri¹⁷⁰. Dall'altro lato, invece, il giudice ordinario e soprattutto la Corte Costituzionale¹⁷¹

¹⁶⁸ Si pensi ad esempio alle materie di concessioni di beni (art. 5 l. TAR), servizi pubblici (art. 33 d.lgs. 80/1998, anche se poi modificato dalla Corte Costituzionale, con la sentenza n. 204/2004), urbanistica ed edilizia (Art. 34 d.lgs. 80/1998), affidamento lavori, servizi e forniture (art. 244 cod. contr. pubbl. d.lgs. 163/2006), provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti. Ovvero ancora si può richiamare l'art. 53 del d.lgs. 327/2001 in base al quale sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti ad esse equiparati, conseguenti alla applicazione delle disposizioni del testo unico.

La tendenziale confusione tra diritti soggettivi e interessi legittimi ha portato il Legislatore, di contro, anche ad attribuire alla giurisdizione del giudice ordinario controversie relative ad atti illegittimi (si veda in materia di trattamento dei dati personali l'art. 152 d.lgs. 196/2003 secondo cui la competenza esclusiva in materia appartiene all'autorità giudiziaria ordinaria; o ancora di più).

¹⁶⁹ Si fa riferimento qui a Cons. di Stato, ad. plen., 30.3.2000, n. 1, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1291, 2163, con note di SASSANI e ANTONIOLI, ove si è sostenuto addirittura che il tradizionale criterio di riparto sarebbe ormai divenuto residuale, nel senso della necessità di limitare i casi di giurisdizione esclusiva a particolari materie.

¹⁷⁰ La L. 205/2000 ha, ad esempio, introdotto la tutela sommaria, l'arbitrato nonché la possibilità di conoscere per il giudice amministrativo nell'ambito della sua giurisdizione (non solo quindi quella esclusiva) anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno e agli altri diritti patrimoniali consequenziali.

¹⁷¹ Corte Cost., 11.5.2006, n. 191, in *Dir. e giust.*, 2006, 24, 97, con nota di PROIETTI, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 53 d.lgs. 327/2001 nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a «i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati», non esclude i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediamente, all'esercizio di un pubblico potere. E inoltre possibile richiamare la celebre sentenza, Corte Cost., 6.7.2004, n. 204, in *Giur. cost.*, 2004, 4, 2181, con note di SCOCA, ALBINO e LARICCIA, che ha imposto un ritorno al criterio della situazione giuridica soggettiva e non della materia. Non è certamente possibile in questa sede procedere con un'analisi di tale importante sentenza, ma se ne cita solamente la massima: «È costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli art. 24, 25, 100, 102, 103, 111 e 113 cost., l'art. 33 commi 1 e 2 d.lg. 31 marzo 1998 n. 80, come sostituito dall'art. 7 lett. a) l. 21 luglio 2000 n. 205, nella parte in cui, al comma 1, prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli" anziché "le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla p.a. o dal gestore di pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla l. 7 agosto 1990 n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché", e, al comma 2, che individua esemplificativamente controversie nelle quali può essere del tutto assente ogni profilo riconducibile alla p.a.-autorità. Infatti, l'art. 103 comma 1 cost. non ha conferito al legislatore ordinario un'assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua

hanno tentato di porre un freno a tale incedere, re-istituendo alcuni limiti alla giurisdizione esclusiva ed imponendo l'originario tipo di distinzione tra le giurisdizioni.

Continuando a richiamare le norme costituzionali attinenti al tema, si deve far riferimento anche all'art. 113 Cost. Esso, prima di tutto, stabilisce che "contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi"; aggiunge inoltre, al comma 2, che "tale tutela non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti." Infine, il comma 3, prevede che "la legge determina quali organi di giurisdizione possano annullare gli atti di amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa". Si pone così il problema di coordinare tale disposto con il precedente art. 4 L. 2245/1865 secondo cui – come visto – il giudice ordinario non può annullare gli atti amministrativi. In proposito, vi è stato addirittura chi in dottrina ha ritenuto che l'art. 113 Cost. abbia fatto venir meno l'esclusività del potere del giudice amministrativo di annullare gli atti della pubblica amministrazione ed abbia consentito che tale potere sia attribuito dalla legge anche al giudice ordinario e che così si sia verificata un'abrogazione dell'art. 4, comma 2, L. 2245/1865 per assorbimento dello stesso nel più generale principio di cui all'art. 113 Cost.¹⁷². Di diverso avviso pare essere la giurisprudenza costituzionale, che esclude tale eventualità¹⁷³. Altra dottrina¹⁷⁴,

giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare "particolari materie" nelle quali la tutela nei confronti della p.a. investe "anche" diritti soggettivi. Tali materie, tuttavia, devono essere "particolari" rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità, nel senso che devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la p.a. agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo; con la conseguenza che va escluso che sia la mera partecipazione della p.a. al giudizio sia il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia siano sufficienti a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo."

¹⁷² Questo, in sintesi, il pensiero di NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, cit., 77 e ss.

¹⁷³ In effetti, in mancanza di una previsione di legge il potere di annullamento spetta solo al giudice ordinario. Così Corte Cost., 20.3.1985, n. 70, in *Foro it.*, 1986, I, 58; Corte Cost., 24.7.1981, n. 150, in *Giur. cost.*, 1981, I, 1425. Inoltre, in Corte Cost., 6.7.1971, n. 161, in *Foro it.*, 1971, I, 2112, è osservato che "il divieto fatto al giudice ordinario di annullare l'atto amministrativo – salvo i casi espressamente previsti dalla legge – non è in contrasto con l'art. 113 Cost. (...) Ciò in quanto, nella formulazione del testo dell'art. 113 Cost., il costituente tenne presente il problema che già formò oggetto della legge abolitrice del contenzioso amministrativo e lo risolse non già conferendo alla giurisdizione ordinaria il potere di annullare gli atti amministrativi, ma demandando alla legge la disciplina delle forme e dei modi di esercizio di detto potere. 'E rimasta in tal modo inalterata l'attuale regolamentazione che riserva in via generale il

ancora, ha provato poi a sostenere che l'art. 113 Cost. non abrogherebbe l'art. 4 L.2245/1865, ma negherebbe un riconoscimento dello stesso a livello costituzionale, attribuendo in alcuni casi¹⁷⁵ anche al giudice ordinario il potere di annullamento dell'atto amministrativo.

In argomento, infine, di principi applicabili anche al giudice amministrativo, sicuramente meritano di essere citati anche gli artt. 101, ultimo comma, e 108, comma 2, Cost. in materia di indipendenza di ogni giudice, compreso quindi quello amministrativo. Inoltre, l'art. 103 Cost. (che affianca al Consiglio di Stato "altri organi di giustizia amministrativa), l'art. 102 Cost. (il quale vieta l'istituzione di nuovi giudici speciali, mantenendo solo quelli già esistenti e riconosciuti a livello costituzionale, quale il Consiglio di Stato appunto), l'art. 111 Cost. sul giusto processo (e all'ultimo comma sul ricorso per Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato ammesso solo per motivi interenti la giurisdizione), e l'art. 117 lett. l) (che annovera la giustizia amministrativa nella legislazione esclusiva statale).

Tale sommaria e sicuramente poco approfondita panoramica sul tema non è stata certo animata dallo scopo di analizzare il vasto argomento del riparto di

potere di annullamento degli atti amministrativi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale e riconosce invece un potere di annullamento all'autorità giudiziaria ordinaria non in via generale ma solo per determinate categorie di atti".

¹⁷⁴ MAZZAROLLI L., *Diritto amministrativo, Parte speciale e giustizia amministrativa*, II, Bologna, 2005, 1779.

¹⁷⁵ Un interessante caso pare essere rappresentato dal d.lgs. 25.7.1998 n. 286 (t.u. sull'immigrazione), ove all'art. 13 – contro il decreto di espulsione amministrativa, eccetto quello disposto dal Ministro dell'Interno – si dichiara competente elusivamente il giudice ordinario (in particolare il ricorso è proponibile solo al giudice di pace), che può (nell'ipotesi di accoglimento del ricorso) annullarlo. Sul tema, RICCIOTTI R.- M.M., *Espulsione degli stranieri* (voce), in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, Torino, 2000, 262 e ss.; LONGOBARDI C., *La disciplina delle espulsioni dei cittadini extracomunitari: presidi penali e amministrativi al fenomeno dell'immigrazione*, in *Dei delitti e delle pene*, 3, 1999, 219 e ss.; CALLAIOLI A. – CERASE M., *Il testo unico delle disposizioni sull'immigrazione e delle norme sulla condizione dello straniero: una legge organica per la programmazione dei flussi, il contrasto alla criminalità e la lotta alla discriminazione*, in *Leg. pen.*, 1999, 277 e ss. Si è voluto ricordare tale norma, perché – in relazione all'argomento oggetto della presente ricerca, ossia il sindacato del giudice penale – essa propone interessanti spunti di analisi. In effetti, in relazione ad essa, sembra così essere stato attribuito al giudice penale un sindacato sull'atto di espulsione, nei limiti del merito, e ovviamente del provvedimento sottostante, ossia del permesso di soggiorno. Gli Autori da ultimo richiamati ritengono così che il giudice potrà verificare l'eventualità dell'annullamento del provvedimento di espulsione e della conseguente permanenza nel territorio di uno straniero privo del permesso di soggiorno, il quale così non potrà essere espulso. Sul tema comunque si tornerà al termine del presente capitolo.

giurisdizione nel suo complesso. Si è voluto solo ricordare brevemente la vastità dell'argomento e la sua lunga evoluzione, innanzi tutto al fine di ancorarlo – come nel capitolo precedente si è evidenziato – al principio generale di separazione di autorità, e in secondo luogo con lo scopo di inserire al suo interno la più specifica questione della disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario.

2 *La disapplicazione: art. 5 dell'all. E della L. 2245/1865.*

Giungendo ora quindi alla disamina dell'istituto della disapplicazione, bisognerà innanzi tutto prendere le mosse dall'art. 5 dell'all. E L. 2245/1865¹⁷⁶. Mentre, infatti, l'art. 4 si occupa espressamente degli effetti dell'atto, l'art. 5 dispone in ordine all'atto illegittimo. Tale articolo individua positivamente ciò che al giudice ordinario è concesso, prevedendo che: “in questo [ossia nelle ipotesi dell'art. 4], come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali, in quanto siano conformi alle leggi”. Il caso a cui l'art. 5 fa riferimento è quello di cui all'art. 4, ossia - in primo luogo - la lesione di un diritto soggettivo da parte di un atto amministrativo, nonché ogni altra ipotesi di competenza del giudice civile o penale ove sia coinvolta la Pubblica Amministrazione e ove la contestazione non cada su di un diritto soggettivo che si assume leso.

L'istituto (tecnicamente di carattere processuale poiché è nel processo che esso trova applicazione, ma in realtà fortemente intriso di problematiche di carattere sostanziale) - partendo dallo stesso dato letterale - consiste dunque in

¹⁷⁶ Per una trattazione più completa della disapplicazione, si vedano ad esempio BUONAURO C., *La disapplicazione degli atti amministrativi tra prassi e dottrina*, Napoli, 2004; VILLATA R., *La disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1980; CINTIOLI F., *Disapplicazione (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, 269 e ss.; RUSSO D., *Disapplicazione del provvedimento amministrativo nel processo penale*, in *24h avvocato*, 2008, n. 10, 81; GAMBARDELLA M., *Disapplicazione degli atti amministrativi (dir. pen.)*, voce, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 2004; PAGLIANI G., *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel giudizio penale*, in *Giur. merito*, 1998, 1103; NATALINI A., *Scommesse online: è ancora disapplicazione della legge penale* (nota a T. Sassari, 17.2.2007), in *Merito*, 2007, n. 6, 58 e ss.; FANTINATO L., *Reati urbanistici* (voce), in RONCO M.– GAITO A. (a cura di), *Leggi penali complementari commentate*, cit., 3147 e ss.

quell'ostacolo all'applicazione di un atto amministrativo, poiché ritenuto non conforme alle leggi. Non si tratta, perciò, di una vicenda che riguarda l'atto in sé, bensì solo i suoi effetti: viene in qualche modo stabilita un'improduttività¹⁷⁷ degli effetti che dall'atto dovrebbero derivare, in relazione al caso dedotto in giudizio. Le definizioni dottrinali, così, hanno parlato anche di irrilevanza dell'atto rispetto ad una certa fattispecie¹⁷⁸, ovvero anche di impedimento all'efficacia e non di estinzione di efficacia¹⁷⁹. Non è facile inquadrare correttamente la tematica, i cui confini presentano tratti poco definiti. Negli anni, infatti, la definizione del suo raggio di azione ha subito molteplici evoluzioni interpretative, considerato anche il progressivo depotenziamento subito dal giudice ordinario tramite l'affermarsi del cd. riparto di giurisdizione sostanziale, cui si è prima fatto cenno.

Nonostante sicuramente la disciplina della disapplicazione sia radicata nell'art. 5 dell'all. E, si condivide comunque quella dottrina che afferma che essa consista, più che altro, in un principio generale dell'ordinamento¹⁸⁰.

La regola che si desume dal combinato disposto degli artt. 4 e 5, dunque, è che il giudice ordinario (con la locuzione "in questo caso" di cui all'art. 5) potrà applicare gli atti amministrativi solo se conformi alle leggi, ossia legittimi, senza tuttavia poterli revocare o modificare (cd. *cognitio incidenter tantum*). La tesi prevalente (anche giurisprudenziale) estende l'espressione della "conformità alle leggi" nel senso di ricomprendervi anche i regolamenti e non solo la legge in senso formale. E il rapporto controverso in cui viene disapplicato l'atto dovrà quindi essere definito a prescindere dall'atto in oggetto¹⁸¹. In sintesi, il potere

¹⁷⁷ GIANNINI M.S. – PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, 1970, 288 e ss.

¹⁷⁸ GUARINO G., *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, 357.

¹⁷⁹ CANNADA BARTOLI E., *La disapplicazione nel processo amministrativo, in Impugnazione e "disapplicazione" dei regolamenti (Atti del convegno di Roma, Palazzo Spada, 16 maggio 1997)*, Torino, 1998, 146.

¹⁸⁰ In tal senso, MORBIDELLI G., *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 678. Così anche CINTIOLI F., *Disapplicazione (dir. amm.)*, cit., 271, il quale individua tale principio generale anche nei recenti passi mossi dall'ordinamento positivo, ossia l'esplicita previsione all'art. 7 comma 5 d.lg. 31.12.1992 n. 546, del potere di disapplicazione del giudice tributario con riferimento a regolamenti ed agli atti amministrativi illegittimi.

¹⁸¹ CANNADA BARTOLI E., *Giustizia amministrativa* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. VII, Torino, 1991, 516.

incidentale di disapplicazione potrà essere impiegato in tutte quelle situazioni caratterizzate dal fatto che il privato invoca a fondamento del proprio comportamento o della propria pretesa un provvedimento amministrativo.

In ordine alla possibilità di disapplicare l'atto, se in origine le prime interpretazioni dell'art. 5 all'E avevano provato a svincolare la disapplicazione da una valutazione di legittimità da parte del giudice ordinario, è risultato poi in modo evidente che il presupposto della stessa consiste proprio in un accertamento della legittimità dell'atto quale antecedente logico-giuridico. Quanto alla tipologia di vaglio sulla legittimità, bisogna riconoscere che esso involge tutti i vizi, non ponendo la legge alcuna limitazione¹⁸² (in dottrina invece, è noto, alcuni hanno provato ad escludere nell'ambito della legittimità il sindacato sulle valutazioni discrezionali, ossia sull'eccesso di potere): è precluso, ovviamente, invece il sindacato sul merito amministrativo.

Ulteriore questione alquanto discussa, infine, è stata quella attinente alla determinazione del campo di azione del potere di disapplicazione. Come si vedrà tra poco anche alla luce delle pronunce giurisprudenziali succedutesi, la tesi prevalente – sia dottrinale che giurisprudenziale – ha ravveduto nello stesso un carattere generale, ravvisando la possibilità di un suo esercizio anche in capo al giudice penale. Secondo tale interpretazione, infatti, il potere di disapplicazione non risulterebbe quindi limitato alla violazione di un diritto soggettivo di cui all'art. 4, ma si riferirebbe all'intero ambito della giurisdizione del giudice ordinario¹⁸³ (così come individuata dall'art. 2, ma non solo).

Sul punto tuttavia, sarà necessario soffermarsi sul dibattito che concerne in

¹⁸² Non pare potersi rinvenire, infatti, nel nostro ordinamento una norma su cui fondare un eventuale limite alla disapplicazione nei casi di atti viziati da eccesso di potere. E sicuramente l'art. 113 Cost., che non distingue i vizi tra di loro, è prova di quanto appena detto. Così, PETRONE M., *Il sindacato del giudice penale, in Attività amministrativa e controllo penale*, cit., Milano, 2000, 152 e ss.; NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, cit., 198. Si è già detto come, piuttosto, sia preferibile individuare un limite alla disapplicazione – e in realtà ancor prima proprio al sindacato del giudice penale – in relazione all'eccesso di potere con riferimento alle singole fattispecie delittuose: tra i tanti, CONTENTO G., *Giudice penale e pubblica amministrazione*, cit., 117 e ss.

¹⁸³ Favorevoli a tale indirizzo, VERRIENTI L., *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione*, (voce), in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1991, 478; GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 79; TANDA P., *Attività amministrativa e sindacato del giudice penale*, Torino, 1999, 206 e ss.

particolare il giudice penale, al fine di stabilire quali siano i casi in cui egli possa utilizzare tale istituto. In ambito penale, si pone infatti - da un lato - il problema di comprendere quando il giudice debba solamente limitarsi a sindacare circa la presenza degli elementi della fattispecie, senza spingersi a disapplicare il provvedimento amministrativo. Dall'altro lato poi, esiste una seconda questione che attiene la possibilità di disapplicare il provvedimento solo *in bonam partem*, così come sosteneva un primo orientamento dottrinale¹⁸⁴, che svincolava la disapplicazione dai limiti individuati per il giudice civile e limitava il potere di disapplicazione ai soli casi di atti amministrativi che si ritenessero lesivi di un diritto soggettivo. Al contrario - secondo tale indirizzo - , non si sarebbe potuto disapplicare un atto *in malam partem*, con riferimento cioè ad un atto che avesse semplicemente rimosso un ostacolo all'esercizio di un diritto, ovvero addirittura lo avesse costituito.

Tuttavia, come si è già ampiamente evidenziato in precedenza, la problematica della disapplicazione da parte del giudice penale sta via via perdendo terreno: sia la dottrina che la giurisprudenza si sono spostate dal piano della disapplicazione al diverso piano – prettamente sostanziale e non processuale – del sindacato del giudice penale ai fini di verificare l'esistenza di uno dei requisiti del reato oggetto di accertamento. Come più volte ripetuto, allora gradualmente la disapplicazione è divenuta estranea a tale tipo di ragionamento, e

¹⁸⁴ In questo senso, GALLENCA G., *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale nel sistema della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1990, 386, il quale espressamente sostiene che “la disapplicazione non è utilizzabile al di fuori dei casi nei quali si verta in situazioni di diritto soggettivo che si assume violato in un atto amministrativo.” Addirittura, come conseguenza della riferibilità della disapplicazione ai soli diritti soggettivi, alcuna dottrina - in senso ancora più estremo - ha radicalmente escluso l'applicabilità dell'all. E alla materia penale. In questi termini si è espresso, infatti, COCCO G., *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, CUEC, 1996, 28 e ss.

Tale orientamento ha trovato seguito in giurisprudenza nella celebre cd. senza Giordano, che poi verrà meglio analizzata (la quale però - si deve già da ora ricordare - è stata smentita in queste sue posizioni dalle pronunce di legittimità successive), Cass., SSUU., 31.01.1987, in *Cass. pen.*, 1987, 2095, n. 1739. La Suprema Corte, infatti, in tale pronuncia affermava che “il controllo sulla legittimità dell'atto amministrativo è stato rigorosamente limitato dal legislatore ai soli atti incidenti negativamente sui diritti soggettivi ed alla specifica condizione che si tratti di accertamento incidentale, che lasci persistere gli effetti che l'atto medesimo è capace di produrre all'esterno del giudizio. Ne consegue, pertanto, che la normativa in questione non può trovare applicazione per quegli atti amministrativi che, lungi dal comportare lesione di un diritto soggettivo, rimuovono, invece, un ostacolo al loro libero esercizio (nulla osta, autorizzazioni) o addirittura li costituiscono (concessioni)”.

quindi molte volte è risultata essere stata solo erroneamente richiamata.

3 La disapplicazione quale criterio di risoluzione di conflitto tra norme nella gerarchia delle fonti: in particolare, il tentativo di considerare anche il provvedimento amministrativo come fonte del diritto.

Proseguendo con la disamina in via generale dell'istituto della disapplicazione, si intende far ora riferimento a quella teoria che ha voluto ricondurre quest'ultimo al criterio della risoluzione del conflitto tra norme. Alla luce di quanto esposto in ordine agli artt. 2, 4 e 5 della L. 2245/1865, si è evidenziato, infatti, come il giudice non possa applicare l'atto amministrativo non conforme alla legge nell'ambito della causa che egli deve decidere, bensì debba pronunciarsi *tamquam non esset*. Non gli è consentito di annullare, pertanto, ma solamente di disapplicare *incidenter tantum*, con efficacia limitata alle parti della controversia.

Si ritiene, tuttavia, che tale impianto normativo vada coordinato e reinterpretato sulla base del dettato costituzionale e dell'evoluzione della giustizia amministrativa.

Sembra opportuno, in effetti, far ora riferimento al sistema delle fonti del nostro ordinamento e riferire il concetto di disapplicazione al criterio gerarchico quale criterio di risoluzione tra norme.

Sembra, infatti, che in presenza di un'antinomia di norme giuridiche, i meccanismi di risoluzione siano diversi a seconda che si segua il criterio cronologico, gerarchico o di specialità. Secondo tale prospettiva, la disapplicazione sarebbe il meccanismo conseguente al principio della gerarchia delle fonti, in virtù del quale *lex superior derogat inferiori*. Così, la norma scaturente dalla fonte di grado superiore impedirebbe l'applicazione di quella inferiore. In buona sostanza, nei casi di conflitto tra norme il criterio cronologico – come noto – comporterebbe l'abrogazione, mentre dal criterio gerarchico

conseguirebbe la disapplicazione. In questo senso si sono espressi sia la giurisprudenza amministrativa¹⁸⁵, che parte della dottrina¹⁸⁶.

Addirittura, alcuni autori¹⁸⁷ considerano l'art. 5 della L. 2245/1865, sul presupposto che esso vada interpretato in modo difforme dall'originale significato, quale enunciato legislativo della risoluzione di un conflitto tra norme che si collocano su piani diversi della gerarchia delle fonti. Si tratterebbe di una sorta, così, di espressione di un principio generale, assimilabile all'art. 15 disp. prel. c.c.

‘E stato così affermato¹⁸⁸ che non si potrà più parlare di potere, ma di un vero e proprio dovere di disapplicazione. I riferimenti normativi tramite i quali giungere a simile conclusione ravvisabili nel nostro ordinamento secondo tale impostazione sarebbero infatti, l'art. 101, comma 2, Cost. (secondo cui i giudici sono soggetti soltanto alla legge), l'art. 4, comma 1, disp. prel. c.c. (secondo cui i regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni delle leggi) e – infine –

¹⁸⁵ In tal senso la giurisprudenza amministrativa si è consolidata nel ritenere che il giudice ordinario possa disapplicare qualsivoglia provvedimento amministrativo, anche non ritualmente impugnato, anche d'ufficio. Così, ad esempio, Cons. Stato, V, 19.9.1995, n. 1332, in *Foro amm.*, 1995, 1892; Cons. Stato, V, 24.7.1993, n. 779, in *Cons. Stato*, 1993, I, 1322; Cons. Stato, V, 26.2.1992, n. 154, in *Giur. it.*, 1993, III, 653 e ss., con nota di CANNADA BARTOLI E., *Disapplicazione d'ufficio di norma regolamentare illegittima*. In essa è affermato che “nel conflitto tra due norme di rango diverso non può darsi preminenza che a quella legislativa, di livello superiore, rispetto alla disposizione regolamentare. Questo in applicazione degli artt. 1, 3 e 4 delle disposizioni preliminari al codice civile e in ossequio ai principi generali sulla gerarchia delle fonti, per i quali non è consentito ad un regolamento di esecuzione dettare disposizioni in contrasto con quelle, di carattere superiore prevalente, contenute per la stessa materia in un provvedimento legislativo, a meno che in questo non vi sia un'espressa previsione di deroga. Inerisce al rapporto di sovra ordinazione di una fonte ad un'altra, l'idoneità dell'atto maggiore a determinare l'abrogazione delle norme di minor forza (oltre che di quelle di pari rango) che racchiudano precetti incompatibili. Per converso, ogni ordinamento non può non prevedere altresì un meccanismo invalidante delle norme di grado inferiore che sopraggiungano ed urtino contro precetti poziori dell'ordinamento medesimo. Per l'atto avente forza di legge il meccanismo, nel nostro ordinamento, è dato dall'invalidazione a seguito della pronuncia di incostituzionalità. Per l'atto normativo emanato dalla pubblica amministrazione il meccanismo è rappresentato, innanzi al giudice civile e penale, dalla disapplicazione dell'atto stesso, anche se le parti non convertano sul punto”.

¹⁸⁶ PIZZORUSSO A., *Fonti (sistema costituzionale delle)*, voce, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino, 1991, 419; MORBIDELLI G., *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 663 e ss.; MORBIDELLI G., *Impugnazione e “disapplicazione” dei regolamenti*, Torino, 1998, 25 e ss.; ZAGREBLESKY G., *Manuale di diritto costituzionale, I, Il sistema delle fonti*, Torino, 1987, 49 e ss.

¹⁸⁷ MIGLIORINI L., *Disapplicazione e inapplicabilità*, in *Impugnazione e “disapplicazione”*, cit., 236 e ss.; e ancora CARLASSARE L., *Regolamento (dir. cost.)*, cit., in *Enc. dir.*, XXXIX, 1988, 634.

¹⁸⁸ GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice*, cit., 89.

l'art. 5 della L. 2245/1865 (secondo cui le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi).

Sulla base di quanto evidenziato, emerge chiaramente tuttavia che così procedendo si ridurrebbe la disapplicazione da parte del giudice penale solo a tale procedimento, escludendo così la gran parte dei casi, ove invece tale potere concretamente sorge in capo al giudice penale con riferimento ai provvedimenti amministrativi e non ai regolamenti.

In effetti, il giudice molto più spesso trova ad occuparsi non tanto di regolamenti quali fonti secondarie del diritto, quanto invece di provvedimenti, che in quanto atti amministrativi individuali e concreti, solitamente vengono esclusi dal novero delle fonti normative.

Il problema, dunque, consiste allora nella scelta se – da un lato – ritenere la disapplicazione un meccanismo di risoluzione del conflitto tra norme secondo il criterio gerarchico solamente con riferimento ai regolamenti ovvero se – dall'altro – tentare di considerare anche i provvedimenti quali fonti del diritto, ossia fonti di norme individuali e concrete¹⁸⁹.

Il tentativo, quindi, effettuato da alcuni è stato quello di percorrere la seconda via, e ricondurre anche i provvedimenti amministrativi tra il novero delle fonti di produzione¹⁹⁰. Secondo tale percorso, mentre l'autonomia privata e la giurisprudenza non costituirebbero fonti del diritto, gli atti amministrativi potrebbero essere ritenuti tali perché non si limitano ad una mera applicazione del

¹⁸⁹ Questo è il tentativo effettuato dalla dottrina, tra cui si rinviene ad esempio GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice*, cit., 90. L'Autore ravvede uno spunto utile ai fini della propria impostazione nelle parole di Tarello, il quale annovera tra gli oggetti di interpretazione nel campo giuridico cd. "documenti che esprimono norme", tra i quali elenca, insieme alla Costituzione, alle leggi costituzionali, leggi ordinarie, leggi regionali e ai trattati internazionali, anche gli atti amministrativi. Così TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 101.

¹⁹⁰ Così sempre GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice*, cit., 90 e ss. Egli ripercorre infatti gli indirizzi teorico generali sulle fonti del diritto per fondare la propria convinzione. Tra coloro che ravvedono nel provvedimento amministrativo una fonte del diritto si veda, infatti, GUASTINI R., *Ordinamento giuridico* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, X, Padova, 1995, 432 secondo cui "gli atti amministrativi, in modo più evidente di quelli giurisdizionali, sono atti creativi di norme singolari, e non possono essere ridotti alla semplice esplicitazione già implicite in norme preesistenti"; o anche ALCHOURRON C.E. – BULYGIN E., *Norma giuridica*, in *Analisi e diritto, Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1997, 8 e ss.

diritto, avendo infatti la pubblica amministrazione un margine di cd. discrezionalità amministrativa. In tal modo, sia il provvedimento – definendolo come atto produttivo di diritto perché fonte di norme individuali – che il regolamento amministrativo potrebbero ricadere nell’ambito della disapplicazione da parte del giudice penale, intesa come potere scaturente dal criterio risolutivo di conflitto tra norme, e non più come mero potere.

2.3.1 (segue) disapplicazione e art. 101 Cost.

Procedendo secondo una prospettiva diversa, è possibile giungere alla stessa conclusione - che la disapplicazione consista in un dovere per il giudice ordinario più che in un potere - senza per forza seguire l’impostazione che riconduce il provvedimento amministrativo nell’alveo delle fonti di produzione (teoria che non appare difatti del tutto condivisibile, poiché risulta un po’ forzata). Il fondamento di questo diverso orientamento sarebbe ravvisabile nei principi costituzionali, e, *in primis*, nell’art. 101 Cost., che al comma 2 consacra il celebre principio per cui “i giudici sono soggetti soltanto alla legge”. L’avverbio “soltanto” porterebbe, infatti, nuovamente a far ritenere che l’articolo miri a risolvere il conflitto tra norme eterogenee quanto a rango gerarchico, obbligando così il giudice alla disapplicazione di tutti gli atti dell’esecutivo.

‘E stata infatti proposta una teoria da Guastini¹⁹¹ secondo cui il termine legge di cui all’art. 101 Cost., non sta a significare genericamente il diritto oggettivo come insieme di norme da qualunque fonte esse provengano, quanto solamente la legge formale (ed atti equiparati).

Il comma 2 dell’art. 101 Cost. andrebbe studiato anche in relazione al comma 1 dell’art. 101 Cost.: in effetti, viene stabilita una stretta connessione tra sovranità popolare e funzione giurisdizionale, creando un rapporto di subordinazione di

¹⁹¹ Tale teoria appartiene a Guastini, il quale afferma infatti che “i giudici sono soggetti alla legge formale, e ad essa sola. La soggezione alla legge comporta che il giudice non possa in alcun caso negare applicazione alla legge e agli atti a cui la legge fa rinvio. La soggezione alla ‘sola’ legge comporta inoltre che il giudice possa (e anzi debba) negare applicazione – non solo ad ogni atto incompatibile con la legge – ma anche ad ogni atto che non sia una legge stessa, o comunque un atto al quale la legge faccia rinvio: un atto, come tale, fondato sulla legge”. Così GUASTINI R., *Il giudice e la legge*, Torino, 1995, 55. In senso del tutto contrario, MODUGNO F., *Legge in generale* (voce), in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 874.

quest'ultima rispetto alla prima. L'art. 101 Cost., nel complesso dunque "va inteso nel senso che la funzione è giurisdizionale è strutturalmente subordinata a quella legislativa. Ciò, a sua volta, significa concretamente che ogni decisione giurisdizionale deve essere fondata sulla legge o conforme ad essa". Inoltre, secondo tale orientamento, combinando l'art. 101 Cost. con l'art. 113, comma 1, Cost. (secondo cui ogni atto della pubblica amministrazione è soggetto al controllo giurisdizionale di legalità), ne deriverebbe la conseguenza che i giudici devono disapplicare qualsiasi tipo di atto della pubblica amministrazione, che risulti in contrasto con la legge formale.

In buona sostanza, il principio consacrato da Guastini è quello definito di "stretta legalità nella giurisdizione"¹⁹², ricordando l'importanza dell'avverbio "soltanto" di cui all'art. 101, comma 2, Cost.

Tale teoria appare molto interessante e convincente. Essa, infatti, ricostruisce il procedimento di disapplicazione alla luce dell'assetto costituzionale successivo alla L. 2245/1865, e sottolinea l'importanza di ancorare l'interpretazione al parametro costituzionale di cui all'art. 101 Cost.

Deve riconoscersi, senza dubbio, che per un'esatta individuazione del sindacato del giudice penale, non può prescindersi dall'art. 101 Cost., che costituisce così il cardine su cui fondare i limiti del potere giurisdizionale in tema di legalità amministrativa.

Perciò, più che tentare di riportare anche i provvedimenti amministrativi nell'ambito delle fonti del diritto al fine di affermare che la disapplicazione consiste in un procedimento obbligato per il giudice che deve risolvere le antinomie normative secondo il principio gerarchico, sembra più opportuno coordinare il meccanismo della disapplicazione con l'art. 101 Cost., e ravvisare un generale principio di stretta di legalità di giurisdizione, con conseguente obbligo di disapplicazione di quegli atti amministrativi contrari alle leggi.

In conclusione, secondo tale orientamento, in tema di provvedimenti amministrativi "non si vuole che i giudici possono, a loro discrezione, negare applicazione agli atti della pubblica amministrazione. Si vuol dire, però, che i

¹⁹² GUASTINI R., *Il giudice e la legge*, cit., 120 e ss.

giudici non sono obbligati ad applicare sempre e comunque gli atti del potere esecutivo. Gli atti dell'esecutivo sono vincolanti del giudice se, e solo se, risultano formalmente fondati sulla legge e, al tempo stesso, materialmente conformi ad essa. (...) Come l'obbligo di applicare la legge implica l'obbligo di applicare anche gli atti cui la legge faccia rinvio, così l'obbligo di applicare solo la legge implica l'obbligo di negare applicazione ad ogni atto, diverso dalla legge, cui la legge non faccia rinvio. D'altro canto, l'obbligo di applicare solo la legge implica altresì l'obbligo di negare applicazione ad ogni atto che, sebbene formalmente fondato sulla legge, sia tuttavia materialmente incompatibile con la legge o difforme da essa. Come si vede, dal principio di (stretta) legalità nella giurisdizione consegue il principio di legalità nell'amministrazione: è invalido e pertanto soggetto a disapplicazione in sede giurisdizionale, ogni atto del potere esecutivo che non sia fondato sulla legge e conforme ad essa”¹⁹³.

4 *Disapplicazione e art. 2 c.p.p.*

Risulta opportuno ora brevemente riferire l'istituto della disapplicazione anche alla disciplina di cui agli artt. 2 e 479 del nostro codice di procedura penale, i quali regolano la cognizione del giudice penale e le questioni preliminari.

L'art. 2 c.p.p., infatti, prevede che “il giudice penale risolve ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito. La decisione del giudice penale che risolve incidentalmente una questione civile, amministrativa o penale non ha efficacia vincolante in nessun altro processo.” L'articolo, come noto, stabilisce il principio dell'autonomia del processo penale, estendendo la cognizione del giudice penale (benché in via incidentale e dunque senza efficacia di giudicato) a qualsiasi questione, ivi compreso quindi il controllo di legalità sull'atto amministrativo, e senza necessità – in linea di massima – di sospendere il processo¹⁹⁴.

¹⁹³ GUASTINI R., *Il giudice e la legge*, cit., 126.

¹⁹⁴ LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2007, 417 e ss. L'autore evidenzia anche compiutamente le differenze dell'attuale impianto processuale rispetto al precedente codice di

L'art. 479 c.p.p., tuttavia, prevede al primo comma il potere del giudice di sospendere il dibattimento “qualora la decisione sull'esistenza del reato dipenda dalla risoluzione di una controversia civile o amministrativa di particolare complessità, per la quale sia già in corso un procedimento presso il giudice competente” e inoltre “se la legge non pone limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa”. In ogni caso, la successiva pronuncia del giudice civile o amministrativo non risulta vincolante per il giudice penale, il quale potrà anche discostarsene liberamente, disapplicando quindi un atto amministrativo da lui ritenuto illegittimo nonostante quanto stabilito dal giudice amministrativo. In effetti, il nostro codice di procedura penale disciplina che la decisione del giudice civile abbia efficacia di giudicato nel processo penale per la sola ipotesi di cui all'art. 3 c.p.p., ossia di sospensione del processo per una questione sullo stato di famiglia o di cittadinanza¹⁹⁵.

Lo stesso atto amministrativo potrà essere, in sintesi, oggetto di cognizione sia da parte del giudice penale che di quello amministrativo: l'accertamento in sede penale avrà però carattere incidentale, per cui il giudice successivo ben potrà discostarsi dalla eventuale valutazione di legittimità ovvero di illegittimità dell'atto, pur dovendo comunque motivarne adeguatamente le ragioni. Inoltre, come noto, al giudice penale sarà consentito di utilizzare tutte le regole specifiche del processo penale, senza adeguarsi ai vincoli probatori e agli altri limiti imposti dai differenti processi¹⁹⁶.

In ultimo, si ricorda che l'efficacia incidentale delle questioni pregiudiziali

procedura penale del 1930. All'art. 20, infatti, stabiliva che il giudice penale dovesse rimettere le questioni pregiudiziali al giudice competente, quando la decisione sulla sussistenza del reato fosse dipesa dalla risoluzione di tale controversia e la stessa non fosse stata di facile risoluzione, e quando la legge non avesse posto limitazioni alla prova del diritto controverso. Inoltre, ai sensi dell'art. 21, la decisione del giudice civile o amministrativo vincolava il giudice penale una volta avesse acquisito autorità di cosa giudicata. Non era quindi consentito al giudice penale di disapplicare l'atto amministrativo ritenuto legittimo dal giudice amministrativo. Tuttavia la previsione di suddetta “pregiudiziale amministrativa” era ritenuta da larga parte della dottrina del tutto irragionevole. Così, MORBIDELLI G., *Il contributo dell'amministrazione alla riforme (e all'interpretazione) del reato di abuso d'ufficio*, in AAVV, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Milano, 2000, 31 e ss.

¹⁹⁵ CONSO G. – GREVI V., *Compendio di procedura penale*, Padova, 2010, 10 e ss.

¹⁹⁶ Si richiama qui l'art. 193 c.p.p. secondo cui: “nel processo penale non si osservano i limiti di prova stabiliti dalle leggi civili eccettuati quelli che riguardano lo stato di famiglia e di cittadinanza”.

civili e amministrative decise nel processo penale per alcuna dottrina¹⁹⁷ si porrebbe in violazione del principio della cd. unità di giurisdizione, a favore invece della separazione delle giurisdizioni.

Sembra però – sulla base di quanto evidenziato nel precedente capitolo – che è proprio in nome del principio di separazione della giurisdizioni che al giudice sarebbe precluso di conoscere l’attività amministrativa; ed è invece in nome di una tendenziale unità che al giudice, eccezionalmente, sarebbe consentito invece di occuparsi anche dell’attività amministrativa, al fine di accertare la commissione di reati.

L’art. 2 c.p.p., più che contrario all’unità di giurisdizione, appare quindi volto a consentire l’applicazione della legge penale, in ossequio all’art. 101 Cost., secondo il quale - come già visto - il giudice è soggetto “soltanto alla legge”¹⁹⁸.

5 Il potere di disapplicazione con riferimento ai reati urbanistici.

In materia penale, si è visto, l’istituto della disapplicazione ha trovato nel tempo sempre minore applicazione, essendo stata ridotta – sia in dottrina che in giurisprudenza - la sua portata anche a seguito della rivendicazione dell’autonomia del diverso concetto del sindacato del giudice penale.

Al fine di comprendere allora se - ed in che modo - il potere di disapplicazione possa dispiegarsi da parte del giudice penale, si vuole ora prendere in esame la materia dei reati urbanistici, nella quale il tema di disapplicazione ha assunto sempre notevole rilievo. Appare utile, dunque, evidenziare le posizioni assunte dalla giurisprudenza che si è espressa sull’argomento. In particolare, ai sensi dell’art. 44 t.u. edilizia (d.p.r. 380/2001) -

¹⁹⁷ TERUSSI F., *Questioni incidentali* (voce), in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995, 596; anche GIARDA A., *Art. 2* (sub), in GIARDA A – SPANGLER G., *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2004, 44.

¹⁹⁸ Il principio costituzionale di soggezione del giudice solo alla legge risulterebbe così prevalente rispetto all’unità di giurisdizione. Così, GAMBARDILLA M., *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 105.

ovvero l'ex art. 20 L. 47/1985¹⁹⁹ - la questione ha riguarda le ipotesi di costruzioni edilizie che avvengano sulla base di un permesso di costruire - o, in precedenza, di una concessione edilizia - illegittimo.

Un iniziale orientamento della giurisprudenza²⁰⁰ (in realtà di stampo principalmente pretorile), riteneva che il giudice penale – attraverso appunto la disapplicazione – dovesse equiparare la concessione illegittima alla mancanza della stessa. Infatti, al fine dell'accertamento del reato, il giudice ben poteva disapplicare la concessione ai sensi degli artt. 4 e 5 dell'all. E, qualora lo avesse ritenuto illegittimo. Allo stesso modo si esprimeva parte della dottrina, che concordava con l'equiparazione tra permesso di costruire illegittimo e quello inesistente. In questo senso, pertanto, è parso anche che la disapplicazione operasse nel sistema in via generale, nel senso che potesse intervenire sia *pro reo* che *contra reum*, con la conseguenza che la “realizzazione in assenza di concessione di opere edilizie urbanisticamente rilevanti si ha per ciò che riguarda l'elemento oggettivo, sia in assenza di concessione sia in presenza di una concessione illegittima”²⁰¹.

Si deve rilevare, in effetti, che tale ricostruzione affonda le proprie radici nel fatto che la contravvenzione che era contemplata all'art. 20 lett. a) - ed ora è

¹⁹⁹ L'art. 44 (e il precedente art. 20 praticamente identico) stabilisce: “salvo che il fatto costituisca più grave reato, e ferme le sanzioni amministrative, si applica: a) l'ammenda fino a 20.658 euro per l'inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità esecutive previste dalla presente legge, dalla legge 17 agosto 1942 n. 1150 e successive modificazioni e integrazioni, in quanto applicabili, nonché dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dal permesso di costruire (prima concessione edilizia); b) l'arresto fino a due anni e l'ammenda da 30.328 a 103.290 nei casi di esecuzione dei lavori in totale difformità o assenza del permesso di costruire (prima concessione) o di prosecuzione degli stessi nonostante l'ordine di sospensione; c) l'arresto fino a due anni e l'ammenda da 30.986 a 103.290 euro nel caso di lottizzazione abusiva di terreni a scopo edilizio, come previsto dal primo comma dell'art. 18. La stessa pena si applica anche nel caso di interventi edilizi nelle zone sottoposte a vincolo storico, artistico, archeologico, paesistico, ambientale, in variazione essenziale, in totale difformità o in assenza del permesso di costruire (prima concessione)”. In ordine alla disciplina del T.U. dell'edilizia, e ai problemi di diritto intertemporale in riferimento alla modifica della disciplina (in realtà come si è visto rimasta sostanzialmente identica), AMBROSETTI E.M., *Il t.u. sull'edilizia: profili di diritto penale*, in *Riv. amm. reg. Veneto*, 82 e ss.

²⁰⁰ Un'utile ricostruzione di tale orientamento è effettuata da TANDA P., *Giudice penale e disapplicazione*, in *Cass. pen.*, 1998, 2955 e ss.; BRESCIANO M. – PADALINO MORICHINI A., *I reati urbanistici*, Milano, 2000, 394 e ss. Così Cass., VI, 13.5.1980, in *Cass. pen.*, 1981, 1633; Cass., III, 23.4.1981, in *Cass. pen.*, 1982, 1617; Cass., III, 23.3.1981, in *Cass. pen.*, 1982, 1624.

²⁰¹ MARINI G., *Urbanistica (Reati in materia di)*, voce, in *Dig. disc. pen.*, XV, Torino, 1999, 98.

prevista all'art. 44 lett a) - appresta una sanzione troppo blanda (l'ammenda fino a 20.658 euro); essa, oltretutto, è soggetta ad oblazione ai sensi dell'art. 162 c.p. (oblazione, tra l'altro, cd. obbligatoria). Tramite l'equiparazione tra atto inesistente ed atto illegittimo disapplicato, si riconduceva invece l'ipotesi alla totale mancanza di concessione (oggi permesso), ricadendo invero nella fattispecie di cui all'art. 44 lett. b) , la cui pena è nettamente superiore, ossia alternativamente l'arresto fino a due anni o l'ammenda da 10.328 a 103.290 euro.

Sembra evidente, quindi, che la disciplina di cui all'art. 44 è complessivamente inadeguata sul piano sanzionatorio (in particolare la lett. a)), trattandosi oltretutto di ipotesi contravvenzionali, rispetto alla gravità delle offese continuamente perpetrate al territorio.

Ciò non basta, tuttavia, per consentire la forzatura secondo cui in primo luogo si dovrebbe disapplicare, e poi considerare successivamente inesistente l'atto: si ritiene infatti che dovrebbe essere il Legislatore a porre rimedio ai limiti del nostro ordinamento penale, predisponendo un sistema con sanzioni efficaci.

Tra l'altro, non si deve dimenticare anche che l'art. 20 (come pure l'attuale art. 44 t.u. dell'edilizia) conteneva una clausola di riserva: è chiaro così che il giudice penale potrà reprimere l'abusivismo edilizio tramite anche altre fattispecie criminose. I casi più gravi di abusivismo edilizio potranno, infatti, integrare altri reati, quali le fattispecie di abuso d'ufficio o di corruzione. L'illegittimità del permesso di costruire potrà eventualmente dunque essere elemento costitutivo di altri delitti ben più gravi²⁰², con una conseguente diversa risposta sanzionatoria.

‘E anche per questo che è stato criticato aspramente da alcuni il teorema secondo cui la concessione illegittima equivalesse sempre alla mancanza della stessa: oltre a sembrare forzato, e in violazione dei principi cardine del nostro sistema, esso rischiava anche di sanzionare i casi meno gravi, in cui il privato non fosse a conoscenza dell'illegittimità della concessione e facesse affidamento sulla legittimità dell'atto amministrativo²⁰³.

²⁰² MILONE M., *Il mancato intervento delle sezioni unite penali della cassazione sul grave problema, ancora aperto, della sindacabilità dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario*, in *Riv. giur. ed.* 1995, 985.

²⁰³ ALBAMONTE A., *Sistema penale ed ambiente*, Padova, 1989, 371 e ss.

Un diverso orientamento della giurisprudenza, successivo, ha espresso quindi l'opinione che il rilascio della concessione – anche se illegittima – precluderebbe la legittimità del citato reato, poiché il giudice penale dovrebbe verificare esclusivamente l'esistenza dell'atto sulla base dell'esteriorità formale e della sua provenienza dall'organo legittimato ad emetterlo. 'E' stato, di conseguenza, precisato che il reato sarebbe configurato solo quando esso non sia riferibile oggettivamente al lecito giuridico, oltre al quale non sarebbe dato operare, ossia quando l'atto possa ritenersi inesistente dal punto di vista giuridico, perché emesso da un soggetto in carenza assoluta di potere ovvero quando esso sia il frutto di un'attività criminosa dell'agente che lo rilascia o del privato che lo consegue²⁰⁴.

Anche questa seconda interpretazione non è andata esente da critiche dottrinali, poiché l'applicazione della norma ai casi in cui il provvedimento sia frutto di attività criminosa finirebbe per essere una violazione della norma stessa, modificandone la portata²⁰⁵. Oltretutto, l'equiparazione tra mancanza di concessione e concessione giuridicamente inesistente consisterebbe in un'operazione analogica, in quanto tale non ammessa²⁰⁶.

Sull'argomento è poi intervenuta, quindi, la celebre sentenza cd. Giordano, già sopra richiamata²⁰⁷. L'importanza della pronuncia riguarda la ricostruzione

²⁰⁴ In questo senso, Cass., III, 15.3.1982, in *Cass. pen.*, 1983, 1856; Cass., VI, 7.12.1984, in *CED Cass.* 167334; Cass., III, 10.1.1984, in *CED Cass.* 163038.

²⁰⁵ PULITANO' D., *La formulazione delle fattispecie di reato: oggetti e tecniche*, in AAVV, *Beni e tecniche della tutela penale*, 1987, 44 e ss.

²⁰⁶ Dal punto di vista comparatistico, pare utile richiamare l'istituto tedesco dell'abuso del diritto (*Rechtsmißbrauch*). Esso è ravvisabile quando la autorizzazione amministrativa sia stata ottenuta con l'inganno, minacci, corruzione o collusione con l'agente pubblico. Si tratta – in questi casi – di atto inesistente, il quale non produce effetti e la cui nullità è rilevabile anche d'ufficio. In Germania, tuttavia, simile costruzione – inizialmente priva di un appiglio legislativo – è stata nel 1994 espressamente prevista nel codice penale (§330d. n. 5 StGB), ove è stata appunto equiparata l'attività effettuata senza autorizzazione o altri permessi a quella ottenuta con il suddetto "abuso del diritto". Si è inteso richiamare la disciplina tedesca al fine di comprendere come a sostegno dell'indirizzo giurisprudenziale appena enucleato non possa essere addotto il dato comparatistico: in effetti, il fatto che in Germania sia avvenuta una tipizzazione ed in Italia no, esclude tale ragionamento, che porterebbe esclusivamente ad una analogia *in malam partem*. Per i riferimenti a tale argomento, si vedano, AZZALI G., *La tutela penale dell'ambiente*, Padova, 2001, 55 e ss.; COCCO G., *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, CUEC, 1996, 320 e ss.; CATENACCI M. – HEINE G., *La tensione tra diritto penale e diritto amministrativo nel sistema tedesco di tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 932.

²⁰⁷ Cass., SSUU, 31.1.1987, in *Cass. pen.*, 1987, 1711, con nota di VIGNALE L., *Concessione*

degli artt. 4 e 5 dell'all. E come norme tra loro complementari, che implicano un controllo di legittimità da parte del giudice penale di tipo incidentale e limitato esclusivamente agli atti amministrativi illegittimi che incidano sui diritti soggettivi. Seguendo tale ragionamento, ne consegue che non possono essere disapplicati quegli atti che non solo non ledono diritti soggettivi, ma addirittura rimuovono un ostacolo ad un loro libero esercizio²⁰⁸: così accade, appunto, per i nulla osta, i permessi o le autorizzazioni che consentono l'esercizio di un diritto o ancor più - per le concessioni - lo costituiscono, ampliando la sfera giuridica soggettiva. In particolare, si afferma che il reato di costruzione edilizia senza concessione tutela una funzione, ossia il controllo della gestione del territorio da parte della pubblica amministrazione²⁰⁹. La sentenza in oggetto, dunque, in queste ipotesi limita la conoscibilità dell'atto illegittimo ai casi in cui sia la stessa fattispecie penale a consentirlo²¹⁰, e non ai fini di una disapplicazione.

Secondo la pronuncia richiamata, dunque, le uniche ipotesi in cui sarebbe ammissibile la disapplicazione sono quelle in cui sia appunto la norma a richiamare la legittimità dell'atto (ad esempio l'art. 650 c.p.) e quelle in cui l'illegittimità dell'atto si presenti – anche solo implicitamente – come elemento essenziale della fattispecie criminosa, da accertare in via interpretativa alla luce del bene giuridico tutelato.

Le successive sentenze di legittimità non hanno, però, accolto i rilievi

illegittima e contravvenzioni urbanistiche: un cerchio sempre più difficile da quadrare; e in Cass. pen., 1987, 2095, con nota di ALBAMONTE A., *La rilevanza penale dell'illegittimità della concessione edilizia alla luce della l. 28 febbraio 1985, n. 47*. Si evidenzia come la ricostruzione effettuata dalle Sezioni Unite fosse poco prima già stata proposta dalla sezione III della Cassazione, in Cass., III, 13.3.1985, in *Foro it.*, 1986, 84 e ss., con nota di FORNASARI G., *Sulla rilevanza penale delle costruzioni edilizie realizzate in base ad atti concessori illegittimi*. In essa già si affermava infatti che il controllo del giudice penale dovesse restare “rigorosamente confinato agli atti incidenti negativamente su diritti soggettivi, e sempre che si tratti di accertamento incidentale, che lasci persistere gli effetti di cui l'atto è capace all'esterno del giudizio”.

²⁰⁸ In dottrina si sono espressi in questo senso, MILONE M., *Sulla sindacabilità dell'atto amministrativo*, cit., 411 e ss.

²⁰⁹ Criticamente, sul punto, PETRONE M., *Attività amministrativa e controllo penale*, cit., 462 e ss.

²¹⁰ La fattispecie penale, poi, può consentire un sindacato sull'atto o tramite una formulazione espressa (si pensi al celebre art. 650 c.p. nel quale si rinviene che il provvedimento deve essere stato “legalmente dato”) ovvero anche tramite un'interpretazione secondo la quale – pur non essendo esplicitamente richiesta – la necessaria legittimità dell'atto si ricavi da una lettura della norma fondata sulla natura del bene tutelato.

effettuati nella sentenza cd. Giordano²¹¹. In effetti, muovendo anche dallo studio storico dell'istituto della disapplicazione, è stato rilevato che l'all. E della L. 2245/1865 non si fonda certo sulla tutela dei diritti soggettivi, quanto invece sulla delimitazione dei poteri statali, senza distinguere - all'art. 5 - quali atti siano soggetti ad un controllo e quali ne siano invece esenti. Insomma, non avrebbe fondamento normativo l'assunto secondo cui la disapplicazione dovrebbe avvenire nelle sole ipotesi di violazione di diritti soggettivi.

Il perdurante dibattito giurisprudenziale sul tema ha imposto, allora, un nuovo intervento, a pochi anni di distanza, delle Sezioni Unite²¹². Esse si sono distanziate diametralmente dalla precedente sentenza cd. Giordano. La pronuncia, cd. Borgia, ha focalizzato l'attenzione su quella che era, al tempo, la lett. a) dell'art. 20²¹³, affermando che il giudice penale ha il compito di accertare se sia stata compiuta la condotta tipica di cui alla norma, tramite il confronto tra ipotesi di fatto (l'opera realizzata) e fattispecie astratta (parametro normativo complesso, costituito dall'art. 20 lett. a), strumenti normativi urbanistici, regolamento edilizio e la concessione edilizia).

Le Sezioni Unite del 1993 non hanno affrontato l'argomento in via generale, ma si sono soffermate – come appena detto – sulla sola lett. a) dell'art. 20. Tuttavia, sembra implicito che, spostando l'attenzione dalle lett. a) e b) alla lett. c) dell'art. 20, esse abbiano negato quel precedente meccanismo sopra descritto che - tramite la disapplicazione - portava ad un'equiparazione della concessione illegittima alla totale mancanza della stessa.

Il risultato raggiunto dalla sentenza cd. Borgia è pertanto molto importante non solo perché essa ha corretto le distorsioni della precedente giurisprudenza che equiparava appunto la concessione illegittima a quella mancante, ma anche

²¹¹ Ci si riferisce ora alla cd. sentenza Bisceglia, Cass., III, 9.1.1989, in *Cass. pen.*, 1990, 135; o anche a Cass., III, 24.6.1992, in *Cass. pen.*, 1993, 2078.

²¹² Cass., SSUU, 12.11.1993, in *Cass. pen.*, 1994, 901, con nota di MENDOZA R., *Le sezioni unite affermano la rilevanza penale della concessione edilizia emessa in difformità della normativa urbanistica e dalle previsioni di piano*.

²¹³ Mentre infatti alla lett. b) e c) dell'art. 20 erano comminate quelle ipotesi di opere in assenza di concessione, in totale difformità o in variazione essenziale, alla lett. a) il precetto si presentava secondo alcuni come norma penale in bianco, perché completata da dati prescrittivi, tecnici e provvedimenti di tipo extrapenale.

perché ha negato la costruzione della sentenza cd. Giordano, che sottraeva le norme incriminatrici in questione alla disapplicazione, limitata ai soli diritti soggettivi.

Essa, invece, ha utilizzato la prospettiva diversa secondo la quale nel caso di specie l'attività del giudice dovrà limitarsi all'accertamento della sussistenza della condotta tipica, e non giungere alla disapplicazione. La Corte sanciva così un sostanziale “superamento della precedente ottica fondata sulla disapplicazione della concessione edilizia illegittima, incentrando ogni discussione sull'interesse sostanziale protetto dalla contravvenzione e sul potere di accertamento del giudice in base ai presupposti ed agli elementi costitutivi della fattispecie penale in relazione alla espressa previsione normativa di procedere ad un'identificazione in concreto della fattispecie sanzionata”²¹⁴. La tesi che in questo modo viene abbracciata parte dal presupposto di prescindere completamente dalla disapplicazione, senza indagare sui limiti della stessa.

La decisione è stata peraltro poi seguita da altre sentenze conformi a tale impostazione, le quali si sono appunto uniformate al principio secondo cui alla base della concessione edilizia illegittima vi è da parte del giudice “un potere accertativo di detto magistrato dinanzi ad un atto amministrativo che costituisce presupposto o elemento costitutivo di un reato. In tale ipotesi l'esame deve riguardare non l'esistenza ontologica dello stesso, ma l'integrazione o meno della fattispecie penale in vista dell'interesse sostanziale che tale fattispecie assume a tutela (nella specie l'interesse sostanziale alla tutela del territorio)”²¹⁵. La sentenza cd. Borgia, e quelle successive ad essa conformi, hanno così individuato il bene

²¹⁴ In questi termini, Cass., III, 12.5.1995, in *Cass. pen.*, 1997, 3143, con nota di MICHELI P., *Giudice penale e concessione edilizia illegittima*.

²¹⁵ Queste le parole utilizzate in Cass., III, 12.5.1995, cit. In essa, la Corte continua, così, affermando che “la disapplicazione della concessione edilizia illegittima non sussiste, trattandosi di accertare l'integrazione della fattispecie penale alla luce dell'interesse sostanziale protetto, rinvenibile nella tutela dell'assetto del territorio in conformità alla normazione urbanistica, attraverso il controllo della legittimità di un atto amministrativo che costituisce un elemento costitutivo o il presupposto del reato”. Ma allo stesso modo anche Cass., 4.4.1995, in *Foro it.*, 1996, II, 449 e ss., con nota di BELFIORE E., *Concessione edilizia illegittima e reato di costruzione abusiva: una questione ancora irrisolta*; Cass., III, 14.7.1994, in *Riv. giur. edil.*, 1995, 954, con nota di ZUCCA E., *Oltre le sezioni unite 12 novembre 1993 (Borgia). Incertezze e coerenza della cassazione*. Sul tema, con riferimento al carattere sostanziale dell'interesse urbanistico, anche VIPIANA P.M., *Il dibattito giurisprudenziale sulla disapplicazione delle concessioni edilizie*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1998, 12, 1545.

giuridico tutelato della norma nel territorio, inteso in senso sostanziale: tale orientamento è stato denominato anche di tipo “sostanzialistico”, per opporlo alla concezione che ravvedeva il territorio come interesse tutelato in via funzionale²¹⁶. L'orientamento contrario alla disapplicazione espresso nella pronuncia ha trovato seguito anche in sentenze più recenti che ad essa si sono allineate²¹⁷.

Tuttavia, si registra anche giurisprudenza successiva che invece in materia di reati urbanistici ha fatto riferimento alla disapplicazione, ammettendola dunque

²¹⁶ La sentenza cd. Borgia, infatti, fonda le proprie convinzioni prima di tutto tramite l'individuazione del bene giuridico tutelato, ossia il territorio: “bene esposto a pregiudizio da ogni condotta che produca alterazioni in danno del benessere complessivo della collettività e delle sue attività, ed il cui parametro di legalità è dato dalla disciplina degli strumenti urbanistici e dalla normativa vigente.” In buona sostanza, l'interesse tutelato è stato descritto come il territorio in senso sostanziale e non come strumentale al controllo e alla disciplina del territorio, come invece era affermato dalla giurisprudenza prevalente. Simile tesi della Cassazione – abbracciata da alcune diverse pronunce anche successive – che si fonda completamente sulla diversa ricostruzione del bene giuridico è stata criticata da alcuna dottrina per aver tralasciato l'importante aspetto della tipicità del fatto umano, quale descritto dalla legge incriminatrice. Tale letteratura ha accusato la Cassazione e la diversa dottrina ad essa conforme di aver usato il bene giuridico quale una specie di “cavallo di Troia”, proprio per superare l'ostacolo della tipicità. Attraverso l'interpretazione estensiva alla luce del bene tutelato, sostanzialmente la concessione (permesso) verrebbe intesa quale concessione illegittima. In pratica, si perviene ad affermare che il legislatore, usando l'espressione concessione, è incorso in una incompletezza letterale che andrebbe superata in via interpretativa. “Ne consegue che in presenza di concessione illegittima sussiste il reato di costruzione abusiva”. In questo senso si è espresso PETRONE M., *Attività amministrativa e controllo penale*, cit., 460. In buona sostanza, quindi, il bene giuridico consentirebbe di selezionare i comportamenti vietati restringendo il campo semantico rispetto al dato letterale, per escludere in questo modo le condotte inoffensive. In conclusione la dottrina e la giurisprudenza sostenitrici di tale interpretazione “sostanzialistica”, non considererebbero per alcuni che le fattispecie di cui all'art. 20 lett. b) e c) contemplano in realtà condotte delineate – costituite da un'opera edilizia in variazione, totale difformità o assenza della concessione – sotto le quali dovrebbe secondo il principio di tipicità, essere sussunta la condotta concreta possa in essere dall'agente. Nel medesimo senso, criticamente si sono espressi anche BELFIORE E., *Concessione edilizia illegittima e reato di costruzione abusiva: una questione ancora irrisolta*, cit., 503; STRANO LIGATO S., *I reati in materia urbanistica*, in CONTI L. (a cura di), *Il diritto penale dell'impresa*, Padova, 2001, 854 e ss. secondo cui è assolutamente scorretto e strumentale simile procedimento ermeneutico tramite cui si rilegge la contravvenzione, forzandone i dati testuali e il tenore letterale; e GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice penale*, cit., 130 e ss.

²¹⁷ Successivamente, in senso conforme alla sentenza cd. Borgia, sono intervenute anche Cass., III, 21.6.2006, n. 21487, secondo cui “Il giudice penale, allorché accerta profili di illegittimità sostanziale del titolo abilitativo edilizio, procede ad un'identificazione in concreto della fattispecie sanzionata e non pone in essere alcuna “disapplicazione” riconducibile all'enunciato della L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, art. 5”; Cass., III, 12.12.2006, n. 40425; Cass., IV, 17.2.2003, n. 23255, in cui è stato ribadito che qualora venga realizzata un'opera sulla base di una concessione illegittima, l'esame del giudice penale ha ad oggetto l'integrazione della fattispecie di reato, e in questa operazione il sindacato di legittimità ha carattere incidentale, senza che si debba procedere alla disapplicazione dell'atto stesso; oppure anche Cass., III, 18.12.2002, n. 1664; e, dello stesso avviso, si vedano Cass., VI, 23.8.1994, n. 2112; Cass., VI, 18.3.1998, n. 3396, in *Cass. pen.*, 1999, 2890. Infine, conforme anche Cass., SSUU, 28.11.2001, cd. sentenza Solvini, in *Cass. pen.*, 2002, 2017, con nota di GAMBARDELLA M., *Lottizzazione abusiva e disapplicazione dell'autorizzazione amministrativa*.

anche in *malam partem*. Un'impostazione di tipo più rigido ravvede sempre la possibilità di disapplicare la concessione, con conseguente integrazione del reato per qualsiasi vizio di legittimità della stessa, compreso l'eccesso di potere per sviamento. Altre sentenze, invece, hanno provato a circoscrivere la disapplicazione ai vizi più rilevanti, onde evitare effetti troppo negativi in capo al privato: esse così hanno collegato il potere di disapplicazione alle sole violazioni cd. "macroscopiche" o "palesi"²¹⁸.

La materia dei reati urbanistici, dunque, e in particolare l'attuale art. 44 t.u. edilizia, presenta notevole rilievo ed è stata oggetto di particolare dibattito, poiché essa concentra al suo interno – dal punto di vista penalistico – una molteplicità di problematiche diverse: *in primis*, va ricordato che essa da alcuni è tuttora considerata una cd. norma penale in bianco, con il conseguente noto rischio della violazione del principio di tassatività ai sensi dell'art. 25, comma 2, Cost.; in secondo luogo, poi, essa - includendo all'interno della fattispecie un provvedimento amministrativo - involge appunto l'annoso problema della disapplicazione, in particolare di quella *in malam partem*.

In realtà, le argomentazioni proposte dalla cd. sentenza Borgia sembrano molto interessanti perché si inseriscono nel più ampio tema del sindacato del giudice penale, analizzato in via complessiva. Come evidenziato sin dal primo capitolo, appare nel caso preso in esame quell'inversione di tendenza che si è registrata in tutta la materia: si ricorda, infatti, che mentre la tematica inizialmente finiva per esaurirsi solamente nella possibilità da parte del giudice penale di disapplicare l'atto amministrativo, in seguito la dottrina sapientemente ha ritenuto riduttivo tale orientamento dato che nella maggior parte dei casi il compito del giudice non era quello di disapplicare l'atto ma restava quello di verificarne la legittimità ai fini dell'accertamento del reato. 'E in questa ipotesi, quindi, che la sentenza cd. Borgia e tendenzialmente le successive pronunce giurisprudenziali hanno ricondotto anche il caso della concessione edilizia (poi permesso di costruire) illegittima²¹⁹.

²¹⁸ Così Cass., III, 28.6.2000, n. 10960, in *Cass. pen.*, 2001, 3515; Cass., III, 12.6.1996, n. 7310, in *Cass. pen.*, 1997, 1858.

²¹⁹ Merita un cenno, invece, il diverso trattamento riservato per la cd. lottizzazione abusiva

2.5.1 (segue) bene giuridico tutelato o funzione di controllo?

Si è appena detto che la giurisprudenza prevalente ha inteso dare un'interpretazione cd. "sostanzialista" al bene giuridico tutelato dalla norma di cui all'art. 44 t.u.

In particolare, appare ora opportuno focalizzare l'attenzione sulle opinioni espresse dalla dottrina in ordine al bene giuridico tutelato. Il dibattito ha riguardato, infatti, l'indagine in tema di bene giuridico tutelato nell'ambito dei casi – come quello in esame – in cui il provvedimento amministrativo costituisce il presupposto negativo della condotta. In simili situazioni, si è tentato di comprendere se le norme tutelino veramente un bene giuridico in particolare, ovvero se vogliano proteggere piuttosto una "funzione" della pubblica amministrazione di importante rilievo, quale appunto l'ambiente o l'urbanistica²²⁰. Sul punto, pertanto, si sono succedute interpretazioni dottrinali, le quali hanno proposto diverse soluzioni sul tema.

A differenza delle elaborazioni più risalenti²²¹ che affermavano che il cd. diritto penale amministrativo fosse costituito da norme a struttura meramente sanzionatoria, prive di tutela di beni giuridici, ma caratterizzate dal solo omesso

(essa era prevista all'art. 18 L. 47/1985 ed oggi riprodotta all'art. 30 t.u. edilizia). Essa infatti è integrata sia quanto vengano iniziate opere di trasformazione urbanistica od edilizia di terreni "in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici" sia quando "non vi sia la prescritta autorizzazione". In presenza di un rilascio di un'autorizzazione illegittima, non si pone dunque la questione della disapplicazione in *malam partem* del provvedimento, quando l'illegittimità dello stesso dipenda dalla non conformità agli strumenti urbanistici. Il fatto è già tipico alla stregua di una delle modalità alternative di realizzazione della fattispecie: la violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici. Sul punto, in particolare la dottrina esclude che in relazione alla lottizzazione abusiva si ponga un problema di disapplicazione. Inoltre, si ritiene che vi sia anche una diversità di bene giuridico rispetto all'art. 44 t.u. edilizia, come conseguenza della differente tecnica di tipizzazione legislativa: esso proteggerebbe l'interesse sostanziale della tutela del territorio. Le sezioni unite sono intervenute con riferimento alla fattispecie affermando che il reato è a consumazione alternativa, potendo realizzarsi sia per il difetto di autorizzazione sia per il contrasto con le prescrizioni della legge o degli strumenti urbanistici. Con la conseguenza che l'illecito penale può configurarsi indipendentemente dalla circostanza che la lottizzazione sia o meno autorizzata; infatti, quando il giudice, in presenza di un'autorizzazione rilasciata in contrasto con le previsioni di legge o di piano, ravvisa l'esistenza del reato non opera una disapplicazione del provvedimento amministrativo ma si limita ad accertare la conformità del fatto storico alla fattispecie legale. Si veda, ad esempio, CORLETTO D., *Opere abusive (Edilizia e urbanistica)*, voce, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 337 e ss.

²²⁰ GIUNTA F., *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1097 e ss.

²²¹ Su tale teoria, si veda per tutti CATENACCI M., *La tutela penale dell'ambiente*, Padova, 1996, 61 e ss.

sostegno alla amministrazione statale, un primo orientamento ha voluto ancorare al bene giuridico tutelato le norme penali in cui il provvedimento amministrativo è presupposto negativo della condotta: nei reati edilizi, così, esso non si è limitato a ravvisare un interesse di governo del territorio da parte dello Stato, ma ha individuato anche il bene nell'ordinato assetto del territorio²²². Al di là della mera funzione di controllo e garanzia, quindi, la norma incriminatrice tutelerebbe anche dei veri e propri beni in senso sostanziale. Tale orientamento sarebbe, d'altra parte, conforme alle interpretazioni costituzionalmente orientate della fattispecie penale ed al principio di offensività, secondo cui il limite alla potestà punitiva dovrebbe essere identificato con la tutela di beni giuridici empirico - fattuali. In materia ambientale, pertanto, tutte le condotte sanzionate per il loro verificarsi in assenza di un'autorizzazione non troverebbero il loro fondamento nella mera disobbedienza al precetto, ma nell'idoneità offensiva della condotta stessa. L'esercizio non autorizzato di attività pericolose, così, sarebbe ancorato ad un vero disvalore della condotta, per la presunta esposizione al pericolo di quei beni giuridici di solito accompagnati a tali attività, con conseguente necessità di un controllo preventivo²²³. Insomma, secondo tale ragionamento, si potrebbe parlare della sola tutela di funzioni per quei casi residuali in cui il controllo della pubblica amministrazione si estende fino a ricomprendere condotte meramente prodrome a ciò che è idoneo a provocare un certo evento dannoso o pericoloso.

Un secondo successivo orientamento²²⁴, poi, pur ritenendo che il reato

²²² Secondo tale costruzione ermeneuticamente orientata nel senso di tutela del bene giuridico del territorio, è evidente che allora il concetto di atto amministrativo dovrà necessariamente ricomprendere al suo interno, anche ove non specificato, il requisito della legittimità. Quando esso infatti sia presente ma non sia legittimo comunque si verificherebbe una lesione ovvero una messa in pericolo dell'interesse territoriale. Sostenitori di tale orientamento sono PETRONE M., *La disapplicazione dell'atto amministrativo: aspetti penali*, cit., 84 e ss.; PETRONE M., *Attività amministrativa e controllo penale*, cit., 16 e ss.; in senso contrario, invece, CONTENTO G., *Giudice penale*, cit., 52; e VILLATA R., *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi*, cit., 152, il quale crede che "non è consentito in un sistema caratterizzato dalla rigorosa riserva di legge in materia di descrizione dei reati elevare ad illecito penale fatti diversi da quelli ipotizzati dal legislatore, sulla scorta della loro (pretesa) lesività di interessi".

²²³ Così CATENACCI M., *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 135. *Contra*, PATRONO P., *Diritto penale dell'impresa e diritti umani fondamentali*, Padova, 1993, 103 per il quale proprio le ipotesi di reati in materia ambientale fornirebbero un'indicazione dell'indifferenza normativa rispetto all'offensività dei comportamenti.

²²⁴ MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 487 e ss.; nello stesso senso si sono espressi anche COCCO G., *L'atto amministrativo invalido*, cit., 427. In senso

dovesse restare legato al modello di offesa quale lesione o messa in pericolo di beni giuridici, ha sostenuto che la norma incriminatrice si inserisse -nello specifico- nella tutela di una funzione, la quale può essere a sua volta considerata un autentico bene giuridico. In qualche modo, tale tesi individua il bene giuridico tutelato proprio nella funzione protetta.

Una diversa terza parte²²⁵ della dottrina ancora, infine, ha incentrato l'attenzione maggiormente proprio sulla funzione che i reati intendono tutelare. In buona sostanza le contravvenzioni che contengono un provvedimento amministrativo quale presupposto negativo della condotta proteggerebbero l'interesse dello Stato nella sua attività amministrativa: "ogni reato, e così anche le contravvenzioni, produce sempre un risultato, un effetto: e questo, nelle contravvenzioni, è appunto il risultato o effetto dannoso all'interesse che lo Stato soddisfa mediante l'esercizio della sua attività amministrativa"²²⁶. Secondo alcuni perciò – senza addentrarsi in argomenti più ampi e complessi – i cd. reati scopo²²⁷ non sarebbero incostituzionali ove perseguissero il raggiungimento di una finalità rientrante nei valori costituzionali. Le norme incriminatrici strutturate su un

critico, invece, si è detto che ravvedere nella funzione un vero e proprio bene giuridico si rischierebbe di formalizzare la tutela penale, GIUNTA F., *Il diritto penale dell'ambiente in Italia*, cit., 1111.

²²⁵ PADOVANI T., *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, 673; BAJNO R., *La tutela penale del governo del territorio*, Milano, 1980, 14 e ss.; COCCO G., *L'atto amministrativo invalido*, cit., 392 e ss.; STRANO LIGATO S., *I reati in materia urbanistica*, in CONTI L. (a cura di), *Il diritto penale dell'impresa*, Padova, 2001, 821 e ss.

²²⁶ Tale affermazione appartiene a ROCCO A., *Sul così detto diritto penale amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, 418 e ss., il quale già aveva percorso tale impostazione.

²²⁷ I reati scopo assumerebbero come oggetto la tutela di una funzione. "Si tratta di quei casi in cui la norma incriminatrice assume come finalità particolare la salvaguardia del modo di risoluzione di un conflitto di beni, la cui violazione ed il cui contemperamento è affidato all'amministrazione (...) osservanza ed inosservanza della norma ruotano intorno al modo legalmente definito per la risoluzione di un conflitto di interessi: chi vi si adegua, non è punibile; chi lo elude, è punibile per ciò solo, ed a prescindere dalla "intrinseca" offensività del suo comportamento". Così PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 2008, 116. La tesi quindi si basa sulla struttura diversa assunta dalle norme incriminatrici: le figure classiche di delitto infatti sanciscono "la prevalenza esclusiva di un determinato bene giuridico, quale che sia la situazione (riconducibile alla fattispecie tipica) in cui esso possa risultare contrapposto ad un diverso interesse. (...) L'oggetto della tutela non è mediato da alcuna valutazione di compatibilità relativa (con altri interessi): esso si impone al di fuori di ogni contemperamento espresso in rapporto alla situazione concreta nella quale il bene tutelato sia, o possa essere coinvolto." Sempre PADOVANI T., *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, 673.

provvedimento amministrativo che funge da presupposto negativo della condotta materiale, dunque, comporterebbero la tutela di una funzione, senza che dalla presenza o meno del provvedimento consegua necessariamente la lesione o la messa in pericolo del bene giuridico sotteso alla fattispecie: per esempio, nel caso di permesso di costruire illegittimo, non sarebbe automatico che la condotta offenda il territorio dal punto di vista estetico e/o ambientale, o – al contrario – nel caso di scarico di sostanze inquinanti pur in presenza di autorizzazione amministrativa legittima, può verificarsi ugualmente una lesione della salute delle acque²²⁸.

Ciò che questo orientamento fa derivare dalle proprie premesse, a differenza del precedente, è che - se oggetto di tutela è solamente la funzione - non possa implicitamente desumersi il requisito della legittimità di un atto laddove la norma ne richieda solamente la presenza: verrebbero travolte in tal modo arbitrariamente le scelte legislative di politica criminale, ampliando oltre modo l'area del penalmente rilevante.

Concludendo, tale dottrina - partendo dall'assunto che il cd. diritto penale amministrativo tuteli una funzione che non coincide con un bene giuridico

²²⁸ Così BAJNO R., *La tutela penale del governo*, cit., 14 e ss., il quale afferma che il rispetto dell'obbligo di costruire soltanto in presenza di concessione (oggi permesso di costruire) costituisce "il fulcro di un sistema di tutela amministrativistica e penale anticipata rispetto alla protezione del bene-territorio; sempre con riferimento ai resti urbanistici, COCCO G., *L'atto amministrativo invalido*, cit., 392 e ss., ritiene che si tuteli la riserva in mano pubblica del governo del territori. Oggetto della tutela penale è l'esercizio della funzione di controllo sulle attività edilizie, mentre è irrilevante il verificarsi di eventi che offendono il bene finale "territorio"; STRANO LIGATO S., *I reati in materia urbanistica*, cit., 821, aggiunge che i reati edilizi puniscono esclusivamente la disobbedienza, l'inosservanza del comando, a prescindere dal contenuto della prescrizione.

In materia di reati ambientali, anche qui alcuni autori si sono espressi nel senso di una tutela di funzioni e non di beni giuridici: così si vedano, VERGINE A.L., *Ambiente nel diritto penale (Tutela dell')*, voce, in *Dig. disc. pen.*, IX, Appendice, Torino, 1995, 757 e ss.; PATRONO P., *I reati in materia di ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, 676 e ss.; MOCCIA S., *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 348 e ss.; infine, GIUNTA F., *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, cit., 1111. Secondo la prospettiva dello studioso, invero, le fattispecie che incriminano lo svolgimento di un'attività in assenza dell'autorizzazione della pubblica amministrazione competente a rilasciarle, sono poste a tutela di una funzione amministrativa di governo (o controllo), la quale si esplica attraverso la valutazione della tollerabilità in concreto della pericolosità della condotta, ovvero della conciliabilità tra l'interesse allo svolgimento dell'attività e i vari interessi configgenti. La tutela della funzione di governo o controllo è però strumentale rispetto alla salvaguardia di un bene giuridico finale, che risulta protetto indirettamente; sicchè tali fattispecie possono assimilarsi ai reati di pericolo astratto.

sostanziale - approda alla conseguenza di ritenere che quando la norma richiede come presupposto negativo della condotta la presenza di un atto, il reato sarà escluso per la mera esistenza dello stesso senza che il giudice possa procedere anche ad un accertamento di legittimità dello stesso. Il precedente orientamento giurisprudenziale di cui si è dato conto (che voleva equiparare l'assenza dell'atto alla sua illegittimità) avrebbe dunque, non solo distorto il dettato legislativo ma anche dato luogo ad un'eccessiva discrezionalità da parte del giudice penale nel suo sindacato verso l'atto amministrativo. L'unico accertamento in questi casi da parte del giudice non dovrebbe essere, infatti, quello di legittimità ma solamente quello di esistenza dell'atto: nel limitarsi a comprendere quando l'atto sia esistente dovrà quindi stabilirsi quale sia il concetto di esistenza, individuando se il confine di valutazione da parte del giudice penale stia nella mera esistenza materiale ovvero in quella giuridica²²⁹.

²²⁹ In merito dunque all'esistenza dell'atto, parte della dottrina ha ritenuto necessario che l'atto fosse perlomeno esistente in senso giuridico, escludendo così quegli atti nulli e illeciti, esistenti nel solo senso materiale. In questi casi dunque non si porrebbe nemmeno il problema di disapplicare il provvedimento poiché la sua inesistenza giuridica porterebbe a considerare quell'atto assente, equiparando quindi l'atto materialmente esistente alla mancanza dello stesso "per la ragione che l'atto non esiste o non esplica efficacia nel mondo giuridico, onde il giudice - accertata tale situazione - non può che prendere atto di ciò e giudicare come se detto atto non fosse mai stato posto in essere". Egli si limiterebbe solo a rilevare l'inesistenza dell'atto, senza spingersi ad un giudizio sull'eventuale disapplicazione. In questo senso, GALLENCA G., *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale nel sistema della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1990, 359 e ss.; e COCCO G., *L'atto amministrativo invalido*, cit., 305 e ss., il quale aggiunge anche che tale equiparazione tra inesistenza giuridica ed inesistenza materiale non consiste in un ragionamento di tipo analogico, poiché compete all'interprete definire l'esatto significato dell'atto cui si riferisce la norma penale. Viceversa, per altri studiosi, non sarebbe corretto tale ragionamento, e sarebbe sufficiente la sola esistenza materiale del provvedimento. Di questo avviso, GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice penale*, cit., 212 e ss.: egli infatti sostiene che sarebbe troppo complesso per il giudice dover stabilire se l'atto sia giuridicamente nullo o inesistente, considerate anche le difficoltà derivanti dal diritto amministrativo in tema di invalidità dei provvedimenti. Egli dunque specifica che si ritengono nulli o inesistenti quegli atti viziati di carenza di potere, distinguendo tra quei casi in cui il potere in concreto non è sussistente perché non previsto da nessuna dell'ordinamento (cd. carenza di potere in astratto) dalle ipotesi in cui il potere in astratto è presente ma mancano i presupposti per il suo esercizio (cd. carenza di potere in concreto). Con riferimento a questa ipotesi, infatti, non tutti sono concordi nel parlare di nullità, poiché per alcuni si tratterebbe invece di illegittimità per violazione di legge (di questo si è già parlato in tema di illegittimità degli atti nel capitolo precedente). 'E sulla base di queste incertezze classificatorie che l'autore preferisce escludere l'interpretazione in senso giuridico dell'esistenza dell'atto amministrativo.

Tuttavia in questa sede si vuole evidenziare che - per quanto non sia affatto agevole individuare concretamente quando un atto sia inesistente e quando sia illegittimo - è preferibile sostenere che il giudice penale debba accertare l'esistenza anche in senso giuridico. Infatti, se il requisito previsto dalla norma è l'esistenza dell'atto, egli dovrà verificare la stessa non nel solo senso materiale, ma anche in quello giuridico. Si crede, infatti, che altrimenti le fattispecie penali

Sempre secondo tale impostazione (per altra parte della dottrina, invece, al giudice sarebbe sempre consentito il sindacato di legittimità anche ove non espressamente richiesta) sarà il Legislatore, invece, a scegliere se ottenere un effetto estensivo di equiparare l'atto assente con quello viziato, ossia inserendo quale presupposto negativo un ulteriore elemento: la legittimità del provvedimento.

In tutte le ipotesi oggetto delle presenti interpretazioni - quelle cioè in cui l'atto assume il ruolo di presupposto - oltre al problema circa l'esistenza dello stesso e la sua legittimità, si pone l'ulteriore questione se – una volta accertata l'illegittimità del provvedimento – il giudice debba procedere disapplicando l'atto amministrativo, ovvero semplicemente verificando la non tipicità del fatto, in mancanza dell'elemento costitutivo o del presupposto dell'ipotesi di reato. La dottrina maggioritaria, si è visto, ritiene che non entri in campo il meccanismo della disapplicazione poiché molto più semplicemente non sarà integrato il reato. Si è già infatti diffusamente evidenziato sin dall'inizio del presente elaborato che in queste ipotesi il giudice semplicemente compie il proprio compito di accertare la commissione di un reato, e dunque verifica la mancata presenza degli elementi tipici di questo.

Oltre che per i reati in materia edilizia, alle stesse risultanze sono giunte dottrina e giurisprudenza²³⁰ con riferimento ad esempio all'art. 682 c.p., ossia il reato di ingresso arbitrario in luoghi ove l'accesso è vietato nell'interesse militare dello Stato. Anche a proposito di tale contravvenzione si è dunque sostenuto che l'illegittimità dell'atto (che qui riveste il ruolo di presupposto positivo della condotta) escluda la conformità tra fatto concreto e fattispecie astratta, anche se è stato correttamente evidenziato che in questa ipotesi è solo la rubrica legislativa a richiedere la legittimità e non il testo dell'articolo²³¹ (come noto, "*rubrica legis*

verrebbero svuotate del loro significato qualora bastasse la presenza naturalistica di un atto del tutto inesistente dal punto di vista giuridico.

²³⁰ Cass., I, 6.5.1996, in *Cass. pen.*, 1996, 3661; Cass., I, 26.9.1996, in *Cass. pen.*, 1997, 2448, secondo cui ai fini della configurabilità del reato assume decisiva rilevanza la legittimità del provvedimento impositivo del divieto di accesso, come si evince dal riferimento testuale all'esistenza del divieto di accesso in determinati luoghi nell'interesse militare dello Stato e alla arbitrarietà dell'introduzione in essi.

non est lex”).

In sintesi, dunque, tale impostazione, cd. “funzionalista”, ritiene di escludere a priori l'istituto della disapplicazione per tutti quei casi in cui sia sufficiente accertare la mancanza di un elemento tipico, e limita l'accertamento della legittimità da parte del giudice penale alle sole ipotesi in cui sia la fattispecie penale a richiederlo. In verità, tale orientamento sembra più che altro essere volto ad eliminare tutte le incertezze sul piano classificatorio e la discrezionalità in capo al giudice: facendo venir meno l'accertamento di legittimità nei casi in cui non viene richiesto, soprattutto nelle aree di confine si potrebbero evitare quelle complesse classificazioni dei vizi del provvedimento amministrativo in questione, nonché la troppo ampia libertà di valutazione del giudice penale.

Tuttavia, al risultato di escludere il ricorso all'istituto della disapplicazione era approdata anche la giurisprudenza (come si è visto nel paragrafo precedente in tema di reati urbanistici²³²), la quale aveva però indicato – secondo un orientamento più di stampo “sostanzialista” – il territorio come bene giuridico tutelato di tipo sostanziale. Non sembra dunque che necessariamente tramite la prospettiva funzionalista possano ottenersi le risultanze indicate. O meglio, non sembra che le due tesi siano così nettamente contrapposte tra loro, ben potendo enuclearsi nell'ambito delle fattispecie di tale tipo sia una protezione del territorio quale bene giuridico in senso sostanziale che un'esigenza di garanzia di un'importante funzione dell'amministrazione nel senso finora indicato.

²³¹ Secondo alcuni autori, infatti, nel caso dell'art. 682 c.p. la legittimità non sarebbe quindi requisito della norma, e il giudice – più che accertare la mancata tipicità del fatto tipico – dovrebbe disapplicare semplicemente l'atto. Trattandosi infatti di un presupposto positivo della condotta, discenderebbe dagli stessi principi informatori del diritto penale discendenti dalla Costituzione il dovere di disapplicazione di un provvedimento illegittimo: sarebbe irrispettoso dei principi di legalità e tassatività aggiungere il requisito di legittimità al provvedimento impositivo di un divieto di accesso nell'interesse militare dello Stato. Potrebbe, viceversa, secondo le norme generali che regolano la disapplicazione, e ai sensi dell'art. 2 c.p.p. risolvere la questione incidentale della legittimità dell'atto, disapplicandolo. In questo senso GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice penale*, cit., 217; in senso contrario invece COCCO G., *L'atto amministrativo invalido*, cit., 247 e ss.; PETRONE M., *La disapplicazione degli atti amministrativi: aspetti penali*, cit., 83 e ss.; PETRONE M., *Segreti (contravvenzioni concernenti la tutela preventiva dei)*, in *Nss. dig. it.*, XVI, Torino, 1976, 941, ove scrive che “il provvedimento amministrativo non potrà svolgere la sua ulteriore rilevanza quale elemento della fattispecie penale se non sia legittimo, sotto ogni profilo”.

²³² Si richiama qui per tutte solo la cd. sentenza Borgia: Cass., SSUU, 12.11.1993, in *Cass. pen.*, 1994, 901, con nota di MENDOZA R., *Le sezioni unite affermano la rilevanza penale della concessione edilizia emessa in difformità della normativa urbanistica e dalle previsioni di piano*.

6 *Disapplicazione in malam partem e in bonam partem.*

Un ulteriore profilo che risulta opportuno richiamare - nell'ambito della disapplicazione in materia penale - consiste nella distinzione tra la disapplicazione in *malam partem* e quella in *bonam partem*. Si è più volte accennato fin qui infatti a tali nozioni, su cui la dottrina spesso ha dibattuto. Come anticipato già nel capitolo precedente, la letteratura ha voluto spesso differenziare le ipotesi in cui conseguono dal meccanismo della disapplicazione effetti favorevoli ovvero sfavorevoli all'imputato: uno dei problemi che si pone sul tema è quello dell'ammissibilità della disapplicazione in *malam partem*. Si è già dato conto, in effetti, di come procedendo a tale tipo di disapplicazione si rischierebbe di violare i principi cardine del diritto penale, poiché la disapplicazione comporterebbe la condanna dell'imputato.

Si è già precedentemente visto²³³ come - nell'ambito della norma - il provvedimento possa trovarsi a rivestire posizioni diverse, che si sono sintetizzate in quella di provvedimento interno alla norma – ossia che contribuisce a definirla, quale specificazione della condotta o quale presupposto della stessa – ovvero di provvedimento esterno – che quindi non concorre ad esprimere il precetto. Si è indicato come nella prima ipotesi più che di disapplicazione sarebbe corretto parlare di semplice sindacato del giudice penale: il giudice accerta la presenza degli elementi del reato *de quo*, compresa la verifica della legittimità dell'atto che lo specifica, senza porsi il problema di applicarlo o disapplicarlo. Allo stesso modo, si ritiene che accada per i casi di cd. atti-reato, ossia quando è proprio nell'atto che consiste l'estrinsecazione della condotta criminosa. Anche in tale situazione, infatti, il giudice penale dovrà limitarsi ad accertare la legittimità dello stesso al fine di determinare la presenza della condotta tipica, senza certo doverlo disapplicare nel caso in cui esso risulti illegittimo.

Viceversa, si è anche evidenziato che solo quando il provvedimento è esterno al precetto (si pensi ad esempio alle cause estintive del reato) sarebbe invece possibile parlare di disapplicazione, anche in *malam partem*.

²³³ Sul punto si veda il Capitolo I, Par. 1.3.1. su “La posizione dell'atto amministrativo rispetto alla norma”.

Tuttavia, si è già anche dato conto come per le scriminanti sarebbe più opportuno effettuare un discorso a sé. In effetti, si è già posto in luce quell'indirizzo che ravvede la possibilità di disapplicare il provvedimento illegittimo in *malam partem*, escludendo quindi la possibilità di far operare la causa di giustificazione. Secondo tale impostazione ciò sarebbe possibile proprio perché il provvedimento con funzione scriminante sarebbe esterno alla norma, e quindi non violerebbe i necessari principi di tipicità e di determinatezza che garantiscono la conoscibilità a priori di ciò che penalmente è vietato. Si vuole specificare, in verità, che non convince appieno l'argomentazione secondo cui l'atto che riveste il ruolo di scriminante sarebbe del tutto esterno alla fattispecie penale: esso cioè renderebbe lecito un comportamento per il tramite di una norma esterna al reato.

In realtà, – seppur esterne alla norma – le cause giustificazione costituiscono un elemento negativo della norma stessa: esse non risultano così del tutto autonome rispetto al precetto, poiché indipendentemente che fondino la loro esistenza su settori diversi dell'ordinamento giuridico, comunque concorrono ad esprimere la nozione complessiva del reato. Seguendo tale premessa - che considera quindi le cause di giustificazione come elementi negativi della fattispecie penale-, non dovrebbe ammettersi anche in simili ipotesi la disapplicazione in *malam partem*, esattamente come per tutti quei casi in cui si parla di atti interni al reato, poiché il principio di legalità lo precluderebbe.

Si è anche già posto in luce, invece, il diverso profilo che attiene alle cause di non punibilità in senso stretto. Per esse non si pongono particolari problemi, poiché non sembrano assurgere in alcun modo ad elementi del reato. Le cause di esclusione della punibilità, infatti, sono quelle situazioni in presenza delle quali – per mera opportunità – il legislatore ha deciso per scelte di politica criminale di non applicare la pena. In buona sostanza, nulla impedisce al giudice di disapplicare in *malam partem* i provvedimenti amministrativi illegittimi facendo venire meno la causa di non punibilità.

In conclusione quindi, può affermarsi che la prospettiva tramite la quale affrontare la materia è notevolmente cambiata: le ipotesi di disapplicazione in ambito penale sono assai ridotte rispetto a quanto inizialmente poteva ritenersi. Da un lato,

infatti, per la maggior parte dei casi non risulta necessario per il giudice che – come più volte ripetuto – deve semplicemente limitarsi alla prospettiva del sindacato, ossia a vagliare la legittimità di un atto al fine di accertare la commissione di un reato; dall’altro lato, poi, non apparirebbe comunque compatibile con il principio di tipicità la disapplicazione in *malam partem*²³⁴.

In ordine ai reati urbanistici analizzati nel paragrafo precedente – riferendoci alla schematizzazione proposta nel capitolo precedente circa la posizione che può rivestire l’atto amministrativo all’interno della fattispecie penale – essi rappresentano un tipico esempio di provvedimento quale presupposto negativo della condotta. Come si è anticipato, la disapplicazione in questi casi non è ammessa poiché l’atto contribuisce a descrivere la fattispecie, interno ad essa. La superata interpretazione giurisprudenziale, dunque, che proponeva l’equiparazione tra condotta tenuta in assenza di un provvedimento amministrativo e quella invece in presenza di un provvedimento illegittimo, giungeva ad un risultato per il quale in pratica diveniva ammissibile la disapplicazione in *malam partem*. Ancora meglio si spiega, quindi, il motivo per cui tale impostazione non poteva essere condivisa, ammettendosi tale tipo di istituto solo per quegli atti che non concorrono ad integrare il precetto penale: si finiva, infatti, per contrastare con i principi penali costituzionali e inoltre per stravolgere il principio di offensività secondo il quale le condotte punibili vengono selezionate dal legislatore restringendo l’area del penalmente rilevante.

Come sin dall’inizio del presente elaborato si è sottolineato, si condivide così la prospettiva che relega la disapplicazione ad un ruolo marginale in ambito penale, preferendo sempre parlare di sindacato sull’integrazione del reato da parte del giudice.

Non si può tralasciare - in ultimo - di effettuare, tuttavia, alcune considerazioni in ordine alla cd. disapplicazione in *bonam partem*, in quanto in

²³⁴ Questo è quanto si ritiene anche in ordine alle scriminanti: sembra, infatti, che nelle ipotesi di provvedimenti illegittimi con funzione scriminante, non sia possibile per il giudice disapplicarli ed escludere così la causa di giustificazione in senso sfavorevole per l’imputato e in violazione del principio di tipicità e determinatezza della norma, nonché di certezza del diritto e di affidamento nel singolo della legalità della propria condotta consentita appunto dall’atto amministrativo. Si ravvede, così, la possibilità di disapplicare gli atti amministrativi in *malam partem* eventualmente solo per le cause di non punibilità e i fatti estintivi, sicuramente esterni al reato.

questo caso secondo alcuni verrebbe meno il vincolo determinato dai più volte richiamati principi penali costituzionali. 'E' stato, così, da alcuni sostenuto che quando la disapplicazione comporti effetti favorevoli all'imputato, essa diventerebbe ammissibile. La prima motivazione sulla quale si fonderebbe tale possibilità è sostanzialmente di tipo storico-comparatistico. Infatti, si è detto - anche tramite un'analisi storico-comparatistica degli ordinamenti belga e francese - che gli artt. 2, 4 e 5 dell'all. E siano nati da un'esigenza di salvaguardia del cittadino dalla pubblica amministrazione. La necessità, storicamente, sarebbe stata, pertanto, quella di ovviare agli abusi dell'amministrazione: il potere di disapplicazione sarebbe dunque stato concepito in garanzia del cittadino, quale forma di tutela delle situazioni giuridiche soggettive che egli vantava nei confronti della pubblica amministrazione²³⁵.

A prescindere comunque dall'argomento storico, le ragioni di volta in volta evidenziate dalla dottrina a sostegno del proprio orientamento sono state diverse. Pur eterogenee tra loro, comunque, le impostazioni dei sostenitori della disapplicazione in *bonam partem* si fondano sulla comune idea che essa sia la sola consentita, distinguendola appositamente rispetto alla disapplicazione in *malam partem* che non è ammissibile. Vi è stato chi²³⁶, da un lato, ha sostenuto che la disapplicazione dell'atto in senso favorevole all'imputato nascerebbe dal fatto che al privato manca la possibilità giuridica di far sindacare dal giudice amministrativo l'atto amministrativo, presupposto della fattispecie criminosa: non

²³⁵ TANDA P., *Il potere di disapplicazione*, cit., 19; CONTENUTO G., *Giudice penale*, cit., 4. Dello stesso avviso, GALLENCA G., *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale nel sistema della giustizia amministrativa*, Milano, 1990, 77 e ss., il quale infatti sostiene che la legge del 1865 "riportò nell'alveo naturale della potestà giurisdizionale del giudice ordinario quelle situazioni coinvolgenti diritti soggettivi dei privati che, in precedenza, erano devolute agli speciali organi del contenzioso per il solo fatto che nel giudizio fosse coinvolta un'amministrazione pubblica".

²³⁶ Sostenitore di tale tesi, CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1997, 157 e ss. Ancora GALLENCA G., *Indipendenza della pubblica amministrazione*, cit., 396, in cui si rinviene che "in presenza di disposizioni normative rivolte a dare concreta attuazione al diritto di libertà del cittadino, costituzionalmente garantite, rispetto alle quali l'amministrazione può intervenire solo in virtù di quanto previsto da una norma primaria, ci si trova in presenza di un diritto soggettivo e si verte in ipotesi in cui la disapplicazione sarà - sempre e comunque - possibile. Per contro, norme esclusivamente dirette a tutelare interessi pubblici ed a regolamentare l'attività della pubblica amministrazione nel perseguimento degli stessi comportano la sussistenza di un semplice interesse legittimo a favore del privato e quindi non sarà possibile la disapplicazione da parte del giudice ordinario, ma - invece- avanti agli organi di giustizia amministrativa".

vi sarebbe, infatti, il presupposto dell'intervento del giudice amministrativo, poiché prima dell'irrogazione della sanzione da parte del giudice penale sarebbe assente l'attualità della lesione. Tale impostazione appare però poco convincente, poiché non si crede di poter analizzare la disapplicazione in *bonam partem* per il tramite della prospettiva appena indicata. In realtà, piuttosto, appare che quando, tramite la disapplicazione, si arrivi ad escludere la sussistenza dell'illecito penale, essa sia ammissibile poiché non ostano i principi cardine che regolano il diritto penale (gli stessi che impediscono la disapplicazione in *malam partem*), ed anzi giova a tale scopo il principio del *favor rei*²³⁷.

Con riferimento ai casi in cui tale tipo di disapplicazione può realizzarsi, sono stati enucleati alcuni gruppi di ipotesi. Innanzi tutto, un primo insieme è stato ravvisato in quelle fattispecie in cui tra gli elementi costitutivi di un reato è presente un atto amministrativo restrittivo della sfera giuridica del privato in funzione di presupposto della condotta incriminatrice²³⁸. Altre norme che possono portare alla disapplicazione sono state indicate come quelle in cui viene sanzionata l'inottemperanza ad un ordine della pubblica amministrazione, il quale individua il contenuto del precetto penale, integrandolo²³⁹. Un terzo tipo di reati, infine, è essere individuato da alcuni addirittura in quelli in cui il requisito della legittimità è stato espressamente inserito dal legislatore all'interno dell'ipotesi delittuosa. Tale posizione, quindi, non limiterebbe la disapplicazione in *bonam*

²³⁷ In questo senso sarà allora possibile disapplicare un ordine illegittimo di sospensione di lavori edilizio ovvero un atto di annullamento di ufficio di una legittima concessione edilizia. Sostiene proprio appunto che quindi se il privato non ha ottemperato ad un atto che risulta illegittimo, il giudice dovrà disapplicarlo e ritenere, quindi, lecito il comportamento del privato, CICALA M., *Le trasformazioni urbanistiche ed edilizie*, Padova, 1983, 44; JUSO R., *Lineamenti di giustizia amministrativa*, Milano, 2008.

²³⁸ Un caso tipico era rappresentato, ad esempio, dall'art. 663, comma 2, c.p., il quale puniva chi senza osservare le prescrizioni della pubblica amministrazione (presupposto) affiggeva scritti o disegni: l'atto presupposto, se illegittimo, non deve essere applicato, senza quindi condannare l'imputato. Così TANDA P., *Attività amministrativa*, cit., 269.

²³⁹ In questo caso si può portare ad esempio non tanto il più volte citato art. 650 c.p. (la norma si è visto con l'avverbio "legalmente" richiede che il provvedimento sia legittimo, e pertanto non si parla di disapplicazione ma di mancanza dell'elemento tipico), quanto invece l'art. 2 della L. 27 dicembre 1956 n. 1423, ossia il rimpatrio con foglio di via obbligatorio, che punisce chi contravviene al provvedimento del questore di rimpatrio e al conseguente foglio di via obbligatorio. Al giudice in questo caso – come riconosce anche la giurisprudenza – sarà consentito di accertare i vizi di legittimità del provvedimento pur se ciò non è espressamente previsto nella norma, al fine poi di disapplicarlo in *bonam partem*.

partem ai soli casi in cui la legittimità dell'atto non è richiesta (come nei primi due gruppi di reati appena nominati) e si disapplica lo stesso in senso favorevole all'imputato: sarebbe possibile parlare di disapplicazione anche quando la descrizione della condotta si riferisce alla legittimità²⁴⁰.

Tuttavia, tale orientamento non appare conforme alla prospettiva che finora si è inteso seguire, poiché si è voluto evidenziare più volte che in queste ipotesi di reato non si dovrebbe nemmeno parlare di disapplicazione. In effetti, in questi casi (e l'art. 650 c.p. è stato anche portato ad esempio di tale impostazione) il giudice non disapplica ma accerta la legittimità o meno del provvedimento e verifica, di conseguenza, l'integrazione o meno dell'ipotesi di reato. Tolto quindi l'ultimo insieme di norme che non sembrano in realtà riconducibili alla disapplicazione in *bonam partem*, per i casi precedenti le osservazioni della dottrina hanno consentito in entrambe le prime due ipotesi di ritenere, così, che anche quando le fattispecie non prevedano espressamente il requisito della legittimità del provvedimento, esso sia implicitamente rinvenibile per il principio di *favor rei*: in buona sostanza, ogni volta che l'atto risulti illegittimo sarà possibile disapplicarlo, producendo così effetti favorevoli all'imputato. Non si condivide però pienamente nemmeno questa tesi, la quale sicuramente è conforme ai principi del nostro ordinamento, ma per l'ennesima volta modifica il piano di analisi, introducendo il meccanismo di disapplicazione – seppure in *bonam partem* – al posto di limitare il punto di vista alla verifica della sussistenza degli elementi di reato.

Sembra ancora una volta molto più semplice, - ad esempio, in casi di presenza del sopra citato ordine illegittimo di sospensione di lavori edilizi - affermare che mancherà l'elemento tipico del reato che non sarà così configurabile, piuttosto che disapplicare lo stesso. L'effetto favorevole certamente verrà quindi mantenuto – nel senso della non integrazione del reato – ma il sindacato si limiterà alla verifica della presenza o meno degli elementi della fattispecie.

Un ultimo profilo di interesse sul tema cui si vuole fare un breve cenno, riguarda la possibilità di effettuare la disapplicazione in *bonam partem* in relazione a quelle norme penali che sanzionano la condotta di colui che svolge

²⁴⁰ GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice penale*, cit., 227.

un'attività in assenza di un provvedimento amministrativo (di tipo concessorio o autorizzatorio, ampliativo della sfera soggettiva). Quando quindi l'atto autorizzatorio o concessorio costituisce il presupposto negativo del fatto tipico, è possibile che si verifichi il caso, infatti, di emanazione di un atto di diniego illegittimo ovvero di assenza di adozione dell'atto nonostante la richiesta del privato (cd. silenzio inadempimento).

Ci si è chiesti dunque²⁴¹ se sia consentito al giudice di sindacare anche il diniego ovvero il silenzio della p.a., i quali – qualora illegittimi – verrebbero così disapplicati in *bonam partem*, con la conseguente esclusione di responsabilità penale per l'imputato. Al proposito, è parso opportuno distinguere a seconda del tipo di provvedimento omesso o rifiutato, ossia se esso sia vincolato o discrezionale. In effetti, se l'atto è vincolato – come noto – la sua adozione è disciplinata normativamente in ogni suo elemento in modo preventivo dal legislatore. Il giudice, pertanto, se in queste ipotesi disapplica il provvedimento effettua – secondo la dottrina maggioritaria²⁴² – un'attività consentita, senza sostituirsi alla discrezionalità amministrativa nella scelta, trattandosi infatti di un atto regolato anticipatamente dalla legge nei suoi presupposti fattuali. Diversamente, per l'atto discrezionale, è lasciata alla pubblica amministrazione una scelta tra più soluzioni possibili: qualora sia stato omesso o rifiutato un atto discrezionale si ritiene allora che non sia ammissibile da parte del giudice penale disapplicare lo stesso, poiché altrimenti egli si sostituirebbe alla pubblica amministrazione nel suo potere di scelta (in violazione quindi anche dell'art. 4 comma 2 l. aboliz.contenzioso, il quale prevede che il giudice ordinario non possa revocare o modificare gli atti amministrativi). Tuttavia, qualora si verta in un caso di cd. discrezionalità tecnica, se l'amministrazione ha svolto l'apprezzamento tecnico a lei demandato, essa dovrà attenersi – a seconda delle risultanze – alle disposizioni di legge che regolano l'emissione del provvedimento di cui la valutazione tecnica costituisce un presupposto. Se, dunque, successivamente al proprio apprezzamento, l'amministrazione sarà vincolata nell'emissione dell'atto, allora in questo caso il giudice penale potrà disapplicarlo alla stregua di quanto gli

²⁴¹ CANNADA BARTOLI E., *L'inapplicabilità*, cit., 137 e ss.

²⁴² CANNADA BARTOLI E., *L'inapplicabilità*, cit., 137 e ss.

è consentito nel caso degli atti vincolati.

La giurisprudenza, tuttavia, è giunta a soluzioni non sempre concordi rispetto a quanto sinora indicato, escludendo la disapplicazione in *bonam partem* da parte del giudice penale per tali casi di diniego o di silenzio, sull'assunto che egli verrebbe a sostituirsi alla discrezionalità amministrativa anche in ipotesi di atti che – secondo taluna dottrina – erano vincolati e non discrezionali²⁴³.

Si nutrono, tuttavia, alcune perplessità in ordine a tale impostazione. Independentemente, infatti, dalla distinzione tra atti vincolati ed atti discrezionali (per i quali non si pone dubbio per la disapplicazione che risulta inammissibile), per quanto il diniego possa risultare illegittimo - o allo stesso modo il silenzio - appare un po' forzato ritenere al contrario lecita l'attività svolta dal privato in assenza del presupposto richiesto dalla norma. Si vuole porre in luce, cioè, che la condotta posta in essere nel frattempo (ossia dal diniego fino all'accertamento dell'illegittimità dello stesso) dal soggetto attivo resta comunque una condotta vietata, non potendosi ritenere che la disapplicazione dell'atto da parte del giudice penale la renda lecita *ex post*: in effetti, per quanto possa essere illegittimo l'atto della pubblica amministrazione, appare che il privato abbia comunque agito in l'assenza del presupposto negativo (del provvedimento dunque autorizzativo o concessorio richiesto) e che dunque egli abbia integrato la fattispecie.

²⁴³ Si prende ad esempio Cass., III, 22.11.1995, in *Cass. pen.*, 1997, 3551, a proposito di un caso di diniego di provvedimento amministrativo. Nel caso di specie, si trattava di un'azienda che aveva adibito al lavoro locali chiusi sotterranei senza aver prima ottenuto la deroga della pubblica amministrazione (ottenibile per "particolari esigenze tecniche" - comma 2 - o quando comunque i lavoratori non siano esposti ad emanazioni nocive e a temperature eccessive - comma 3; sempreché, in entrambi i casi, si sia provveduto con i mezzi idonei all'areazione, alla illuminazione ed alla protezione contro l'umidità). La Corte in effetti osservava che per quanto il provvedimento di diniego potesse essere illegittimo, la sua disapplicazione non può però rendere lecita l'attività nel frattempo svolta. Insomma, il provvedimento di deroga non può essere sostituito da una valutazione positiva del giudice. La pronuncia tuttavia è stata criticata poiché secondo alcuni l'atto di deroga non sarebbe stato discrezionale e sarebbe dunque stato disapplicabile dal giudice penale. Così GAMBARDELLA M., *Il controllo*, cit., 234. Sul tema, si veda anche Cass., III, 12.3.1998, in *Cass. pen.*, 1999, 3209, 1676, la quale riguarda invece il caso del cd. silenzio della pubblica amministrazione, qualificato come non significativo. Il caso riguardava un laboratorio di sostanze alimentari che era stato attivato senza la necessaria autorizzazione sanitaria del sindaco, che però era stata tempestivamente richiesta, ed era stato rilasciato anche parere favorevole dell'Usl.

7 *Il reato di cui all'art. 14, comma 5-ter, t.u. immigrazione.*

In conclusione del presente capitolo, si intende solamente richiamare - a titolo esemplificativo - un ulteriore caso concreto, ossia il reato di cui all'art. 14, comma 5- *ter* del d.lgs. 286/1998 (t.u. immigrazione) ²⁴⁴, ai sensi del quale è punito lo straniero che senza giustificato motivo permane illegalmente nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine impartito dal questore²⁴⁵. Si tratta, infatti, di un'ipotesi delittuosa di notevole attualità, che riveste interesse sull'argomento perché si tratta di una fattispecie in cui l'atto amministrativo costituisce presupposto del reato: anch'essa ha aperto il dibattito dottrinale e giurisprudenziale in tema di disapplicabilità del provvedimento illegittimo. In questa ipotesi - si vedrà tra breve -, poiché l'atto è presupposto del reato, è meglio ritenere escluso il profilo della disapplicazione, limitando ancora una volta l'attività del giudice a quella del sindacato in ordine all'accertamento del reato. Come per tutti i casi finora disaminati di atto-presupposto della fattispecie (e quindi di atto interno ad essa), il giudice penale non si porrà dal punto di vista di dover o meno applicare l'atto, ma solo nella prospettiva di accertare la

²⁴⁴ RICCIOTTI R. – M.M., *Espulsione degli stranieri* (voce), in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, Torino, 2000, 262 e ss.; LONGOBARDI C., *La disciplina delle espulsioni dei cittadini extracomunitari: presidi penali e amministrativi al fenomeno dell'immigrazione*, cit., 219 e ss.; CALLAIOLI A. – CERASE M., *Il testo unico delle disposizioni sull'immigrazione e delle norme sulla condizione dello straniero: una legge organica per la programmazione dei flussi, in contrasto alla criminalità e alla lotta alla discriminazione*, cit., 277 e ss.; CAPUTO A., *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006.

²⁴⁵ L'art. 14, comma 5- *ter* infatti dispone: “lo straniero che, senza giustificato motivo permane illegalmente nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi del comma 5 bis, è punito con la reclusione da uno a quattro anni se l'espulsione o il respingimento sono stati disposti per ingresso illegale nel territorio ai sensi dell'articolo 13, comma 2, lettere a) e c), ovvero per non aver richiesto il permesso di soggiorno o non aver dichiarato la propria presenza nel territorio dello Stato nel termine prescritto in assenza di cause di forza maggiore, ovvero per essere stato il permesso revocato o annullato. Si applica la pena della reclusione da sei mesi ad un anno se l'espulsione è stata disposta perché il permesso di soggiorno è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato richiesto il rinnovo, ovvero se la richiesta del titolo di soggiorno è stata rifiutata, ovvero se lo straniero si è trattenuto nel territorio dello Stato in violazione dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 maggio 2007, n. 68. In ogni caso, salvo che lo straniero si trovi in stato di detenzione in carcere, si procede all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica per violazione dell'ordine di allontanamento adottato dal questore ai sensi del comma 5 bis. Qualora non sia possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera, si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 5 bis del presente articolo nonché, ricorrendone i presupposti, quelle di cui all'articolo 13, comma 3.”

commissione del reato, sindacando la legittimità dei provvedimenti²⁴⁶.

Nell'ambito del reato di cui all'art. 14, comma 5-ter, del t.u., si rinvencono in effetti due atti amministrativi: il provvedimento del Prefetto che ha ordinato l'espulsione dello straniero, ed il provvedimento del Questore, preposto all'esecuzione dello stesso provvedimento prefettizio.

Si ritiene, quindi, che entrambi i due indicati atti costituiscano i presupposti della condotta tipica²⁴⁷, e dunque contribuiscano a definire il precetto. Mentre però per quanto riguarda il decreto del Questore è pacifico che esso integri la condotta tipica in qualità di presupposto della stessa e che quindi debba essere sindacato dal giudice nella sua legittimità²⁴⁸, maggiori dubbi si sono posti in

²⁴⁶ La giurisprudenza infatti tende per lo più a parlare di accertamento di legittimità, come nelle pronunce indicate nei riferimenti successivi. Tuttavia, si registrano anche sentenze che invece ancora parlano di disapplicazione del provvedimento, come Cass., 2.5.2006, n. 15034, che – in ordine all'obbligo dell'indicazione nel provvedimento del Questore dell'avvertenza delle conseguenze penali derivanti dalla sua inosservanza, con specifica indicazione delle sanzioni – afferma che nel caso in cui questa manchi “il provvedimento amministrativo deve essere disapplicato dal giudice penale”. E, poi, con riferimento invece alla possibilità per il giudice della convalida di accertare già la legittimità del provvedimento (si tratta di un problema cui si accennerà tra breve), la Corte ha espresso l'opinione che “non rientra tra i poteri del giudice, investito della richiesta della convalida (...), la disapplicazione dell'atto amministrativo contenente una motivazione sommaria, il cui controllo è riservato al giudice della cognizione”. Così Cass., 26.5.2004, n. 24147, in *CED Cass.* 229046.

²⁴⁷ PANZAVOLTA M., *Diritto e processo nel nuovo reato di ingiustificato trattenimento del clandestino*, in *Giur. merito*, 2003, 2242. Alla nota 35, l'Autore sostiene che la qualifica di presupposto della condotta va preferita a quella di condizione obiettiva di punibilità, perché prevale, sia in dottrina che in giurisprudenza, l'opinione che identifica nella condizione un elemento aggiunto rispetto ad un reato già perfetto, mentre nel caso dell'art. 14, comma 5-ter, del t.u. l'assenza dell'ordine del questore (e del provvedimento del prefetto, mi pare di poter dire a maggior ragione) esclude che possa configurarsi la situazione antigiuridica. Inoltre, osserva l'Autore, la qualifica di presupposto del reato consente di comprendere l'ordine del questore nell'ambito dell'elemento soggettivo del reato stesso, nel senso che l'agente deve averne consapevolezza, con la conseguente preclusione di una semplice imputazione oggettiva dell'ordine, indipendentemente dalla conoscenza dello stesso da parte dello straniero (v. art. 44 c.p.); così anche TOVANI, in DEGL'INNOCENTI L. (a cura di), *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2008, 299, concorda nel definire sia il provvedimento di espulsione del prefetto che l'ordine di allontanamento del questore come elementi costitutivi della fattispecie, e precisamente come antecedenti logico-giuridici della condotta. Si tratta effettivamente di antecedenti logico-giuridici della condotta, inseriti nella fattispecie incriminatrice, e tali da condizionarne la tipicità.

²⁴⁸ Sul punto ad esempio si richiama Cass., I, 13.4.2006, n. 13314, nella quale si osserva che “il giudice è tenuto a verificare previamente la legalità formale e sostanziale del provvedimento presupposto che si assume violato sotto i tre profili tradizionali della violazione di legge, dell'eccesso di potere e dell'incompetenza, con la conseguenza che ove venga rilevato il difetto del presupposto della legittimità sotto uno di tali profili, l'inosservanza del provvedimento amministrativo non integra il reato contestato”. In particolare, nella pronuncia la Corte rileva che la struttura del reato de quo corrisponderebbe integralmente a quella di cui all'art. 650 c.p., in ordine al quale la giurisprudenza è costante nell'affermare il principio anzi detto. Nello stesso senso, anche Cass., 9.12.2004, n. 47677, in *CED Cass.*, 234974; e, infine, anche Cass., I, 3.5.2006,

relazione all'atto prefettizio.

Si tratta, in effetti, di due provvedimenti ben distinti, (sulla base degli artt. 13 e 14 t.u. immigrazione) sia per quanto attiene alla funzione svolta dai soggetti che li adottano (questore e prefetto), sia in ordine alla fase a cui appartengono: il primo rientra in una cd. fase decisionale ed il secondo invece in una cd. esecutiva. In effetti, il prefetto si limita a decidere dell'espulsione dello straniero (in relazione ai presupposti di cui al comma 2 dell'art. 13 del t.u.), il questore invece si occupa delle modalità della stessa, svolgendo la funzione di organo esecutivo rispetto al provvedimento del prefetto²⁴⁹.

Con riferimento dunque al provvedimento del Prefetto, va rilevato che sulla base del contenuto di esso il giudice è tenuto ad accertare se si tratta del delitto o della contravvenzione, entrambi previsti dall'art. 14, comma 5-ter, del t.u. Si condivide quindi la tesi secondo cui deve essere consentito al giudice di sindacare la legittimità dell'atto, pur non essendo espressamente prevista come requisito del provvedimento. Non si conviene, pertanto, con quella giurisprudenza di legittimità che negava per il giudice penale la possibilità di sindacare la legittimità del provvedimento prefettizio, sulla base di diverse motivazioni di volta in volta individuate²⁵⁰.

n. 15259, in *CED Cass.* 234296.

²⁴⁹ Tale distinzione rileva anche ai fini di individuare e non confondere i vizi sindacabili dal giudice per ciascun provvedimento. Il giudice, infatti, non potrà censurare l'atto di espulsione del prefetto per l'omessa motivazione sulle modalità di espulsione, che non sono di competenza del prefetto. Si tratta invero di un vizio in cui può incorrere il provvedimento del questore. In Cass., I, 28.3.2006, in *Cass. pen.*, 2007, 247, ad esempio, si critica proprio la confusione di tale elemento nella nota di HAYO A.A., *La motivazione dell'ordine di allontanamento del questore*.

²⁵⁰ In Cass., VI, 9.7.2003, in *C.E.D. Cass.*, n. 226690 si sostiene infatti che ha il giudice della convalida dell'arresto non avrebbe necessità di accertare la legittimità del provvedimento prefettizio di espulsione, il quale costituirebbe solo un presupposto dell'intimazione, e non elemento materiale della fattispecie incriminatrice, integrata invece dalla violazione dell'ordine emesso dal questore. In una diversa pronuncia, poi, è invece osservato che, poiché il decreto di espulsione del prefetto è soggetto (ai sensi dell'art. 13, comma 8, del t.u.) ad autonome forme di impugnazione e porta all'instaurarsi di un procedimento di natura civilistica, non potrebbero essere né dedotti né rilevati in sede penale eventuali vizi del provvedimento prefettizio, né eventuali forme di invalidità della procedura, che, sulla base dell'ordinamento, potrebbero ricevere considerazione in altro ambito. Così anche Cass., 18.1.2008, n. 2907; Cass., I, 30.3.2005, in *C.E.D. Cass.*, n. 232492; e, nello stesso senso, Cass., I, 11.12.2007, in *CED Cass.*, n. 23907. Ancora, in Cass., I, 23.11.2007, *C.E.D. Cass.*, n. 239203, si è riconosciuto che al giudice di merito spetta valutare pienamente la legittimità dell'atto presupposto della violazione penale, che però sarebbe rappresentato solo dal decreto del questore. Il giudice di merito non potrebbe invece sindacare la legittimità di quello che la Corte definiva l'antecedente logico - giuridico del decreto del questore, e cioè del decreto di espulsione emesso dal prefetto, del quale peraltro (come

Diversamente, appare piuttosto che anche il decreto prefettizio di espulsione integri l'elemento oggettivo della fattispecie, come presupposto del fatto, poiché dalla sua validità consegue anche la legittimità dell'ordine del questore (che si colloca nella fase esecutiva del procedimento, mentre quello prefettizio si pone nella fase cd. decisionale²⁵¹). Esso dovrà dunque essere sindacato dal giudice penale, nello svolgere il suo ruolo di accertamento della presenza degli elementi tipici del reato²⁵². In ogni caso, esiste anche una diversa parte della giurisprudenza che ha abbracciato tale tesi²⁵³.

Concludendo, si crede che sia quindi necessaria la legittimità di entrambi i provvedimenti, sia sul piano formale che sul piano sostanziale e che il giudice penale debba dunque sindacarli entrambi.

Un particolare problema che ha riguardato poi la fattispecie, in particolare, attiene alla fase dell'arresto e della convalida: il dibattito riguarda i limiti del giudice in tale fase, ossia se egli già potesse già riscontrare l'illegittimità dei provvedimenti. Sul punto, assai brevemente, si sono registrati – anche a livello giurisprudenziale – due indirizzi discordanti. Il primo, di segno negativo²⁵⁴, escludeva il controllo sulla legittimità in simile fase, mentre il secondo,

riconosceva la stessa Cassazione) l'atto del questore è una mera modalità di esecuzione. Infatti, la cognizione del decreto di espulsione del prefetto spetterebbe esclusivamente al giudice di pace in sede civile. Piuttosto, il giudice penale potrebbe disapplicare l'intimazione di allontanamento quando essa non sia preceduta da alcun atto di espulsione, e cioè quando non l'invalidità, ma l'inesistenza del decreto di espulsione travolga il conseguente provvedimento di attuazione.

²⁵¹ In questo senso si esprime infatti BALZELLONI P., *Immigrazione (reati in materia di)*, voce, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, 2004, Torino, 379.

²⁵² Si ritiene quindi che l'accertamento della legittimità dello stesso imponga la verifica anche di tutte le situazioni di fatto previste dalla legge per legittimare l'espulsione, e dell'insussistenza dei divieti di cui all'art. 19 t.u., nonché della mancata pendenza di procedure di regolarizzazione. Allo stesso modo, dal punto di vista formale, il giudice di merito deve accertare ad esempio l'esistenza in esso dell'indicazione delle modalità di impugnazione del provvedimento, l'osservanza delle prescrizioni in materia di traduzione degli atti, nonché la presenza di una congrua e non meramente apparente motivazione.

²⁵³ Cass., I, 8.10.2004, in *C.E.D. Cass.*, n. 230560.

²⁵⁴ Cass., I, 5.11.2003, in *C.E.D. Cass.*, n. 226481; Cass., I, 5.10.2004, in *C.E.D. Cass.*, n. 229816, secondo cui il giudice deve limitarsi ad una verifica di ragionevolezza dell'operato della polizia giudiziaria circa i presupposti richiesti per la privazione della libertà personale, indipendentemente da approfondite valutazioni relativamente alla fondatezza dell'accusa, riservate al giudizio di merito. Nello stesso senso, Cass., I, 27.4.2004, in *C.E.D. Cass.*, n. 229046, per la quale al giudice della convalida spetterebbe solo la valutazione della sussistenza degli elementi che hanno determinato l'adozione del provvedimento, e dunque delle condizioni legittimanti la privazione della libertà personale, tra cui la configurabilità, non solo astratta, del reato legittimante l'arresto, con giudizio *ex ante*.

positivo²⁵⁵, lo ammetteva.

In questa sede - senza addentrarsi nell'argomento il quale tra l'altro riguarda il diverso ramo del diritto processuale - si sottolinea che alcuna dottrina propende, condivisibilmente, per quest'ultima interpretazione: è stato infatti affermato²⁵⁶ che il giudice in sede di convalida dell'arresto avrebbe lo stesso sindacato del giudice di cognizione non rinvenendosi una norma la cognizione del giudice penale a seconda che si tratti o meno della convalida dell'arresto. È la profondità dello stesso, piuttosto, ad essere diversa, nel senso che dovrebbe essere limitato ad un sindacato sommario al *fumus* del reato, e – pertanto – della legittimità anche dei provvedimenti²⁵⁷.

²⁵⁵ Cass., I, 14.10.2005, in *C.E.D. Cass.*, n. 232974. In essa, invece, si afferma che il giudice della convalida dell'arresto è tenuto a verificare previamente la legalità formale e sostanziale del provvedimento che si assume violato sotto i profili della violazione di legge, dell'eccesso di potere e dell'incompetenza, atteso che la struttura del reato è del tutto corrispondente a quella dell'art. 650 c.p.

²⁵⁶ POTETTI D., *La legittimità amministrativa dei provvedimenti del prefetto e del questore nel reato di cui all'art. 14, comma 5-ter del t.u. n. 286 del 1998*, in *Cass. pen.*, 2009, 3, 1208.

²⁵⁷ Sul punto poi si è posto anche un altro problema, sempre di stampo prettamente processual-penalistico (ossia se il giudice dovesse effettuare il sindacato solo sulla base degli elementi di cui disponeva - o di cui avrebbe dovuto disporre secondo l'ordinaria diligenza - al momento dell'arresto la polizia giudiziaria, ovvero se potesse utilizzare anche elementi successivamente emersi -ad esempio nella stessa udienza di convalida -). L'argomento è stato affrontato diffusamente da POTETTI D., *La legittimità amministrativa dei provvedimenti del prefetto e del questore*, cit., 1208. E, in giurisprudenza, ad esempio da Cass., 8.2.2005, n. 4626, in *CED Cass.*, 227501, la quale sostiene che il giudice possa sindacare la legittimità del provvedimento anche in sede di convalida, ma limitandosi agli elementi indicati dalla polizia giudiziaria.

Capitolo III

Il delitto di abuso d'ufficio.

SOMMARIO: 1. L'art. 323 c.p. e le sue tormentate vicende legislative. 2. La condotta penalmente rilevante: la violazione di norma di legge. 2.1 (segue) le norme di principio. 2.2. (segue) le norme procedurali. 2.3 (segue) la violazione cd. mediata di norme: il rinvio ad atti subordinati. 2.4 (segue) l'incompetenza. 3. La violazione di regolamenti. 3.1 (segue) profili di legittimità costituzionale in tema di violazione di regolamento. 4. Le fonti escluse dall'art. 323 c.p.: ordinanze contingibili e urgenti, ordini e discipline, circolari. 5. La *vexata quaestio* dell'eccesso di potere. 5.1 (segue) l'eccesso di potere dopo la riforma. 5.2 (segue) alcuni tentativi di conferire rilevanza all'eccesso di potere. 6. La condotta di omessa astensione. 7. L'evento di reato. 7.1 (segue) la cd. doppia ingiustizia e il sindacato del giudice penale nell'accertamento di tale elemento. 7.2 (segue) i concetti di vantaggio patrimoniale e di danno. 8. Il dolo intenzionale. 8.1 (segue) la questione attinente alla finalità pubblica perseguita dall'autore del reato. 8.2 (segue) l'accertamento del dolo. 8.3 (segue) l'errore. 9. Considerazioni conclusive sul sindacato giudiziario in materia di abuso d'ufficio.

1 L'art. 323 c.p. e le sue tormentate vicende legislative.

Si è scelto di concentrare principalmente l'attenzione sull'art. 323 c.p. perché - come più volte si ha avuto modo di ricordare - esso rappresenta l'emblema, in un'unica fattispecie, delle molteplici tematiche e profili critici fino ad ora trattati.

In effetti, più di ogni altra norma, il reato di abuso ha dato luogo in passato ad un sindacato fortemente incisivo da parte del giudice penale, rappresentando molto spesso anche un'occasione per entrare nella sfera dell'amministrazione, e poi eventualmente accertare altri reati, tra cui la concussione e la corruzione (si ricorda ancora una volta l'efficace definizione “grimaldello”²⁵⁸ per l'accertamento

²⁵⁸ Tale felice definizione appartiene a LAUDI M., *L'abuso d'ufficio: luci ed ombre di un'attesa riforma*, I, *Profili sostanziali*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, 1049.

di ulteriori reati, ovvero anche di “norma civetta”²⁵⁹).

Il delitto, infatti, così come disciplinato dal Codice Rocco era assolutamente indeterminato e privo di tipicità, oltre che del tutto residuale. La norma, infatti, stabiliva che: “Il pubblico ufficiale che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge, è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa da lire cinquecento a diecimila”.

Risulta di tutta evidenza, quindi, che la condotta di abuso d'ufficio appariva in realtà non-definita in quella di colui che abusa “dei poteri inerenti alle sue funzioni”. Si trattava di un'espressione tautologica che nulla aggiungeva alla rubrica dello stesso articolo, e che riprendeva in pratica la formula già adottata nella classificazione delle aggravanti comuni, all'art. 61 n. 9, ossia l' “abuso dei poteri inerenti alle funzioni”. Dalla Relazione del Guardasigilli nei lavori preparatori, sembra che inizialmente in realtà si volessero precisare “le forme nelle quali l'abuso si estrinseca”, ma la volontà di ricomprendere al suo interno una molteplicità di condotte diverse (usurpazione di un potere non conferito ad un pubblico ufficiale; l'abuso del potere; l'incompetenza relativa e la violazione di legge sostanziale -allorché il pubblico ufficiale avesse agito fuori dai casi previsti dalla legge- e formale -allorché egli non avesse osservato le formalità prescritte dalla legge-) ha portato alla scelta finale di una definizione molto ampia e quasi onnicomprensiva.

La fattispecie, poi, così come originariamente formulata (e anche nella sua versione del 1990) era strutturata come reato a dolo specifico, richiedendosi che l'agente commettesse l'abuso al fine di recare ad altri un danno ovvero di procurargli un vantaggio.

L'abuso d'ufficio, nella sua originaria previsione del Codice Rocco, fu sempre quindi aspramente criticato proprio perché rappresentativo di tutte quelle esigenze di riforma per molto tempo lamentate dalla dottrina. Come già analizzato, secondo gran parte della dottrina esso rasentava anche i limiti della

²⁵⁹ Sempre LAUDI M., *Il Sole 24 ore*, 12.10.1996, 23.

legittimità costituzionale, per violazione del principio di legalità di cui all'art. 25 Cost., ma tale questione è stata esclusa dalla Corte Costituzionale²⁶⁰.

Non ci si sofferma ora sulla riscrittura della norma da parte della L.86/1990, che ha avuto esiti del tutto fallimentari, poiché si è già ampiamente analizzata la stessa nel corso del capitolo precedente. Si ricorda, solamente, che l'abuso d'ufficio è rimasto nel 1990 reato a dolo specifico e che le novità introdotte sono state principalmente tre²⁶¹. In primo luogo, si è registrato un aumento dei soggetti attivi, poiché sono stati aggiunti anche gli incaricati di pubblico servizio, oltre ai pubblici ufficiali. Si è proceduto, poi, ad inserire l'elemento dell' "ingiustizia" del danno o del vantaggio oggetto del fine che doveva animare la condotta del soggetto attivo (da qui nacque quell'impostazione dottrinale fautrice della teoria della cd. doppia ingiustizia, ossia della necessità di effettuare un duplice accertamento volto a verificare non soltanto l'ingiustizia del comportamento ma anche quella del fine²⁶², e di cui si tratterà con riferimento alla vigente disciplina).

In ultimo, è stata introdotta una graduazione sanzionatoria a seconda che il vantaggio perseguito fosse patrimoniale o non patrimoniale: nel primo caso la pena era più elevata, da due a cinque anni di reclusione. Tale scelta suscitò alcune polemiche, poiché non si ravvedeva un maggior disvalore - tale da giustificare una pena più grave - nella finalità di ottenere un vantaggio patrimoniale rispetto a quella di cagionare ad altri un danno. Come conseguenza di tale distinzione nell'ambito del vantaggio, poi, si è aperto un dibattito dottrinale e giurisprudenziale avente ad oggetto la distinzione tra "condotta favoritrice o prevaricatrice", di cui al comma 1, diretta a perseguire un vantaggio non patrimoniale o ad arrecare un danno ingiusto ad altri, e "condotta affaristica", di cui al comma 2, volta ad ottenere un fine di vantaggio patrimoniale. Il problema riguardava precipuamente anche la natura del comma 2, ossia se esso avesse

²⁶⁰ La già citata Corte Cost., 19.2.1965, n. 7, in *Cass. pen.*, 1966, 984 e ss. Per una trattazione dell'argomento e la critica a tale sentenza da parte della dottrina si rinvia al capitolo 1.

²⁶¹ Per tale differenziazione, si veda BENUSSI C., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio.*, cit., 5.

²⁶² In questo senso, in dottrina, SEGRETO A. - DE LUCA G., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 506; e, in giurisprudenza, Cass., VI, 5.4.1994, in *Giust. pen.*, 1994, II, c. 748; contro tale impostazione, invece, SEMINARA S., *Il delitto di abuso d'ufficio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 579.

natura autonoma ovvero circostanziale²⁶³.

L'abuso d'ufficio veniva mantenuto anche nel 1990, comunque, come fattispecie a carattere residuale, stante la clausola di riserva: si è già ampiamente sottolineato, però, come da norma residuale esso abbia finito, fino al 1997, per ricomprendere al suo interno - come un "gigantesco contenitore" - le condotte delle abrogate ipotesi di interesse privato in atti d'ufficio, peculato e malversazione per distrazione, secondo il fenomeno successorio di modifica della fattispecie e non di *abolitio criminis*.

Alla totale indeterminatezza e residualità della norma si aggiunga infine,

²⁶³ Nel senso dell'autonomia della condotta cd. affaristica si è espressa in modo esplicito la Corte di Cassazione: Cass., VI, 30.1.1991, in *Giust. pen.*, II, 1993, 76. Secondo la Corte "non può condividersi l'opinione con la quale è stato sostenuto che il 2° comma dell'art. 323 c.p. contiene un'ipotesi aggravata di abuso di atti d'ufficio rispetto al primo comma di detto articolo. È decisiva, al riguardo, la considerazione che, per l'ipotesi del secondo comma del richiamato articolo, la pena è determinata in modo autonomo anziché attraverso un aumento della pena prevista per il primo comma. Ciò, ad avviso della Corte, rivela la *ratio* della norma che identifica le due fattispecie come autonome figure di reato, riunite sotto il medesimo articolo per la comunanza di condotta materiale e per la qualifica del soggetto attivo". Tale pensiero della Corte ha suscitato diverse critiche in dottrina. Tra queste, in nota alla sentenza stessa, GUGLIELMINI C., *Il capoverso dell'art. 323 c.p.*, cit., 76, ha rilevato che "solitamente le circostanze si pongono rispetto agli elementi della previsione criminosa semplice in rapporto da *species* a *genus* e tra il reato circostanziato e quello semplice intercorre una relazione di specialità che pone il primo in posizione di sottospecie rispetto alla fattispecie semplice o primaria di reato della quale costituisce una ipotesi particolare(...) Si appalesa una mera astrazione concettuale l'assunto che la nuova norma identifichi le due fattispecie contemplate dall'art. 323 c.p. novellato come autonome figure di reato, riunite sotto il medesimo articolo per la comunanza di condotta materiale e per la qualifica del soggetto attivo. Ed invero, tra la fattispecie semplice prevista dal primo comma e l'altra del secondo che commina una pena più grave svincolata da quella contemplata nel primo comma, - ma tanto non è valida ragione giuridica per affermare l'autonomia delle due previsioni - manca finanche quel rapporto di eterogeneità ed incompatibilità per la dottrina (Mantovani, *Diritto penale*, p. 345 e segg.) indica come criterio per distinguere la circostanza che aggrava del reato autonomo, e l'aggravamento previsto dal comma 2° dell'art. 323 c.p. novellato, non immuta il tipo di reato ma ne gradua solo la gravità e si pone rispetto alla fattispecie base del comma 1° in rapporto di specificazione contemplando in sostanza un altro modo di esprimersi della condotta dell'agente ritenuta più grave per la qualità del vantaggio di natura patrimoniale alla cui realizzazione si indirizza l'azione, fatto questo che dal legislatore è stato considerato con maggiore sfavore." In dottrina, a favore di tale impostazione, si era evidenziato che i contenuti del dolo erano eterogenei, non essendo individuabile un rapporto da genere a specie tra il vantaggio o il danno non patrimoniale e il vantaggio patrimoniale. Così, BENUSSI C., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 6; BALDI, *Le principali forme di manifestazione del reato di abuso d'ufficio: abuso circostanziato ed abuso tentato*, in *Cass. pen.*, 1995, 939; RAMPIONI R., *L'abuso d'ufficio*, in COPPI F. (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione, Studi in memoria di Angelo Raffaele Latagliata*, Torino, 1993, 120. A favore della tesi circostanziale, invece, si adduceva un legame tra le due ipotesi consistente nell'abuso funzionale, per cui, attesa la medesima natura sostanziale delle due ipotesi, l'art. 323, co. 2, non poteva che consistere in un'ipotesi di circostanza aggravante. In questo senso, D'AVIRRO A., *L'abuso d'ufficio*, I, cit., 200; PITTARO P., *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, cit., 15; GUGLIELMINI C., *Il capoverso dell'art. 323 c.p., come novellato dall'art. 13 Legge 26 aprile 1990, n. 86 - Reato autonomo o reato circostanziato?*, in *Giust. pen.*, II, 1993, 76.

come ulteriore elemento, che l'eccesso di potere era considerato penalmente rilevante ai sensi dell'art. 323 c.p.: va da sé che quindi potenzialmente l'indagine del giudice potesse estendersi all'infinito.

Alla luce di quanto finora esposto, si può concludere che a partire dal 1990 l'unico elemento che guidasse il giudice nel distinguere il penalmente lecito dall'illecito era, sostanzialmente, il dolo specifico. Se dunque era esclusivamente la finalità illecita perseguita dal soggetto attivo a fungere da *discrimen*, ben si comprende fino a che punto al giudice penale fosse lasciato intromettersi nell'ambito della pubblica amministrazione, anche al fine di determinare appunto la sussistenza del dolo specifico.

‘E solo nel 1997, quindi, che il Legislatore ha - questa volta finalmente riuscendovi - fornito una risposta alla questione dell'abuso d'ufficio, riformulandolo in modo da prevedere requisiti che rendessero la norma dotata di determinatezza. Tuttavia, molteplici sono ancora i profili di problematicità che il delitto pone e che restano, per certi versi, irrisolti. Attualmente la disciplina prevede: “Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno carattere di rilevante gravità.”

Dalla lettura della norma appare con evidenza la scelta di porre in qualche modo fine al cosiddetto “abuso dell'abuso” da parte del giudice, riducendo in modo drastico il raggio d'azione della norma²⁶⁴. Ciò che resta delle precedenti versioni sono solo i soggetti attivi e, in parte, la clausola di riserva. Per il resto, l'art. 323 c.p è stato profondamente mutato.

Innanzitutto, da delitto di mera condotta oggi esso costituisce delitto di evento, il quale consiste nella realizzazione del vantaggio patrimoniale o del danno ingiusto.

²⁶⁴ AMATO G., *Tra intenzionalità e carattere patrimoniale si “riduce” il raggio d'azione della norma*, in *Guida al dir.*, 1998, fasc. 5, 70.

D'altro canto, quindi, questi elementi prima rientranti nella sfera dell'elemento soggettivo del dolo specifico, oggi ne sono usciti, tornando il dolo ad essere di tipo generico.

Oltre ad essere stato posticipato il momento consumativo alla verifica dell'evento, poi, l'elemento oggettivo è stato ulteriormente tipizzato tramite una definizione più specifica della condotta. Si è inoltre abbandonata la scelta di definire l'abuso semplicemente mediante l'utilizzo di tale termine, in questo modo selezionando l'area dei fatti penalmente rilevanti. Non più dunque reato a forma libera ("abuso del suo ufficio"), ma a forma vincolata. Attualmente possono costituire condotte rilevanti ai fini dell'art. 323 c.p. solamente due tipologie: la violazione di legge o di regolamento e l'omissione di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto e negli altri casi prescritti. Si entrerà di individuare, dunque, cosa sia stato escluso mediante tale tipizzazione, ed in particolare se il vizio dell'eccesso di potere possa definitivamente considerarsi estraneo all'attuale condotta rilevante.

Sempre dal punto di vista dell'elemento oggettivo, l'ambito di applicazione della norma è stato ristretto anche tramite la decisione di privilegiare la dimensione patrimoniale del reato, escludendo dunque l'ipotesi di abuso diretto ad un vantaggio non patrimoniale. Si è posto fine, così, a quello sdoppiamento che era stato creato nel 1990 tra abuso patrimoniale e non patrimoniale, tornando all'originaria unità strutturale del reato. Inoltre, il presupposto in cui la condotta può assumere rilevanza è quello dello "svolgimento delle funzioni e del servizio", e non più il mero abuso della qualità²⁶⁵.

Sotto il profilo di elemento soggettivo, poi, il dolo è tornato ad essere generico e non più specifico, ma è stato costruito nella forma di dolo intenzionale (come si rinviene dall'avverbio "intenzionalmente") - proposto già dalla precedente Commissione Morbidelli. Esso ha suscitato notevoli dispute in relazione alla sua portata e alla distinzione rispetto al dolo diretto. Quel che è certo, comunque, è che sia stato esplicitamente escluso il dolo eventuale.

In ordine, infine, al bene giuridico tutelato, sicuramente esso – come tutti i

²⁶⁵ Tra i vari autori che hanno rilevato tale profilo, BENUSSI C., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 9.

reati collocati in tale capo – resta costituito dal buon andamento, l'imparzialità e il prestigio della Pubblica Amministrazione²⁶⁶. Tuttavia non è mancato chi²⁶⁷ ha rilevato che la nuova versione dell'art. 323 c.p. avrebbe ricollocato il bene giuridico tutelato dalla norma: non sarebbe più solo questo il bene giuridico tutelato, ma anche il patrimonio della pubblica amministrazione o del privato danneggiati dalla condotta dell'agente.

Ultima novità che merita essere sottolineata – di non poco conto – riguarda l'aspetto sanzionatorio, modificato in senso più favorevole al reo. Mentre in passato (con riferimento al perseguimento del fine di un vantaggio patrimoniale) era prevista la pena detentiva della reclusione da due a cinque anni (per il caso del fine di un vantaggio non patrimoniale era invece solo fino a due anni) ora essa è stata ridotta da sei mesi a tre anni; tra le varie conseguenze da ciò derivanti, si pensi solo che in tal modo viene esclusa l'applicazione di misure coercitive e

²⁶⁶ In giurisprudenza, sotto la vigenza della norma così come introdotta dalla L. 86/1990, Cass., 15.5.1995, in *Riv. pen.*, 1995, 1021; Cass., 4.6.1996, in *Riv. pen.*, 1996, 1365. In tale pronuncia, la Corte ha, al riguardo, affermato: "L'abuso di ufficio di cui all'art. 323 c.p. consiste in una violazione delle finalità di imparzialità e/o di buon andamento dell'amministrazione, consumata attraverso la mancata osservanza di norme specifiche dirette a garantire il perseguimento di dette finalità; pertanto ai fini dell'accertamento della sussistenza di tale reato occorre, oltre all'individuazione di norme procedurali violate, altresì evidenziare in termini precisi sotto quale profilo tali violazioni abbiano inciso sul tradimento delle finalità suddette; in mancanza di ciò anche l'individuazione di scopi privati, connotanti il comportamento, non basta ad integrare l'oggettività dell'abuso". Circa la permanenza del medesimo bene giuridico tutelato anche nella nuova disciplina, si veda tra i molti in dottrina, PAGLIARO A. – PARODI GIUSINO M., *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 269 e ss.; PARODI GIUSINO M., *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 879 e ss.; o anche MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, cit., 79, secondo il quale "in uno Stato come il nostro, pluralistico, laico, ispirato a valori di tolleranza, nel quale tutto il potere statale promana dal popolo sovrano, che nell'uomo riconosce il valore della dignità e un nucleo di diritti inviolabili – in uno Stato siffatto il diritto penale non può perseguire scopi trascendenti o etici, non può degradare l'uomo a mero oggetto di trattamento per le sue presunte inclinazioni antisociali, né può reprimere la mera disobbedienza. L'unico modello di diritto penale, e di reato, compatibile con la Costituzione è quindi un diritto penale strumento di protezione dei beni giuridici, e un reato strutturato come offesa ai beni giuridici".

²⁶⁷ Così ha sottolineato OBERDAN F., *Il patrimonio della pubblica amministrazione tra i beni giuridici tutelati dalla norma*, in *Guida al dir.*, 1997, fasc. 39, 81 e ss. L'Autore, infatti, ha evidenziato che "Ora non è più solo il prestigio e il buon andamento della pubblica amministrazione, quanto il patrimonio della stessa pubblica amministrazione (ingiustamente inciso dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio infedele) ovvero il patrimonio del privato che subisce un danno ingiusto. Il buon andamento amministrativo, quindi, non sembra essere più il bene giuridico in via immediata e diretta protetto dalla norma, quanto il bene giuridico protetto in via indiretta, poiché la sua lesione è strumentale al conseguimento di altro, e quindi alla lesione di altro bene giuridico".

custodiali, ovvero la possibilità per l'autorità giudiziaria di avvalersi del mezzo di ricerca della prova delle intercettazioni telefoniche o ambientali (limitata per i delitti contro la pubblica amministrazione a quelli per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni; art. 266, lett. b c.p.p.). 'E stata aggiunta, infine, una circostanza aggravante speciale ad effetto comune, nel caso di vantaggio o danno di rilevante gravità, con aumento quindi fino ad un terzo.

Quanto, poi, al profilo della successione delle leggi nel tempo, con riferimento alle modifiche dell'art. 323 c.p., si è già accennato alla questione all'inizio dell'elaborato²⁶⁸.

In estrema sintesi, dalla presentazione della norma si può di già rilevare che la riforma ha apportato un elevato grado di tipicità alla fattispecie, apponendo una serie di vincoli che rendono addirittura oggi assai difficile – anche dal punto di vista probatorio – giungere effettivamente ad una condanna per tale delitto. Da norma pressoché onnicomprensiva, si è quindi giunti ad una fattispecie che ha ritagliato di molto il suo ambito di applicazione. L'art. 323 c.p. sembra infatti rappresentare emblematicamente entrambe le vie che prima si sono enucleate come una sorta di linea guida per il Legislatore: in esso, infatti, si è verificato un intervento, sia dal punto di vista oggettivo (a sua volta poi sia con riferimento alla condotta che all'evento) che da quello soggettivo (introducendo il dolo intenzionale).

Al contempo, però, la riduzione sanzionatoria ha dimostrato una precisa scelta politico-criminale. Insomma, a tredici anni di distanza e tramite una valutazione complessiva anche della sua applicazione in concreto, si può affermare che l'art. 323 c.p. è divenuto un delitto con un ambito di applicazione quasi troppo ristretto e di difficile consumazione (quando anche si riesca a provare la sussistenza dell'elemento oggettivo, assai arduo risulterà individuare la presenza del dolo intenzionale); inoltre, comunque, anche nei pochi casi in cui il delitto dovesse realizzarsi, la pena attuale risulta inadeguata.

Si crede, infatti, che se da un lato era assolutamente necessario rendere più

²⁶⁸ Si rinvia pertanto sul punto al primo capitolo e si richiama, per tutti, sull'argomento, AMBROSETTI E.M., *Abolition criminis e modifica della fattispecie*, Padova, 2005, 103 e ss.

determinata l'ipotesi delittuosa, separando l'illegittimo dall'illecito, sarebbe stato però più corretto punire solo le condotte connotate da un particolare disvalore (come è infatti avvenuto), ma nei confronti di esse predisporre una risposta sanzionatoria più efficace, che garantisca un'effettività del sistema penale.

Al di là delle critiche che si muovono dal punto di vista generale alla disciplina dell'abuso d'ufficio, si prosegue ora nella trattazione dei punti critici della norma, soffermandosi innanzi tutto sulla condotta di violazione di norma di legge e di regolamento e sulla sua portata, nonché sull'evento e sul dolo intenzionale, poiché si tratta degli aspetti su cui maggiormente si individua il limite del sindacato del giudice penale.

2 La condotta penalmente rilevante: la violazione di norma di legge.

La violazione di norme di legge o di regolamento costituisce una delle due condotte "vincolate", tramite le quali è possibile realizzare il delitto di abuso d'ufficio.

Pur essendo stata tipizzata, resta comunque evidente che tale tipo di condotta è molto ampia e suscettibile di molteplici interpretazioni circa il ventaglio di norme e regolamenti che possano essere violati, integrando così il reato. 'E per questo che, prima dell'entrata in vigore della norma, si è aperto un lungo dibattito circa la necessità di utilizzare una definizione ampia come l'attuale, ovvero circoscriverla a particolari disposizioni legislative o regolamentari, fornendo una definizione più specifica²⁶⁹. Sembra che il Legislatore abbia preferito non prendere espressa posizione sul punto, lasciando la

²⁶⁹ Nel corso delle XII legislatura, varie proposte di legge avevano prospettato l'opportunità di individuare come elemento costitutivo del reato la violazione di "specifiche disposizioni di legge" (disegno di legge Pinto, n. 1694) o la violazione di "espresse disposizioni di legge" (disegno di legge Angeloni, n. 2103) o infine la violazione di "disposizioni di legge vincolanti" (disegno di legge Scopelliti, n. 1190). Tali soluzioni erano tutte dirette ad una miglior puntualizzazione della condotta, ed erano fondate sul principio che la generica violazione dei principi generali della buona amministrazione doveva essere riservata solo alla giustizia amministrativa e contabile. Si veda al proposito la relazione dei Senatori Pinto, Diana, e Palombo al citato disegno di legge n. 1694 presentato al Senato l'11 maggio 1995.

definizione piuttosto aperta, e quindi rimettendo di fatto l'interpretazione sulla sua portata alla giurisprudenza e alla dottrina²⁷⁰.

Innanzitutto, per quanto riguarda la violazione di legge, per meglio comprendere quale sia la sua nozione, bisognerà prendere le mosse dalle fonti di produzione del diritto in generale, ossia gli atti e i fatti da cui hanno origine le norme giuridiche. Per legge, quindi, pacificamente non si intenderà certo solo la legge in senso formale (leggi costituzionali, parlamentari, regionali) ma anche gli atti avente forza di legge (decreti legge e decreti legislativi), secondo la gerarchia delle fonti²⁷¹.

Si deve, infatti, subito riconoscere che, anche se spesso per “legge” si intende in senso lato il concetto di “norma giuridica”²⁷², in questo caso il Legislatore ha utilizzato il termine legge in senso formale e non invece atecnico.

In merito poi alla valenza di tale legge, ci si è domandati se la norma di legge rilevi come vero e proprio elemento della fattispecie, integrandola, ovvero se essa resti mero presupposto di fatto per la realizzazione del delitto, nel senso che il suo specifico contenuto non si incorpora nella norma penale. Come noto, la differenza è essenziale ai fini del tema della cd. modifica mediata della fattispecie, su cui si dibatte da molto tempo. Si tende a ritenere che la norma violata resti mero presupposto della fattispecie penale, e che non ne entri a far parte: il contenuto della norma andrà di base dunque rapportato al *tempus commissi delicti*, e una sua successiva modifica o abrogazione non seguirà pertanto le sorti dell'art. 2 c.p., comma 2 e 4.²⁷³

²⁷⁰ Questa la critica di Manna, che definisce di fatto l'art. 323 c.p. come norma parzialmente in bianco, potendo una infinità di condotte consistere in una violazione di legge o di regolamento. MANNA A., *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, 44.

²⁷¹ Si possono quindi includere tra le leggi la Costituzione formale, le leggi di revisione della Costituzione e le leggi di rango Costituzionale, le leggi formali, i decreti legislativi delegati, i decreti legge, gli statuti regionali, le leggi regionali, nonché quelle delle province autonome di Trento e Bolzano, i regolamenti parlamentari, il diritto internazionale consuetudinario, le fonti comunitarie, i regolamenti governativi e regionali, i regolamenti degli enti territoriali autonomi, le consuetudini ed anche le sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale.

²⁷² Persino in Costituzione vi è chi ritiene che sia stato utilizzato il termine legge nel senso di norma giuridica (ad esempio nell'art. 111 Cost, quando si prevede il ricorso per Cassazione per violazione di legge); così, CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1971, 8 e ss.; e SANDULLI A.M., *Fonti di diritto*, in *Nss. Dig. It.*, VII, 1961, 525.

²⁷³ La giurisprudenza tende ad escludere così il fenomeno di successione mediata di fattispecie in materia (come tende in realtà a fare in via generale). E' stato infatti affermato dalla Suprema

Dal punto di vista sostanziale, inoltre, sono riconducibili allo schema della violazione di legge tutte le mancate applicazioni ovvero le errate applicazioni della stessa. Potranno, d'altro canto, verificarsi vizi di vario genere, attinenti alla forma, al contenuto o all'oggetto dell'atto, ovvero al suo procedimento di formazione. Sotto questo profilo, tuttavia, la questione è aperta poiché vi è chi vuole ravvedere oltre ad un limite formale anche un limite sostanziale nelle "leggi" rientranti nell'ambito dell'art. 323 c.p., pur se non espressamente previsto²⁷⁴. Ma sul punto si tornerà nei paragrafi successivi, ove si analizzeranno alcune categorie di norme (cd. procedimentali e di principio) e la loro possibilità di esclusione dal novero delle "leggi", proprio sulla base di un criterio sostanziale.

A riprova dell'elasticità del concetto di violazione di legge, si rileva che in giurisprudenza si è anche ravvisata la violazione di legge o di regolamento non solo quando la condotta tenuta dall'agente contrasti letteralmente con una disposizione di riferimento, ma anche quando il contrasto si ponga in senso cd.

Corte che la nuova legge di riferimento non introduce alcuna differente valutazione in relazione alla fattispecie legale astratta designata dalla norma incriminatrice e al suo significato di disvalore, rimanendo comunque immutato il presupposto della violazione di legge, ma modifica una disposizione extrapenale che si limita ad influire sulla concreta applicazione futura della stessa norma incriminatrice, nel senso che la sussistenza del requisito della violazione di legge andrà verificata alla luce della nuova regola. Così, Cass., 15.1.2003, in *Cass. pen.*, 2004, 3621. Nello stesso senso la più recente, Cass., VI, 7.4.2005, in *Cass. pen.*, 2007, 178. A favore dell'opposta tesi di *abolitio criminis* o di modifica della fattispecie, RISICATO L., *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004, 242 e ss.

²⁷⁴ Di diverso tenore, ma pur sempre fondata su una delimitazione di tipo sostanziale, si richiama qui una suggestiva teoria, anche se poco convincente, con la quale si è provato a ricondurre il concetto di violazione di legge di cui all'art. 323 c.p. a quello di inosservanza di legge previsto per la colpa all'art. 43 c.p., stante la similitudine delle due espressioni. Come noto, si è dibattuto in passato circa l'interpretazione da assegnare alla locuzione "leggi" cui fa riferimento l'art. 43 c.p. nella parte in cui disciplina il delitto colposo. In particolare, ci si chiedeva, non operando l'art. 43 c.p. alcuna distinzione fra legge penale e legge non penale, se anche l'inosservanza dolosa della legge penale potesse configurare una forma di colpa. Nonostante la risposta positiva di alcuni Autori (LEONE G., *Il reato aberrante*, Napoli, 1964, 139 e ss.), l'indirizzo prevalente - sia dottrinale che giurisprudenziale - ha finito per concludere che non sarebbe idonea ad integrare la responsabilità colposa dell'agente la violazione di qualsiasi legge, ma solo la trasgressione di quelle norme giuridiche "che prescrivano o vietino comportamenti, astenendosi dai quali o realizzando i quali è prevedibile il verificarsi di un evento dannoso come conseguenza della propria azione od omissione". In buona sostanza, rientrerebbero nella colpa cd. impropria solo le inosservanze di norme cautelari o cd. di funzione preventiva (in questo senso, DE MARSICO A., *Colpa per inosservanza della legge o reato aberrante*, in *Annuali di dir. e proc. pen.*, 1940, 237; GALLO M., *Colpa penale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, 642; ANTOLISEI F., *Colpa per inosservanza di leggi e responsabilità oggettiva*, in *Giust. pen.*, II, 1948, 1 e ss.; MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 228 e ss.). Il tentativo di applicare tale interpretazione restrittiva dell'art. 43 c.p. anche all'art. 323 c.p., facendovi cioè rientrare solo quelle norme con tale particolare funzione, non risulta però percorribile.

funzionale, ossia quando “essa contraddica lo specifico fine perseguito dalla norma, concretandosi in uno svolgimento della funzione o del servizio che oltrepassa ogni possibile opzione attribuita al pubblico ufficiale o all’incaricato di pubblico servizio per realizzare tale fine”²⁷⁵; allo stesso modo è stata fatta rientrare nel concetto di violazione di norma di legge anche la falsa attestazione posta in essere dal pubblico ufficiale²⁷⁶.

Ritornando, pertanto, al sindacato del giudice penale, sicuramente allora può riconoscersi che esso - con la L.234/1997 - è stato radicalmente ridotto, poiché in ogni caso è stato fissato un vincolo e la condotta dell’agente - qualsiasi essa sia, atto amministrativo o anche mera attività materiale - dovrà essere sussunta all’interno di una violazione di legge o di regolamento. Pare doversi rilevare però che, considerato anche l’articolato sistema normativo italiano, pressoché infiniti saranno i casi in cui tale elemento possa ritenersi integrato, stante l’ampiezza del concetto e soprattutto la definizione così aperta da essere elastica e suscettibile di diverse interpretazioni, rimesse alla discrezione del giudice.

Soprattutto con riferimento a certe categorie di norme, si è infatti riconosciuta la possibilità di ampliare a dismisura il novero di casi riconducibili nell’ambito di tale condotta (per non parlare poi dell’eventualità di ricomprendersi anche l’eccesso di potere, di cui si vedrà in seguito), ed è per questo che taluno ha creato un criterio di tipo sostanziale volto a limitare le tipologie di leggi la cui violazione risulti rilevante. In particolare, ci si riferisce alle questioni attinenti alle cd. norme di principio, norme procedimentali, e infine alla violazione “mediata” di norme (ossia la violazione di provvedimenti o atti normativi richiamati da altre norme).

3.2.1 (segue) le norme di principio.

Molteplici sono le norme, qui genericamente definite come di principio, le

²⁷⁵ Cass., 9.2.1998, in *Cass. pen.*, 1999, 1761.

²⁷⁶ Così Cass., 30.1.2001, in *Cass. pen.*, 2002, 1010. Infatti, afferma la Corte, la condotta di falso costituisce violazione di un dovere immanente alla funzione pubblica, avendo il pubblico ufficiale il dovere di formare atti pubblici ideologicamente e materialmente veri.

quali - dal momento che prevedono concetti assai ampi e generici - consentono potenzialmente di far rientrare nell'ambito di una violazione delle stesse le più disparate condotte.

Il rischio di simile applicazione dell'art. 323 c.p. è quello di annullare il senso della riforma e sterilizzare il concetto di violazione di legge, rimettendo definitivamente al giudice la scelta delle norme potenzialmente rilevanti, al punto da rendere nuovamente sindacabile qualsiasi tipo di attività posta in essere dalla pubblica amministrazione. La questione è strettamente collegata con l'antico problema – peraltro mai risolto del tutto – della riconducibilità del vizio dell'eccesso di potere nell'ambito della violazione di legge, di cui si parlerà più avanti, e che renderebbe allora proprio assoluto il sindacato del giudice penale, che accertando l'eccesso di potere potrebbe addentrarsi fino al cuore del merito amministrativo (pur fermo ovviamente il fatto che l'eccesso di potere resta un vizio di legittimità, è ormai chiaro come esso sia ai limiti con il merito e con la valutazione di opportunità rimessa alla pubblica amministrazione).

Basti pensare solamente a quanti sono i casi che potrebbero essere ricompresi nell'alveo di una violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. o – in genere – a molti altri dei principi consacrati in Costituzione. In particolare, la questione si è posta soprattutto con riferimento alla violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità di cui all'art. 97 Cost.²⁷⁷ In via astratta è già stato chiarito, infatti, come - dal punto di vista formale - alla Costituzione non possa negarsi il suo valore di legge; sarebbe solo sulla base di un criterio sostanziale che norme troppo generiche potrebbero essere escluse dalle ipotesi di violazione di cui all'art. 323 c.p.

Da un punto di vista generale, si può affermare che - al fine di scongiurare tali rischi peraltro del tutto contrastanti con l'intenzione del Legislatore - la dottrina si è per lo più schierata nel senso di negare la rilevanza di tale categoria di norme, e in particolare dell'art. 97 Cost., seguendo poi percorsi argomentativi di volta in volta diversi. 'E anche alla luce della volontà di escludere l'eccesso di

²⁷⁷ Particolare attenzione viene dedicata a tale argomento, ripercorrendo analiticamente gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sul possibile impiego dell'art. 97 Cost. come parametro di valutazione della tipicità delle condotte abusive da parte di TESAURO A., *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, Torino, 2002, 5 e ss.

potere dalla violazione di legge che spesso la letteratura ha espresso tali opinioni, poiché il mezzo più semplice utilizzato da certi autori²⁷⁸ per tornare a far emergere tale vizio di legittimità è quello di ritenere le condotte viziate dall'eccesso di potere come in contrasto con i principi di imparzialità e di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost. Peraltro, è stato paventato il rischio di incostituzionalità dell'art. 323 c.p. per mancanza di determinatezza (ai sensi dell'art. 25, comma 2, Cost.), ove si estendesse a tal punto il significato del concetto di violazione di legge²⁷⁹.

Molti²⁸⁰ così hanno ragionato nel senso che l'art. 97 Cost. e tutte le norme di principio avrebbero mero carattere programmatico, dovendosi invece dar importanza solo a quelle precettive. L'art. 97 Cost. avrebbe così mero valore di criterio guida e non di regola comportamentale.

Secondo un diverso assunto, poi, altri²⁸¹ hanno affermato che tali tipologie

²⁷⁸ Ad esempio, MANES V., *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro it.*, 1998, 390; LEONI M., *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., 62; PAGLIARO A. – PARODI GIUSINO M., *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 281 e ss.; D'AVIRRO A., *L'abuso d'ufficio*, cit., 62, per il quale “la disparità di trattamento (nonché l'ulteriore figura sintomatica dell'ingiustizia manifesta che si verifica in presenza di fatti di evidente ed intollerabile ingiustizia) è anche violazione del principio di imparzialità, sicché come ritiene parte delle dottrine si tende a riconoscere carattere precettivo all'art. 97 Cost. con la conseguenza che la violazione del principio di imparzialità che si traduce nella disparità di trattamento o nell'ingiustizia manifesta, non viene più inquadrate nell'eccesso di potere, ma rientra nell'ambito della violazione di norma di legge”.

²⁷⁹ Sul tema, BENUSSI C., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 95 e ss. Egli sostiene che “stando così le cose, l'inclusione tra i parametri normativi della condotta abusiva dei principi di imparzialità e buon andamento della P.A. porterebbe alle conseguenze più volte enunciate in precedenza: si farebbe rientrare dalla finestra ciò che il legislatore si era sforzato di far uscire dalla porta e più esattamente si autorizzerebbe il rinvio della norma incriminatrice a parametri che sono caratterizzati da una congenita vaghezza ed elasticità di contenuto. Si darebbe così nuovamente vita, in via interpretativa, ad una figura di reato in aperto contrasto con il principio di precisione delle norme incriminatrici imposto dalla Costituzione sia al legislatore che all'interprete. Si riprodurrebbe in via interpretativa quel ‘gigantesco contenitore’ di incriminazioni, bollato dalla stessa dottrina che patrocinia la tesi in esame come un contenitore caratterizzato da un'eccessiva elasticità. E poiché questa eccessiva elasticità si tradurrebbe nell'attribuzione ad ogni singolo giudice del ruolo di ‘legislatore del caso per caso’, si favorirebbe, per un settore decisivo della vita pubblica, l'inevitabile passaggio da uno ‘stato delle leggi’ ad uno ‘Stato dei giudici’, vulnerando la libertà e la sicurezza dei destinatari delle norme incriminatrici.”

²⁸⁰ Così, FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte speciale*, cit., 242; TESAURO A., *La riforma dell'art. 323 c.p. al collaudo della Cassazione*, in *Foro it.*, 1998, 261; DI MARTINO A., *Abuso d'ufficio*, in BONDÌ A. – DI MARTINO A. – FORNASARI G., *Reati contro la pubblica amministrazione*, II ed., Milano, 2008, 246. L'Autore afferma, infatti, che l'art. 97 Cost. non è norma idonea ad integrare il precetto penale, perché altrimenti risulterebbe violato il principio di tassatività, poiché la “generalità del parametro priverebbe il giudice di un reale criterio di selezione tra mera illegittimità amministrativa e illiceità penale”.

²⁸¹ LAUDI M., *L'abuso d'ufficio: luci ed ombre di un'attesa riforma*, cit., 1049; LA GRECA

di norme dovrebbero restare esterne all'art. 323 c.p. sulla base di un'interpretazione storica della *volutas legislatoris*. Palese risulta, in effetti, l'intenzione del Legislatore di circoscrivere la fattispecie, rifacendosi alla storia della riforma ed ai lavori preparatori della L.234/1997. Tuttavia, come noto, simile tipo di interpretazione è quella più debole, poiché sempre più la dottrina conferisce spazio ad interpretazioni letterali o sistematiche rispetto che all'interpretazione storica, conforme alla volontà legislativa.²⁸²

Non è mancato anche chi, comunque, si è espresso in senso favorevole all'applicazione anche di norme di principio quale l'art. 97 Cost.²⁸³

Dal punto di vista giurisprudenziale, deve essere menzionata - innanzi a tutto - la posizione assunta dalla Suprema Corte a poca distanza dall'entrata in vigore dell'art. 323 c.p. sul punto (ed anche in tema di norme cd. procedurali). In tale celebre sentenza, cd. sentenza Tosches²⁸⁴, è stata proposta un'interpretazione restrittiva, in linea con quella della dottrina prevalente, la quale non fa rientrare così l'art. 97 Cost. nella violazione di legge di cui all'art. 323 c.p. Tale sentenza riveste enorme importanza poiché in essa vengono affrontati sistematicamente molteplici profili del delitto di abuso d'ufficio; probabilmente

G., *La nuova figura di abuso d'ufficio: questioni applicative*, in *Foro it.*, 1998, 382.

²⁸² La dottrina ormai pacificamente ha degradato tale criterio ermeneutico a semplice mezzo di rafforzamento di risultati raggiunti mediante l'utilizzo di altre forme di interpretazione. Tra i tanti, si veda in tema di interpretazione MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2009, 66 e ss.

²⁸³ Nello stesso senso si sono espressi: SEMINARA S., sub *Art. 323*, in CRESPI A. – FORTI G. – ZUCALÀ G. (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2008, 797, il quale ha sottolineato “l’evanescenza della linea di confine tra norme programmatiche e precettive (...), ricadendo sotto la responsabilità dell’interprete la conseguenza esclusione di rilevanza penale degli abusi più pericolosi per i diritti dei cittadini e per il buon andamento della p.a., che sono proprio quelli realizzati nella sfera dell’attività discrezionale”; GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002, 276, che ha affermato che: “il giudice penale chiamato ad applicare l’art. 323 c.p., può quindi ricondurre al concetto di norma di legge i parametri costituzionali dell’imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione al fine di verificare la loro eventuale violazione, e sanzionare così di conseguenza l’uso distorto della discrezionalità amministrativa. Senza che a tale proposito si possa paventare il sospetto di incostituzionalità dell’art. 323 c.p., giacché includere i parametri costituzionali dell’imparzialità e buon andamento dell’amministrazione rappresenta il modo migliore per contemperare le esigenze di repressione degli abusi nell’esercizio dell’attività discrezionale della pubblica amministrazione e la descrizione sufficientemente tassativa della fattispecie di abuso”.

²⁸⁴ Cass., 4.12.1997, in *Foro it.*, 1998, II, 258, con nota di TESAURO A., *La riforma dell’art. 323 c.p. al collaudo della Cassazione*, e in *Cass. pen.*, 1998, 2332, con nota di GAMBARDELLA M., *Considerazioni sulla “violazione di norme di legge” nel nuovo delitto di abuso d’ufficio.*

proprio perché consapevole dei pericoli insiti nella norma, la Corte ha colto così l'occasione per risolvere alcuni contrasti esprimendosi chiaramente su di essi, al fine di orientare le future interpretazioni. I nodi centrali su cui la sentenza si sofferma sono in pratica: l'esatta portata applicativa da assegnare al requisito della violazione di norme di legge o regolamento; la possibilità di continuare a includere l'eccesso di potere tra le norme tipiche di realizzazione della condotta incriminata dalla nuova fattispecie; ed infine, la questione di diritto intertemporale relativa alla successione di leggi nel tempo dell'art. 323 c.p.

Per quel che riguarda qui il profilo delle norme di principio, la Cassazione²⁸⁵ prospetta il rischio che un'interpretazione formalisticamente orientata della “violazione di norme di legge o regolamento” possa tradire le ragioni politico-criminali della riforma, consentendo al magistrato penale un impiego troppo disinvolto del reato in questione. La sentenza diventa, quindi, portavoce del timore che l'art. 323 c.p. possa continuare a legittimare un intervento giudiziario in contrasto con il principio costituzionale della divisione dei poteri²⁸⁶ e si propone il compito di individuare idonei parametri in grado di contenere eventuali future spinte estensive della giurisprudenza, che verrebbero a tradire gli intenti della riforma.

‘E a tale scopo che la pronuncia ha ravvisato la limitazione dall'area penalmente rilevante della violazione di disposizioni programmatiche o di principio. Essa ha, infatti, affermato che presupposto deve essere “che la norma violata non sia genericamente strumentale alla regolarità dell'attività amministrativa, ma vieti puntualmente il comportamento sostanziale del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio; e pertanto, sono irrilevanti (...) le violazioni di norme generalissime o di principio, come quella prevista dall'art. 97 Cost. sul buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, che peraltro appare di carattere organizzativo e non sembra prescrivere specifici comportamenti ai singoli soggetti”.

²⁸⁵ Cass., 4.12.1997, cit.

²⁸⁶ Sul punto si rimanda ai già citati, SILVESTRI G., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, 59 e ss.; MENEGHELLI R., *La funzione del giudice e il principio della divisione dei poteri*, in *Giur. cost.*, 1994, 3223; FANELLI A., *Il sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa*, in *Riv. amm.*, 1995, II, 833.

A conclusione del suo percorso motivazionale, la sentenza ha avuto cura di precisare che un'interpretazione diversa avrebbe esposto l'art. 323 c.p. alle stesse censure di costituzionalità che gravavano sulla precedente norma, dato che l'inclusione delle norme di principio e procedurali determinerebbe nuovamente il totale venir meno della tipicità della fattispecie²⁸⁷.

In conformità con quanto statuito con tale sentenza, la giurisprudenza successiva ha per lo più confermato tale indirizzo²⁸⁸.

Viceversa, essa ha chiarito però che - a differenza dell'art. 97 Cost., comma 1 - l'art. 97 Cost., comma 3, il quale dispone che all'impiego pubblico si accede mediante concorso, non va considerato quale una norma di principio: esso, cioè, sarebbe idoneo a determinare una violazione di legge rilevante ai fini dell'integrazione del reato di abuso d'ufficio²⁸⁹.

In tema comunque di norme di principio esistono anche pronunce²⁹⁰ che,

²⁸⁷ La Corte sottolinea infatti che “una diversa interpretazione della norma finirebbe, anzitutto, con esporla agli stessi dubbi di costituzionalità già prospettati in relazione alla precedente formulazione (...) per violazione dell'art. 25, secondo comma, Cost., con riferimento all'indeterminatezza della fattispecie incriminatrice; (...) ed, altresì, per violazione dell'art. 97, primo comma, Cost., con riferimento all'indebita ingerenza nella sfera della discrezionalità della pubblica amministrazione (...). Inoltre, un'interpretazione diversa da quella prospettata finirebbe con il rendere assolutamente vana la riforma del 1997, volta - come si è visto - a valorizzare il principio della separazione dei poteri e ad individuare, con sufficiente chiarezza, il discrimine tra illegittimità e illiceità.” Cass., 4.12.1997, cit.

²⁸⁸ Cass., VI, 10.4.2007, in *Guida al dir.*, 2007, fasc. 28, 76. Nella sentenza la Corte ha ribadito che l'art. 97, comma 1, Cost. non ha carattere precettivo e ha valore soltanto programmatico. Ne deriva che tali principi, a causa del carattere generale che li distingue, non sono idonei a costituire oggetto della violazione di legge che può dare luogo all'integrazione del reato di abuso di ufficio. Allo stesso modo, Cass., 8.5.2003, in *C.E.D. Cass.*, n. 226706. In questa pronuncia la Corte di Cassazione ha affermato che l'art. 97 Cost. non ha carattere precettivo ma meramente programmatico, sicché tali principi, per il carattere generale che li distingue, non sono idonei a costituire oggetto della violazione che può dar luogo all'integrazione che può dar luogo al reato previsto dall'art. 323 c.p.

²⁸⁹ L'art. 97 Cost., comma 3, infatti detta una regola di autoorganizzazione, avente valore precettivo, e, quindi, di immediata applicazione per la pubblica amministrazione, mentre le eventuali eccezioni a detta regola sono demandate al Legislatore per il quale allora essa riveste solo valore programmatico. Così, Cass., 26.2.2002, in *Cass. pen.*, 2003, 3380.

²⁹⁰ Si prenda il caso, ad esempio, di inosservanza dell'art. 25 c.c. La Corte ha osservato che l'art. 25 c.c., norma di diritto amministrativo inserita nel codice civile, disciplina il controllo sull'amministrazione delle fondazioni ed è preordinata alla tutela di interessi privatistici riconducibili al perseguimento dello scopo dei soggetti controllati. La norma in esame dispone l'intervento dell'autorità tutoria in presenza di circostanze che impediscono l'attuazione delle norme costitutive dell'atto di fondazione. In particolare, il conflitto di interessi tra una fondazione e i membri del consiglio della stessa, rappresenta uno dei casi in cui si riconosce la legittimità dell'intervento ex art. 25 c.c. La Corte prosegue ritenendo che la norma attributiva del potere di controllo e vigilanza contenga, non solo l'obbligo positivo di controllare l'amministrazione delle fondazioni, ma anche un portato precettivo implicito e negativo, consistente nel divieto di

discostandosi da tale precedente interpretazione, hanno ravvisato l'integrazione dell'art. 323 c.p. anche in violazione di norme generiche (purchè ciò non fosse il mezzo per lasciare ingresso al vizio dell'eccesso di potere, sul quale la giurisprudenza è restata invece sempre molto rigida).²⁹¹

Alla luce di quanto sino ad ora evidenziato, si vuole però affermare che le tesi fino qui enunciate non appaiono affatto convincenti.

Al di là dello scarso valore già sottolineato che assume infatti l'interpretazione storica della volontà del Legislatore, poco rilevante sembra anche la distinzione largamente utilizzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza tra disposizioni programmatiche e precettive.

Da un primo punto di vista, come si rinviene già dalla dottrina più risalente in materia di diritto pubblico²⁹², essa appare una categorizzazione superata dato che ormai si crede che tutte le norme del dettato costituzionale abbiano una portata precettiva, ivi compreso l'art 97 Cost. Ma al di là di considerazioni attinenti al

ingerenza, da parte dell'autorità tutoria, nell'amministrazione dell'ente, pena la confusione tra controllore e controllato. Ciò non sorprende, dal momento che ogni comando legislativo è affiancato dal divieto di un comportamento ad esso antitetico. La Corte, dunque, conclude affermando che l'inosservanza del divieto di ingerenza costituisce una vera e propria violazione di legge ai sensi dell'art. 323 c.p., allo stesso modo in cui quest'ultima si determina in caso di violazione dell'obbligo positivo espressamente sancito dall'art. 25, comma 1, c.c. Cass., 11.10.2009, in *Cass. pen.*, 2010, 10, 3402, con nota di RENZETTI C., *Osservazioni*, la quale si sofferma sugli anzi detti problemi circa la violazione di legge. Nello stesso senso, anche Cass., 19.6.2008, in *Cass. pen.*, 2009, 1025, con nota di DE BELLIS M., *Il principio di imparzialità nella condotta della pubblica amministrazione dettato dall'art. 97, comma 1, Cost. può avere efficacia precettiva ai fini del reato di abuso di ufficio*. Nella sentenza, espressamente, così si legge che "l'art. 97 Cost., nel suo significato più precettivo, relativo all'imparzialità dell'azione amministrativa, può costituire parametro di riferimento per il reato di abuso d'ufficio".

²⁹¹ Con riferimento, ad esempio, all'art. 2043 c.c., la Suprema Corte ha riconosciuto la sussistenza della violazione di legge nell'ipotesi di violazione dell'art. 2043 c.c. Così, Cass., VI, 19.4.2000, in *Riv. pen.*, 2000, 575. La sentenza, che in realtà sembra fornire una lettura assai forzata, riconduce la produzione di un danno ingiusto all'art. 2043 c.c., e questo a sua volta all'art. 323 c.p. In buona sostanza, ogni qualvolta vi sia la realizzazione di un danno ingiusto si potrebbe ravvedere la condotta di cui all'art. 323 c.p., quando invece lo stesso danno risulta anche elemento dell'art. 323 c.p. Quasi come si trattasse di un rapporto da genere a specie, piuttosto pare che l'art. 323 c.p. oltre all'elemento comune del danno ingiusto richieda i requisiti specializzanti ulteriori della condotta, dell'elemento soggettivo, dell'ingiustizia e così via. In sintesi, non sembrano quindi idonee a integrare la violazione costituente la condotta dell'art. 323 c.p. la norma di cui all'art. 2043 c.c., poichè sanziona una condotta vietata da altre norme (alle quali occorre riferirsi per valutare la rilevanza penale della condotta).

²⁹² CANNADA BARTOLI E., *Imparzialità e buon andamento negli scrutini per merito amministrativo*, in *Foro amm.*, 1964, II, 73; BARONE G., *Discrezionalità*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, XI, 9; SALA G., *L'eccesso di potere amministrativo nella L. n. 240/90: un'ipotesi di ridefinizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 171.

diritto pubblico, anche ove tale distinzione potesse considerarsi corretta, resta comunque il fatto che sembra del tutto labile e troppo indefinito il criterio mediante il quale individuare tali norme.

In poche parole, non si comprende come sarebbe possibile di volta in volta escludere ovvero far rientrare una norma nell'ambito dell'art. 323 c.p., ritenendola rispettivamente generica o specifica, di principio o precettiva.

Pur essendo cioè stata formulata tale teoria proprio al fine di limitare il sindacato del giudice, in realtà anche per tale strada il sindacato giurisdizionale rimarrebbe molto esteso: così procedendo, infatti, egli verserebbe nella situazione di non poter giudicare illecite le condotte in contrasto con norme di principio, ma gli sarebbe comunque concesso – in modo del tutto discrezionale – di stabilire quali siano le norme di principio e quali invece no.

Certo si condivide il timore verso il rischio che un'estensione indefinita della violazione di legge porta connaturato in sé²⁹³. Oltre ad un potenziale ingresso dell'eccesso di potere, esso implicherebbe uno svuotamento totale dell'art. 323 c.p. che in definitiva sarebbe caratterizzato da una “definizione non definita”, idonea ad abbracciare pressoché qualsivoglia comportamento attivo od omissivo.

Ciò premesso, si resta convinti però di dover rimanere ancorati al testo di legge, e procedere prima di tutto tramite un'interpretazione letterale. Se è vero che certamente è individuabile nell'art. 323 c.p. un limite al concetto di legge in senso formale, escludendo cioè il significato atecnico di norma giuridica, è altrettanto vero che nell'ambito delle leggi così come individuate sembra molto difficile ravvisare un ulteriore criterio, di tipo sostanziale, in base al quale limitare ulteriormente la violazione di legge.

In buona sostanza, in questa sede si intende rilevare che manca un convincente fondamento alla limitazione in via assoluta nei confronti delle norme di principio del concetto di violazione di legge. Anche perché non può negarsi che le norme costituzionali siano a tutti gli effetti norme di legge²⁹⁴.

²⁹³ Sul punto si veda anche VINCIGUERRA S., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008, 249 e ss.

²⁹⁴ Osservazioni simili a quelle sin qui rilevate appartengono a SEGRETO A. - DE LUCA G.,

Piuttosto, sembra possibile ragionare in termini diversi, e soprattutto non più in via generale verso tutte le norme cd. di principio, tratteggiando dei limiti con riferimento in particolare all'art. 97 Cost. Si preferisce cioè seguire una diversa soluzione, che si ritrova anche brevemente nella sentenza cd. Tosches, secondo la quale l'art. 97 Cost., comma 1, sarebbe una norma di cd. autorganizzazione. Anche parte della dottrina pubblicistica²⁹⁵, infatti, è convinta che, fermo il carattere precettivo dell'art. 97 Cost., esso sia norma che si rivolge all'amministrazione, ma non in quanto svolga la sua attività istituzionale, bensì in quanto svolga attività di organizzazione di se stessa, con atti generali o particolari. La norma in questione, quindi, pur elevando l'imparzialità e il buon andamento a principi generali, comunque si rivolge sotto il profilo precettivo ai soggetti preposti ad organizzare i pubblici uffici. Detta dottrina, inoltre, reputa la riserva contenuta in questa norma di tipo relativo e non assoluto, con la conseguenza che l'organizzazione può avvenire anche attraverso regolamenti. Quindi, il contenuto precettivo della norma atterrebbe non a qualunque forma di attività della pubblica amministrazione, ma esclusivamente alla sua organizzazione: il destinatario della norma dunque diventerebbe principalmente il Legislatore, mentre la pubblica amministrazione ne sarebbe destinataria solo relativamente alle sue attività di autorganizzazione.

Pare così che solo seguendo simile impostazione, allora, si potrebbe non certo escludere la portata precettiva dell'art. 97 Cost., ma almeno ridurla nei termini della lettera della norma costituzionale, limitando la sua rilevanza - ai fini dell'art. 323 c.p. - ai soli casi di attività della pubblica amministrazione relativa all'autorganizzazione dei propri uffici²⁹⁶.

L'abuso d'ufficio, cit., 495 e ss. Egli, correttamente, inoltre evidenzia che dal punto di vista della gerarchia delle fonti, sarebbe assolutamente precluso al legislatore ordinario, nell'individuare fattispecie criminose, discriminare tra leggi ordinarie e leggi costituzionali, in senso deteriore per queste. Nel medesimo senso si è espresso anche GROSSO C.F., *Condotte ed eventi nel delitto di abuso d'ufficio*, in *Foro it.*, 1999, V, 334 e ss., per il quale la locuzione impiegata dal legislatore allude alla violazione indistinta di qualunque previsione normativa dovunque sia collocata e quale che sia il suo specifico contenuto: "la volontà oggettiva della legge penale nuova, quale si desume dal significato letterale delle parole usate, opera nel senso della più ampia comprensività, e ogni tentativo di limitazione costituisce un'operazione interpretativa arbitraria".

²⁹⁵ ALLEGRETTI U., *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. pubb.*, Torino, 1993, VIII, 131; GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1993, 90.

²⁹⁶ All'interno di tale attività, ad esempio, si ritiene rientri l'attività concorsuale di assunzione

Escludendo – quindi – l'art. 97 Cost., per il quale pare possibile effettuare alcuni ragionamenti specifici che ne limitino la riconducibilità alla violazione di legge, per il resto si può concludere nel senso che decisamente ancora molto ampio resta il sindacato in capo al giudice penale sul piano della condotta di violazione di legge. Non si condivide, in definitiva, l'assunto per cui, al fine di evitare la trasformazione dell'abuso d'ufficio in un illecito di mera trasgressione astrattamente idoneo a punire qualsiasi caso di mera tipicità apparente, la norma violata dovrebbe intrinsecamente essere dotata di un sufficiente livello di significatività sul piano del disvalore criminale²⁹⁷, e che vieti quindi un "comportamento sostanziale" del soggetto pubblico.

Si è altrettanto convinti però che il pericolo fino ad ora segnalato vada anche alquanto ridimensionato. Si è più volte insistito, infatti, sulla necessità di individuare i tratti differenziali tra illecito penale rispetto all'illecito amministrativo, per evitare manifestazioni di repressioni penali nei confronti di una mera illegittimità. Tuttavia, due sono le considerazioni che si rendono ancora necessarie sul punto.

Innanzitutto, non è detto che la violazione di legge di cui all'art. 323 c.p., qualora interpretata estensivamente - come letteralmente il testo porterebbe a credere - e non orientata in un senso sostanziale, debba per forza coincidere con la violazione di legge quale vizio di legittimità. Si vedrà meglio anche in seguito come tali due concetti in parte si equivalgano ed in parte invece si differenzino tra di loro (si

del personale.

²⁹⁷ Così è stato affermato già prima della riforma da PADOVANI T., *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, 78. L'Autore infatti, sosteneva che "il vincolo del giudice alla legge rappresenterà allora la migliore garanzia contro il pericolo di valutazioni giudiziarie formalistiche e, talora, obiettivamente vessatorie". Sempre a favore di un'interpretazione sostanzialistica o cd. teleologicamente orientata, CONTENTO G., *Giudice penale e pubblica amministrazione dopo la riforma*, in *Quaderni C.S.M.*, 1992, 189. Egli sottolinea che "tutte le volte che norme penali si riferiscono a requisiti come quelli di legittimità, legalità ed analoghi, è evidente che non c'è ragione di principio per asserire che questi termini debbano essere interpretati nello stesso modo in cui gli stessi termini hanno una loro valenza tecnica nel diritto pubblico, nel diritto amministrativo, perché l'interpretazione penale è sempre un'interpretazione teleologicamente orientata, nel senso che è correlata alle finalità di ogni singola norma"; e SEMINARA S., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 1253, il quale pur non ritenendola effettivamente praticabile, riconosce che "tale prospettiva autonomistica appare in sé certamente ipotizzabile; tutte le fattispecie penali si compongono infatti di elementi cui può essere attribuito un significato anche difforme da quello loro proprio in altri settori dell'ordinamento giuridico, laddove ciò sia imposto dalle specifiche esigenze dell'imputazione penalistica".

pensi solo al fatto che nell'art. 323 c.p. la violazione di legge ricomprende pacificamente anche la condotta che violi la competenza, a differenza del vizio amministrativo di violazione di legge ben distinto rispetto all'incompetenza, ed anzi residuale rispetto ad essa).

Ma, in secondo luogo, anche qualora si finisse per attribuire alla violazione di legge di cui all'art. 323 c.p. un'accezione formalistica, ciò non significa che di fatto vi sarà una coincidenza tra illiceità penale ed illegittimità amministrativa. Infatti, si è già ricordato come la nuova versione dell'art. 323 c.p. abbia previsto una pluralità di requisiti ai fini della sua integrazione, per cui anche ove la condotta fosse troppo "neutra" e non recante in sé un particolare disvalore, essa dovrà necessariamente colorarsi degli ulteriori elementi: prima di tutto, sempre sul piano dell'elemento oggettivo, dovrà verificarsi l'evento di un vantaggio patrimoniale ovvero di un danno, oltretutto ingiusti (e da ciò si parla del requisito della cd. doppia ingiustizia), nonché dell'elemento soggettivo del dolo intenzionale. Sarà sempre così possibile separare i casi di mera illegittimità dall'illiceità penale: il problema, anzi, come sin da subito evidenziato, concretamente sarà proprio all'opposto quello di riuscire a provare tutti gli indicati elementi e quindi finire per considerare una condotta davvero illecita. La violazione di legge, insomma, altro non è che solo il primo dei filtri grazie ai quali selezionare l'area del penalmente rilevante.

Certo non si tratta di un criterio di facile identificazione, né in grado di limitare adeguatamente la discrezionalità giudiziale, ma consiste pur sempre in un vincolo quanto meno superiore rispetto al passato, in cui mancava anche solo un *minimum* di definizione della condotta.

3.2.2. (segue) le norme procedurali.

Per quanto attiene alle norme cd. procedurali, possono essere effettuati gli stessi identici rilievi riferiti nel paragrafo precedente a quelle di principio. Le perplessità evidenziate in ordine ad eventuali limitazioni sostanziali del concetto di violazione di legge riguardano infatti qualsiasi tipo di criterio, sia esso da un lato volto ad eliminare quelle norme troppo generiche e di principio – prive di

particolare disvalore sociale ovvero idonee a ricomprendere troppe ipotesi al loro interno, tra cui anche aree di discrezionalità amministrativa per il tramite dell'eccesso di potere – o, dall'altro lato, volto a escludere tutte quelle norme cd. procedurali, ossia attinenti ad una mera regolarità formale e dunque prive di disvalore sostanziale.

Senza dunque insistere nell'esprimere ancora una volta la mancata adesione a tali teorie, si richiama tuttavia l'indirizzo secondo il quale anche questa tipologia di norme dovrebbe essere esclusa dal novero delle leggi di cui all'art. 323 c.p., sempre per scongiurare quel rischio posto in luce nel paragrafo precedente di svuotamento della fattispecie, che finirebbe per trovare un'interpretazione formalistica e che avvicinerebbe troppo l'illiceità penale a l'illegittimità amministrativa²⁹⁸.

La giurisprudenza di legittimità, infatti, si è espressa spesso negando la rilevanza della violazione delle norme procedurali ai fini della violazione di legge ai sensi dell'art. 323 c.p. Ha affermato la Corte, appunto, che la norma violata non deve essere “genericamente strumentale alla regolarità dell'attività amministrativa”, ma deve prevedere “puntualmente il comportamento sostanziale del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio”; “sono irrilevanti le violazioni di alcune norme a carattere meramente procedimentale, come ad esempio quelle che impongono all'amministrazione di tenere conto delle memorie e dei documenti prodotti dal privato, o di motivare l'atto amministrativo (cfr.: legge n. 241 del 1990).” Tale dichiarazione appartiene alla celebre sentenza cd. Tosches, che come prima già si è anticipato, si è occupata anche di questo profilo.²⁹⁹

La Corte, nella sentenza, ha optato dunque - sotto entrambi gli aspetti - per un'interpretazione del requisito di violazione di norma di legge o di regolamento che conceda il dovuto spazio all'obiettivo di individuare i tratti differenziali che caratterizzano l'illecito penale rispetto al mero illecito amministrativo.

²⁹⁸ Sul punto si veda, per tutti, FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale, parte speciale*, cit., 242.

²⁹⁹ Così, sempre sentenza cd. Tosches, Cass., 4.12.1997, in *Foro it.*, 1998, II, 258. Nello stesso senso, Cass., 28.11.1997, in *Guida al dir.*, 1998, fasc. 1, 103.

L'esclusione dall'area di punibilità delle violazioni di norme procedurali si allinea quindi con quella dottrina che aveva sottolineato il rischio di approdare ad un concetto di illegittimità meramente formale, identificabile con l'irregolarità, e di pervenire così a soluzioni ancor più formalistiche di quelle precedenti³⁰⁰. Anche in seguito a tale sentenza, l'orientamento della giurisprudenza è rimasto pressoché immutato (quanto meno per alcuni anni, poiché nei tempi recenti si segnalano alcuni mutamenti), continuando a sostenere siffatta interpretazione restrittiva³⁰¹.

Sicuramente, ove si consentisse l'ingresso all'interno dell'art. 323 c.p. alle norme procedurali, di molto aumenterebbero le condotte potenzialmente rilevanti, pensando ad esempio solamente alla quantità delle ipotizzabili violazioni della legge sul procedimento amministrativo (L. 241/1990).

Mentre la limitazione operata dalla giurisprudenza in tema di norme di principio ha trovato largo consenso in dottrina, in questo caso, invece, molteplici sono stati i dissensi³⁰² nei confronti della tesi restrittiva assunta dalla

³⁰⁰ Così, sempre FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 242; PAGLIARO A., *Nuovi spunti sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, 502.

³⁰¹ Si pensi ad esempio a Cass., 24.9.2001, in *Cass. pen.*, 2003, 121, in cui si afferma che la condotta dell'agente pubblico rileva alla duplice condizione che contrasti con norme specificamente mirate a inibire o prescrivere la condotta stessa (non potendosi ammettere rilevanza, a tale proposito, a disposizioni genericamente strumentali alla regolarità de servizio) e che dette norme presentino i caratteri formali ed il regime giuridico della legge o del regolamento; Cass., 1.3.1999, in *Cass. pen.*, 2000, 867, secondo cui, appunto, non è idonea a determinare la violazione di legge rilevante ai fini della integrazione del reato di cui all'art. 323 c.p. la violazione di norme di legge aventi carattere procedurale; Cass., 28.4.1999, in *Cass. pen.*, 2000, 2241, per la quale non integrano l'elemento materiale del delitto di abuso di ufficio quei comportamenti che si sostanziano nella inosservanza di norme procedurali destinate a svolgere la loro funzione solo all'interno del procedimento, senza incidere nella fase decisoria di composizione del conflitto di interessi materiali, oggetto della valutazione amministrativa. Inoltre, la Corte ha stabilito la non configurabilità del reato nei casi in cui vi sia un procedimento complesso, ossia caratterizzato dal concorso di diversi atti amministrativi, e l'agente abbia contribuito esclusivamente all'adozione di un atto legittimo, quando l'illegittimità del provvedimento finale dipenda da atti diversi, alla cui formazione egli non abbia contribuito. Ed anche, Cass., 28.4.2000, in *Cass. pen.*, 2003, 120.

³⁰² Così, D'AVIRRO A., *L'abuso d'ufficio*, cit., 51; anche BENUSSI C., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 75, ha affermato che l'opinione della Suprema Corte non può essere condivisa. Infatti "anche queste disposizioni procedurali sono contenute in norme di legge e, d'altra parte, spesso è proprio grazie alla violazione di siffatte norme che si realizza l'evento costitutivo della fattispecie. Così, per fare un esempio, se l'amministrazione, una volta contestato l'addebito ad un suo dipendente, gli irroghi una sanzione senza lasciar trascorrere il termine per consentirgli di presentare le proprie deduzioni, sul piano oggettivo un siffatto comportamento integra senz'altro la condotta delineata nell'art. 323 c.p."; e ancora, con riferimento all'impostazione della Cassazione, MANES V., *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, cit., 393, il quale afferma che "se sotto il profilo formale l'affermazione può essere condivisibile, da un'angolazione sostanziale essa non sembra corrispondere all'attuale realtà normativa: numerose applicazioni dell'imparzialità – e del buon andamento – riguardano infatti il

giurisprudenza. Ancora più arduo sembra infatti trovare – non tanto qui un criterio distintivo tra norme procedimentali e sostanziali, che forse è di più immediata individuazione (anche se pur sempre si tratterebbe di un criterio indeterminato e soggetto alla soggettività del giudice penale) – quanto un fondamento giuridico all'interno dell'art. 323 c.p. Si vuole cioè evidenziare che se già non si riusciva a ravvedere sulla base di quale elemento potessero escludersi dalle leggi le norme costituzionali di principio, allo stesso modo non si comprende quale sia il motivo per cui dovrebbe intendersi per violazione di norma di legge solo quella di norma sostanziale, e non quella di norma processuale. Non si rinviene perciò alcun fondamento per cui tali norme non dovrebbero essere considerate norme di legge³⁰³.

Nuovamente, si ribadisce quindi quanto già affermato, ossia che, ove manchi un disvalore penalistico, la violazione della norma procedurale potrà ben integrare la violazione (realizzando così la cd. “prima ingiustizia”), ma mancherà dell'evento e della sua ingiustizia³⁰⁴, per non dire – ancora di più – dell'elemento soggettivo. Secondo tale criterio, ne consegue che continuerebbero a costituire reato alcuni comportamenti del pubblico ufficiale già considerati tali al vaglio della giurisprudenza sotto la vigenza della precedente norma³⁰⁵, e invece non

procedimento amministrativo, anzi la stessa procedimentalizzazione nasce dall'imparzialità; le norme che regolano il contraddittorio, la completezza dell'attività istruttoria, l'obbligo della previa determinazione dei criteri di massima, il rispetto dei criteri autodati, la motivazione degli atti, la loro pubblicità, sono tutte espressioni del principio di imparzialità, che per molti aspetti coincide con il principio di legalità”; anche FORLENZA O., *Con il giudizio sulla legittimità dell'atto dimenticata la condotta del pubblico ufficiale*, in *Guida al dir.*, 13.3.1999, 91, il quale scrive che “le norme procedimentali introducono obblighi all'azioni della p.a., e per essa ai pubblici ufficiali, non meno importanti di altri, in quanto finalizzati, ad esempio, al rispetto della *par condicio* dei cittadini, alla trasparenza dell'azione amministrativa, etc”.

³⁰³ Inoltre, secondo un'interessante prospettiva, l'esclusione dall'ambito di operatività dell'art. 323 c.p. delle norme procedimentali risulterebbe anche in contrasto con le moderne concezioni del procedimento, ormai considerato non più come una serie di atti finalizzati all'emanazione del provvedimento, bensì come “il metodo di realizzazione di una legalità nuova, la legalità-giustizia”. Così, VILLATA R., *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 176.

³⁰⁴ Così, SEGRETO A. - DE LUCA G., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 501.

³⁰⁵ Così è, ad esempio, per: la redazione della falsa certificazione del periodo di prova da arte di un insegnante (Cass., 12.4.1991, n. 4002); il fatto del pubblico ufficiale che utilizzi in proprio favore le prestazioni di manodopera dipendente (Cass., 26.9.1991, n. 10015); il comportamento di un primario ospedaliero che disponga che il personale presti la sua opera in giorno festivo per effettuare un intervento chirurgico su un suo amico, che non ne aveva diritto (Cass., 22.7.1992,

costituirebbero più ipotesi di abuso rilevanti certi altri comportamenti, che erano sempre stati giudicati come rilevanti dalla precedente giurisprudenza³⁰⁶, e che ora risulterebbero carenti dei requisiti dell'art. 323 c.p.

Particolare attenzione, poi, tra le norme procedimentali, merita la *quaestio* se costituisca violazione di norma di legge ai sensi dell'art. 323 c.p. la violazione del dovere di motivazione dell'atto. Tale problematica - piuttosto controversa - è stata trattata dalla dottrina e dalla giurisprudenza in modo parzialmente difforme rispetto alle norme procedimentali in genere.

Dal punto di vista amministrativistico, anteriormente alla L. 241/90 – muovendo dall'assunto che non esistesse un obbligo generale di motivazione dell'atto amministrativo, ma che piuttosto questa fosse necessaria solo se richiesta espressamente dalla legge³⁰⁷ o dalla natura dell'atto³⁰⁸ – si tendeva a ravvisare il vizio di violazione di legge quando l'obbligo della motivazione fosse stato previsto da un'espressa disposizione di legge e si configurava invece il vizio di eccesso di potere in tutti gli altri restanti casi. Dopo l'entrata in vigore, invece, della L. 241/1990, la situazione appare radicalmente mutata. L'art. 3 di tale legge stabilisce un obbligo di motivazione per ogni provvedimento amministrativo, salvo che per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale. 'E' stato, inoltre, regolato in parte il contenuto della motivazione, aggiungendo che la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria. A questo punto, l'omessa motivazione o una motivazione priva dei presupposti di fatto e di diritto che hanno determinato il provvedimento rappresenterebbe,

n. 8188); il comportamento dell'ufficiale giudiziario che ritardi il versamento di somme riscosse in pagamento di effetti cambiari rimessigli per l'incasso (Cass., 5.5.1993, n. 4597).

³⁰⁶ Questo è il caso ad esempio dell'arbitraria valutazione di titoli per un incarico di lettore su proposta della facoltà universitaria (Cass., 7 maggio 1991, n. 5086); il fatto dell'insegnante che segnali ai genitori degli allievi la disponibilità del proprio figlio ad impartire lezioni private (Cass., 13 giugno 1991, n. 6587).

³⁰⁷ Esempio ne è l'art. 7 della L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, sul contenzioso amministrativo, che in tema di requisizione e/o di esproprio stabiliva: "allorché per grave necessità pubblica l'autorità amministrativa debba senza indugio disporre della proprietà privata, od in pendenza di un giudizio, per la stessa ragione, procedere all'esecuzione dell'atto delle cui conseguenze giuridiche si disputa, essa provvederà con decreto motivato, sempre però senza pregiudizio dei diritti delle parti".

³⁰⁸ Ad esempio, in tema di limitazioni di diritti individuali.

sempre e comunque, il vizio di legittimità di violazione di legge³⁰⁹. La giurisprudenza amministrativa è stata meno netta in tal senso, rimanendo in un primo momento ancorata ai principi da lei enunciati precedentemente all'entrata in vigore della L. 241/90³¹⁰.

Si premette subito però che tale posizione non sembra condivisibile³¹¹, poiché non può sostenersi che il dovere di motivare possa sorgere esclusivamente da una specifica disposizione e non da un generale obbligo di motivazione. In buona sostanza, deve riconoscersi che l'art. 3 della L. 241/90 ha modificato il precedente assetto normativo estendendo il dovere di motivare ad ogni provvedimento amministrativo, imponendo oltretutto precisi requisiti alla stessa.

In ogni caso, stante l'asserita indipendenza della violazione di legge di cui

³⁰⁹ Così, PABUSA A., *Note sulle tendenze dell'eccesso di potere alla luce della L. 7 agosto 1990, n. 241*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, II, Milano, 1993, 1099.

³¹⁰ 'E' stato affermando infatti che "il difetto di motivazione dell'atto amministrativo, pur dopo l'entrata in vigore della L. 7 agosto 1990, n. 241, quanto meno con riguardo alle ipotesi in cui il dovere di motivare non faccia capo ad una specifica disposizione propria della particolare fattispecie deve essere configurato come una figura sintomatica di eccesso di potere e non già come violazione di legge (...)". Così, T.A.R. Sardegna, 14.5.1996, n. 683, in *T.A.R.*, 1996, 2904. La pronuncia motiva tale principio affermando che: "Con l'entrata in vigore della richiamata l. n. 241/90, la quale, come più sopra anticipato, ha espressamente introdotto l'obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi (art. 3, 1° comma), si è, da più parti, ritenuto che il difetto di motivazione abbia mutato natura giuridica, configurandosi, ormai, in tutti i casi, come una violazione di legge. Tale orientamento non sembra al Collegio condivisibile. Ed invero- premesso che il dovere di motivare non può riferirsi che ai provvedimenti discrezionali, non esistendo, in quelli vincolati, margini di apprezzamento in ordine alle determinazioni da adottare – non sembra che a tale norma, la quale sostanzialmente si limita ad esplicitare un principio giurisprudenziale già consolidato, possano essere riconosciuti significativi effetti su quelli che sono i tradizionali principi regolatori dell'attività amministrativa discrezionale. Non sembra, in sostanza che, attraverso tale norma, il legislatore abbia inteso modificare la natura strumentale della motivazione, per farne un autonomo e costante requisito di legittimità di qualunque provvedimento discrezionale (...) Ove si ammettesse che il difetto di motivazione costituisca di per sé solo il motivo di illegittimità del provvedimento, si avallerebbe l'incongrua conclusione di doverlo ritenere viziato anche laddove sia comunque possibile percepire l'iter logico seguito dall'autorità emanante e possa dimostrarsi la sua perfetta razionalità e ciò solo a causa della mancanza di un requisito estrinseco e formale quale la esplicita esternazione delle ragioni che hanno determinato la scelta compiuta. D'altra parte, la necessità di non fermarsi al mero dato estrinseco della mancanza di motivazione sembra possa trovare ulteriori argomenti di sostegno, nella ormai diffusa convinzione che oggetto del giudizio amministrativo non sia l'atto in sé, ma "la pretesa con cui il ricorrente allega, per i motivi da lui allegati, l'illegittimità di un provvedimento amministrativo, chiedendo la conseguente rimozione della situazione antigiusuridica da esso creata" (Cons. reg. Sic. 20 aprile 1993, n. 149). Se ciò è vero appare contraddittorio soffermarsi sulla configurazione esteriore dell'atto, occorrendo piuttosto verificare se, nella sostanza, la modifica della situazione dal medesimo introdotta sia o meno antigiusuridica. A fronte delle considerazioni sopra svolte, il dato letterale dell'anzidetta norma – la quale, peraltro, non ricollega alcuna conseguenza alla sua inosservanza – non può ritenersi, di per sé solo, risolutivo."

³¹¹ Così, anche BENUSSI C., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 73.

all'art. 323 c.p. rispetto al vizio di legittimità di violazione di legge, non rileva se il difetto di motivazione costituisca ad oggi - dal punto di vista amministrativo - eccesso di potere ovvero violazione di legge.

Quel che conta è che ai fini dell'art. 323 c.p., infatti, l'omessa motivazione ovvero la motivazione priva dei requisiti indicati integrano una violazione di norma di legge ai sensi dell'art. 323 c.p., restando infatti convinti che anche la violazione di norme procedurali debba assumere rilevanza³¹². Qualora si segua l'orientamento che escluda la violazione di norme procedurali dall'art. 323 c.p., allora essa non potrà integrare il delitto.

Diverso poi è il caso in cui non si parli di motivazione mancante o carente dei requisiti di cui all'art. 3 L.241/1990: quando infatti vi siano altri vizi inerenti alla motivazione quali, ad esempio, la motivazione, incongrua, contraddittoria, falsa, etc, non si potrà ravvedere una violazione di legge, ma sarà ipotizzabile soltanto il vizio amministrativo dell'eccesso di potere³¹³ (estraneo quindi, secondo l'interpretazione più convincente e maggioritaria, all'art. 323 c.p.).

Come si segnalava circa l'orientamento della giurisprudenza con riferimento in genere alle norme sul procedimento, si deve evidenziare una progressiva apertura della stessa a favore anche delle norme procedurali. Rispetto alla consolidata interpretazione che ne escludeva categoricamente la riconducibilità all'art. 323 c.p., si è sviluppato un diverso filone giurisprudenziale che riconosce la realizzazione dell'abuso d'ufficio anche in violazione di norme procedurali, purchè si accerti la derivazione logico-causale del danno o del vantaggio ingiusto dalla violazione della norma procedimentale³¹⁴. In particolare, si è iniziato a dare rilievo alla violazione della norma di cui all'art. 3 della L.241/1990 in tema di dovere di condurre un'adequata istruttoria. Si è chiarito,

³¹² La già analizzata sentenza cd. Tosches, (Cass., 22.1.1998, cit.) ha escluso categoricamente invece la rilevanza del vizio di motivazione o l'omissione della stessa, appunto perché si tratterebbe di una violazione di norma meramente procedimentale, e, quindi, irrilevante sotto il profilo dell'art. 323 c.p.

³¹³ In senso contrario, PABUSA A., *Note sulle tendenze dell'eccesso di potere alla luce della L. 7 agosto 1990, n. 241*, cit., 1095 e ss.

³¹⁴ Cass., VI, 24.2.2000, n. 4881, la quale ha ritenuto necessario accertare se l'omessa comunicazione dell'avvio procedimento costituisca lo strumento attraverso cui arrecare il danno ingiusto o provocare l'ingiusto vantaggio, anche nelle intenzioni del soggetto attivo.

infatti, che il dovere di istruttoria, lungi da costituire una norma dal mero valore formale, rappresenta una fase procedimentale essenziale ed incidente direttamente sul momento finale della decisione, in cui i diversi interessi devono essere ponderati³¹⁵. 'E' stato infatti dalla Corte anche affermato che potranno restare nell'ambito dell'irrilevanza ai sensi dell'art. 323 c.p. solo quelle norme meramente procedimentali destinate a svolgere la loro funzione esclusivamente all'interno del procedimento, senza incidere in alcun modo sulla decisione amministrativa³¹⁶. In tal modo, già, verrebbe di molto ridotto l'ambito di tale norme cd. procedimentali escluso dal novero delle "norme di legge" la cui violazione possa integrare il delitto di abuso d'ufficio.

Allo stesso modo, anche in altri casi la Corte ha riconosciuto la sussistenza del reato proprio nell'ipotesi di inosservanza da parte del pubblico ufficiale del dovere di motivazione del provvedimento e della forma scritta, imposti appunto dall'art. 3 della L. 241/90³¹⁷. E, ancora, la giurisprudenza si è espressa a favore dell'integrazione della "violazione di norme di legge" di cui all'art. 323 c.p. nel caso di formulazione di un parere consultivo, che però sia *contra legem*³¹⁸.

Ulteriore problema, infine, riguarda le norme a contenuto disciplinare, ossia le disposizioni relative ai dipendenti pubblici e contemplate nel Testo Unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato approvato con il d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3.

Si ritiene che la violazione delle stesse consista in una violazione di norme

³¹⁵ Così Cass., VI, 14.6.2007, n. 37531, in *Cass. pen.*, 2008, 3307; Cass., VI, 4.11.2004, n. 69, in *Cass. pen.*, 2006, 2172; o, anche, Cass., VI, 7.4.2005, n. 18149, in *Cass. pen.*, 2007, 178. Esse ribadiscono la necessità di verificare il nesso causale o concausale tra la violazione e l'evento conseguenza dell'abuso.

³¹⁶ Cass., 7.4.2005, in *Cass. pen.*, 2007, 178, ove l'omessa istruttoria, per individuare un adeguato numero di aspiranti al conferimento di un incarico esterno alla Als e la loro idoneità, è stata ritenuta una violazione procedimentale ai sensi della L. 241/1990 in grado di incidere sulla decisione finale.

³¹⁷ Si veda, ad esempio, il caso della sentenza Cass., 27.10.1999, in *Cass. pen.*, 2001, 124 che riguarda il conferimento ad un professionista, effettuato da un rettore di un'università, di numerosi incarichi retribuiti di consulenza e assistenza legale in forma verbale e senza previa audizione ed interpello del consiglio di facoltà, nonché quindi senza alcuna motivazione.

³¹⁸ La Corte Suprema, infatti, ha ravvisato l'abuso d'ufficio nel caso di un parere consultivo, *contra legem*, nel caso in cui il giudice abbia accertato che il provvedimento finale sia stato frutto di accordo tra gli operanti, con la conseguenza che il predetto parere si inserisce nell'*iter criminis* come elemento diretto ad agevolare la formazione di un atto illegittimo ed in grado di far conseguire un ingiusto vantaggio. Così Cass., 2.2.2001, in *Cass. pen.*, 2002, 2746.

di legge ai sensi dell'art. 323 c.p. e che esse regolino aspetti peculiari all'esercizio di una pubblica funzione o di un pubblico servizio³¹⁹. Ovviamente, però, dovranno restare estranee all'ambito di operatività dell'art. 323 c.p. quelle disposizioni non direttamente connesse all'esercizio della pubblica funzione.

La giurisprudenza, tuttavia, in questo caso ha preferito esprimersi in senso restrittivo, affermando che “la semplice violazione di norme disciplinari ed in particolare di disposizioni relative ai dipendenti pubblici, quali quelle disciplinanti determinate incompatibilità, se non si traduce in una situazione concretamente lesiva delle finalità istituzionali dell'ufficio non vale di per sé ad integrare il reato di abuso di cui all'art. 323 c.p.”³²⁰

Effettuata una disamina della problematica relativa alle norme procedurali, le conclusioni restano quindi le stesse proposte in relazione alle norme di principio. Si propone, cioè una soluzione che ricomprenda all'interno della violazione di norma di legge qualsiasi condotta che sia in contrasto con un precetto formalmente riconducibile alla legge. Non ravvedendo fondamenti normativi per limitare ulteriormente tale requisito dal punto di vista sostanziale in via generale, si riconosce l'ampiezza dello stesso. Per quanto possa considerarsi irragionevole un'estensione indiscriminata di tale elemento, sembra però di dover restare vincolati al dettato normativo.

Bisognerà constatare, quindi, la presenza di un esteso sindacato del giudice penale, a cui resta ancora facilmente possibile una valutazione di innumerevoli ipotesi appartenenti ad aree prettamente amministrative, tramite una riconduzione delle stesse sotto il tetto della violazione di legge.

³¹⁹ Ad esempio, potrà, pertanto, integrare la condotta delineata dal nuovo art. 323 c.p. il direttore generale che, venuto a conoscenza di fatti commessi da un pubblico dipendente che abbiano procurato un danno all'amministrazione, per procurargli un ingiusto vantaggio patrimoniale ometta di fare la denuncia prescritta dall'art. 20 T.U. cit.

³²⁰ Così, Cass., 4.6.1996, in *Riv. pen.*, 1996, 1365. Tuttavia, l'esame del caso concreto rivela che, al di là della citata dichiarazione di principio, questa decisione è solo in apparente contrasto con l'orientamento suddetto. Infatti, il giudice di legittimità aveva motivato il suo assunto non già sulla natura giuridica della norma violata, bensì sul rilievo che l'indiscussa violazione delle regole dell'incompatibilità si era posta in rapporto di mera occasionalità con l'attività svolta dagli imputati. Il che confermerebbe che anche per la Corte Suprema deve ritenersi estranea all'ambito di operatività dell'art. 323 c.p. la violazione di quelle norme non direttamente connesse allo svolgimento delle funzioni o del servizio.

3.2.3 (segue) la violazione cd. mediata di norme: il rinvio ad atti subordinati.

Un ulteriore insieme di casi, che contribuisce ad allargare le maglie della violazione di norma di legge, è costituito da tutte quelle ipotesi in cui si ritiene integrata la condotta di cui all'art. 323 c.p. per il mezzo di una violazione cd. "mediata" di norme.

Ciò si verifica quando vi sia stata un'inosservanza di un atto normativo ovvero di un provvedimento a cui la legge a sua volta rinvii. Una delle materie in cui ciò avviene assai spesso è quella urbanistica. Tipico caso, infatti, si verifica nelle ipotesi di rilascio di una concessione edilizia o di altro titolo abilitativo che contrasti con il PRG o gli altri strumenti urbanistici. Il problema, come noto, trae origine dal fatto che il piano regolatore e gli altri strumenti urbanistici non hanno natura né di legge né di regolamento: si ritiene, invero, che essi consistano in un *tertium genus*, ossia che essi siano atti a natura mista di provvedimento amministrativo ed atto normativo. Sul punto, dunque, la giurisprudenza inizialmente inquadrava il problema proprio alla luce della natura del PRG, riconoscendo quindi l'abuso d'ufficio solo quando venisse ravveduto nel PRG la natura di regolamento, e negando invece il perfezionamento della fattispecie nei casi in cui si riscontrasse nel PRG una mera natura provvedimentale³²¹.

In seguito, invece, l'orientamento è tendenzialmente mutato, seguendo una prospettiva di diverso tipo: dato che il TU dell'edilizia (all'art. 12 d.p.r. 380/2001) - e in precedenza gli artt. 1 e 4 della L.10/1977 - stabilisce che il permesso di costruire deve essere rilasciato in conformità delle previsioni degli strumenti urbanistici, allora un permesso in violazione di tali strumenti - per via mediata - risulterà anche in violazione di legge ai sensi dell'art. 323 c.p.³²²

³²¹ Nel senso di negare la sussistenza dell'art. 323 c.p. sulla base del carattere provvedimentale del PRG, si rinviene, Cass., 18.11.1998, in *Foro it.*, 1999, II, 309, con nota di LA SPINA P.

³²² Cass., 11.12.2001, n. 44395, in *Guida al dir.*, 2002, fasc. 3, 81; Cass., 20.4.2001, n. 16241, in *Riv. pen.*, 2001, 855; Cass., 5.9.2000, n. 9422, in *Guida al dir.*, 2000, fasc. 37, 64; Cass., 29.5.2000, n. 6247, in *Guida al dir.*, 2000, fasc. 27, 72; Cass., 26.10.1999, n. 12221, in *Riv. pen.*, 2000, 1051; Cass., 8.3.1999, n. 3099, in *Foro it.*, 2000, II, 139. E ancora Cass., 16.10.1998, in *Cass. pen.*, 1999, 2109; Cass., 9.7.1998, in *Cass. pen.*, 1999, 2112.

Contra, invece, si rinviene una prima sentenza che inizialmente si era espressa in modo diametralmente opposto, Cass., 2.10.1998, in *Guida al dir.*, 1999, fasc. 10, 82, con nota di FORLENZA O., *Con il giudizio di legittimità dell'atto dimenticata la condotta del pubblico ufficiale*, e in *Cass. pen.*, 1999, 2214, con nota di TANDA P., *Abuso d'ufficio: eccesso di potere e*

Tale costruzione creata dalla giurisprudenza sembra essere condivisa anche dalla dottrina maggioritaria³²³. Non sono mancate però anche voci di critica nei confronti dell'interpretazione affermata ormai in giurisprudenza³²⁴. Non può non rilevarsi, in effetti, che il rinvio a fonti sub - regolamentari non univocamente indicate dalla legge potrebbe risultare poi in contrasto con il principio di determinatezza³²⁵.

Tuttavia, poiché già la violazione di norma di legge risulta di per sé locuzione

violazione di norme di legge e regolamento. La sentenza - criticata dall'autore - infatti sostiene che la violazione delle norme del piano regolatore non costituisca abuso, essendo necessario che le norme "contengano in sé in modo concluso la disposizione ritenuta violata". In questo senso, è stato rilevato che le norme di legge richiamate come norme "mediate" - se interpretate così come prevede la giurisprudenza della Corte Suprema nella cd. sentenza Tosches - sembrano effettivamente non presentare le caratteristiche per integrare l'elemento oggettivo del delitto in questione. Così, AMBROSETTI E.M., *Brevi note in tema di configurabilità dell'abuso di ufficio nelle ipotesi di rilascio di concessione edilizia in difformità dello strumento urbanistico*, in *Riv. giur. urb.*, 1999, 353 e ss. Secondo l'Autore, in effetti, l'impegno profuso dalla giurisprudenza al fine di limitare la nozione di violazione di legge e il sindacato del giudice penale verrebbe altrimenti vanificato introducendo al suo interno un grande numero di disposizioni sub regolamentari.

³²³ In questo senso, ROMANO M., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 266; SEGRETO A. - DE LUCA G., *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 505; DI GIOVINE O., *Concessione edilizia illegittima e abuso d'ufficio. Una questione aperta*, in *Foro it.*, 2000, II, 151; BENUSSI C., *I delitti*, cit., 595. Sul punto, comunque si vedano anche ALBAMONTE A., *Dal "teorema" della disapplicazione degli atti amministrativi alla "novella" n. 234 del 1997. Il caso della concessione edilizia "illegittima"*, in *Riv. pen.*, 1998, 641 e ss.; GAMBARDELLA M., *Abuso d'ufficio e concessione illegittima: il problema delle norme di legge a precetto generico o incompleto*, in *Cass. pen.*, 2000, 186 e ss.

³²⁴ In senso critico si schiera DI MARTINO A., *Abuso d'ufficio*, in DI MARTINO A. - BONDI A. - FORNASARI G., cit., 251; altresì AMBROSETTI E.M., *Brevi note in tema di configurabilità di abuso d'ufficio*, cit., 351 e ss. Il rischio che viene evidenziato, infatti, è quello di svuotare l'intervento legislativo del 1997, ristabilendo la situazione antecedente alla riforma nuovamente sovrapponendo il illecito amministrativo con quello penale. Sul punto anche TANDA P., *Abuso d'ufficio*, cit., 2134, sottolinea "come non vi è chi non veda come attraverso la succitata operazione ermeneutica, diretta a dilatare l'ambito di operatività dell'art. 323 c.p. fino al punto di farvi rientrare anche le violazioni di disposizioni di fonte sub regolamentare, si verrebbe a determinare un vero e proprio effetto boomerang: rientrerebbero dalla finestra quelle previsioni che il legislatore ha inteso cacciare dalla porta, venendo a determinare una fattispecie più ampia e meno chiara di quella previgente."

³²⁵ In questa direzione, AMBROSETTI E.M., *Brevi note in tema di configurabilità di abuso d'ufficio*, cit., 354. Allo stesso modo nella già citata Cass., 2.10.1998, cit., la Corte stessa manifestava tale preoccupazione escludendo la cd. violazione mediata di legge, osservando che "la definizione di uno degli elementi costitutivi del reato mediante il richiamo a norme che prescrivono l'osservanza di altri corpi di disposizioni della più varia natura e del più vario contenuto renderebbe quanto mai ampia e indefinita l'area del possibile illecito penale." Tale visione si posizionava sicuramente dunque nello stesso solco tracciato dalla sentenza cd. Tosches che prescriveva l'esclusione dalle norme di legge di quelle norme cd. strumentali alle regolarità amministrativa. Sul punto, si veda anche MASULLO M.N., *L'abuso d'ufficio nell'ultima giurisprudenza di legittimità, tra esigenze repressive e determinatezza della fattispecie: la "violazione di norma di legge"*, in *Cass. pen.*, 1999, 1763 e ss.

alquanto priva di determinatezza, non si crede che tale violazione mediata potrebbe aggravare di molto il *deficit* di tipicità.

Per l'ennesima volta, insomma, si vuole rilevare che la norma potrebbe sembrare troppo indeterminata qualora non prevedesse ulteriori criteri di selezione: ma l'art. 323 c.p., pur stabilendo infatti quale requisito della condotta la violazione di legge in via del tutto indeterminata, è caratterizzato per il resto da ulteriori requisiti che ne garantiscono la tipicità. Non si ravvedono perciò i rischi invocati dalla dottrina in tema di determinatezza e di legalità³²⁶.

Si rileva anche, poi, che la teoria di violazione mediata non viene utilizzata solo con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 323 c.p.: tale costruzione, infatti, è stata applicata a diversi rami dell'ordinamento giuridico, ivi compreso quello del diritto penale. Solo nel diritto penale si pensi al celebre art. 650 c.p., che si ritiene integrato ogni qual volta è violato il provvedimento o il contratto a cui rinvia l'incriminazione³²⁷.

Altra materia in cui spesso la giurisprudenza riconosce una violazione di legge cd. mediata ex art. 323 c.p., si verifica nell'ambito delle norme di contrattazione collettiva con i sindacati di categoria, ovvero dello Statuto dei lavoratori. I c.c.n.l. vengono ritenuti, infatti, in grado di integrare la condotta tipica di cui all'abuso d'ufficio quando norme di legge facciano ad essi riferimento. In effetti, così come si riconosce la violazione quando la legge rinvia ad un provvedimento, allora non potrà che riscontrarsi la stessa anche quando rinvii ai contratti collettivi di

³²⁶ In tal senso anche GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice penale*, cit., 294. In questo caso infatti non si pone un problema di cd. norme penali in bianco poiché la condotta è già descritta dalla norma che non rinvia ad una fonte secondaria per la sua definizione. Il parametro perciò resta l'art. 323 c.p. e non la fonte secondaria che comunque non integra il precetto (*contra*, CUPELLI C., *Abuso d'ufficio e tipologia delle fonti: sulla rilevanza penale della violazione di un "sistema di norme"*, in *Cass. pen.*, 2001, 1054). Quanto invece al problema della determinatezza, si è detto di come essa sia garantita dagli altri requisiti dell'art. 323 c.p. E in questo senso si è espresso sempre GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice penale*, cit., 293.

³²⁷ Anche se non poche sono le questioni di dibattito che sorgono da tale ipotesi delittuosa, da sempre considerata dalla dottrina emblema delle cd. norme penali in bianco. Per una trattazione complessiva dell'art. 650 c.p. e i suoi profili di eventuale illegittimità costituzionale sostenuti dalla dottrina, BOIDO A., *Art. 650* (sub), in RONCO M. – ARDIZZONE S. – ROMANO B., *Codice penale commentato*, cit., 3247 e ss. Sul tema si richiama comunque ROMANO M., *Repressione della condotta antisindacale. Profili penali*, Milano, 1974. Altro caso tipico nel diritto penale in cui siffatta costruzione viene utilizzata è quello, in materia colposa, per cui si considera perfezionato un illecito colposo qualora sia violata la norma cautelare di rinvio.

lavoro³²⁸.

Si può ben concludere, quindi, che simile meccanismo non trovi particolari ragioni che ne impediscano l'esistenza, atteso che viene utilizzato anche in molteplici altri casi, come anzi detto. In effetti, esso non differisce di molto rispetto al concetto del cd. parametro interposto in materia di diritto costituzionale (ossia l'illegittimità costituzionale che si verifica quando viene violata la norma di legge che viene prevista o regolata dalla stessa Costituzione, come ad esempio nel caso del decreto legislativo che violi la legge delega, cd. norma interposta).

Senza dubbio, essa costituisce un ulteriore mezzo di ampliamento della categoria della violazione di norme di legge, che in questo modo trova una portata applicativa ancora più ampia e di conseguenza proporzionalmente aumenta anche il sindacato del giudice penale. Ma, come detto, si resta fermamente convinti che nonostante ciò la fattispecie mantenga i requisiti minimi di tassatività, restando l'elemento oggettivo ancorato al verificarsi dell'evento ingiusto.

3.2.4 (segue) l'incompetenza.

Da una prima lettura dell'art. 323 c.p. appare subito che non è presente alcun riferimento esplicito alla competenza. Nonostante tale mancanza, si ritiene in modo ormai pacifico che il vizio di incompetenza debba essere ricondotto alla violazione di norme sulla competenza, e che pertanto rientri *ex se* nell'ambito della condotta tipica di abuso d'ufficio³²⁹.

Da un'analisi dei lavori parlamentari sulla L.234/1997, si evince che vi è stato un dibattito sul punto, al fine di stabilire se la competenza necessitasse di un richiamo autonomo all'interno della norma ovvero se questo fosse superfluo. Il

³²⁸ Si è ad esempio riconosciuto il delitto di abuso d'ufficio nel caso di violazione di accordi collettivi nazionali relativi alle convenzioni tra Ausl e medici liberi professionisti, poiché l'art. 48, comma 2, L. 833/1978 istitutiva del servizio sanitario nazionale, rinvia a tali accordi. Così, Cass., 18.5.2000, n. 5779, in *Guida al dir.*, 2000, fasc. 32, 77.

³²⁹ In tal senso, tra i molti altri, ROMANO M., *I delitti*, cit., 265; DI MARTINO A., *L'abuso*, in DI MARTINO A. - BONDI A. - FORNASARI R., cit., 252; BENUSSI, *I delitti*, cit., 581; LEONI M., *Il nuovo reato di abuso*, cit., 69 e ss.; FURIN N., *I reati dei pubblici amministratori*, Piacenza, 2007, 138. Circa invece la giurisprudenza, in senso favorevole Cass., 14.7.2000, in *Guida al dir.*, 2000, fasc. 8, 123; T. Avellino, 14.7.1998, in *Giur. merito*, 1998, II, 970. Nonostante anche la giurisprudenza sia di segno positivo sul punto, si segnala tuttavia una sentenza in posizione contrastante: Cass., VI, 29.5.2000, in *Guida al dir.*, 2000, fasc. 21, 72.

disegno di legge, a dire il vero, fino a poco prima di essere approvato, prevedeva la menzione della competenza oltre che della violazione di norme di legge e di regolamento. Tale rilevanza del vizio di competenza è stata mantenuta fino all'approvazione del testo base approvato dal Comitato ristretto.

Il tema trova stretta connessione anche con l'eccesso di potere, nel senso che per alcuni mantenere un richiamo nei confronti dell'incompetenza, avrebbe comportato un'espressa esclusione del solo vizio dell'eccesso di potere, riferendosi la norma a due dei tre vizi di legittimità amministrativa (*"inclusio unius, exclusio alius"*). In pratica, si sarebbe in tal modo marcata con maggiore convinzione la volontà di frenare il sindacato del giudice penale, escludendo il merito amministrativo, e di conseguenza, quel vizio di legittimità ad esso tanto contiguo. Secondo un diverso punto di vista, invece, il riferimento alla violazione delle norme sulla competenza sarebbe stato del tutto superfluo, in quanto già interamente assorbito dalla più generale previsione di violazione di norme di legge o regolamento.

In ogni caso, nella seduta del 1.7.1997, la Camera ha approvato l'emendamento³³⁰ con il quale si è eliminato il riferimento alle norme sulla competenza. Bisogna riconoscere, comunque, che la questione presenta una rilevanza soltanto teorica, atteso che concretamente tali condotte presentano in ogni caso una rilevanza penale ai fini dell'art. 323 c.p.

Tuttavia, la riconduzione dell'incompetenza all'interno della violazione di legge, appare assai interessante poiché esprime l'autonomia del concetto di violazione di legge di cui all'art. 323 c.p., rispetto al vizio amministrativo. Ben netta, in materia amministrativa resta infatti la distinzione tra i due vizi, ove anzi la violazione di legge assume addirittura un carattere residuale rispetto all'incompetenza.

Pare importante evidenziare tale aspetto poiché in questo modo si conferma quanto nei paragrafi precedenti già rilevato, ossia che - per quanto molto estesa e poco definita - la condotta tipica della violazione di legge non coincide con quella amministrativa, e dunque l'illiceità penale si distingue

³³⁰ Emendamento n. 1.10, proposto dall'on. Cento, del 1.7.1997.

dall'illegittimità già solo nella condotta, per non parlare ovviamente poi degli altri elementi che aumentano tale distanza³³¹.

In ordine poi ai tipi di competenza, rifacendosi alla classica bipartizione di stampo amministrativo (che si è accennata in precedenza) tra incompetenza assoluta e relativa, la dottrina prevalente³³² e la giurisprudenza³³³ hanno da tempo escluso che possa rilevare ai fini dell'art. 323 c.p. l'incompetenza assoluta. Vengono così ricondotte nell'ambito dell'abuso d'ufficio solo le condotte del pubblico ufficiale

³³¹ Con riferimento alla distinzione tra la nozione di violazione di legge di cui all'art. 323 c.p. rispetto al vizio amministrativo, già PADOVANI T., *L'abuso d'ufficio*, cit., 85 – prima della riforma dunque – aveva sottolineato con vigore il rischio di voler far coincidere le due nozioni, osservando che “il tentativo di subordinare la cognizione penale in materia di abuso di potere alla previa rilevazione incidentale di un vizio di legittimità dell'atto in cui l'abuso stesso si sia concretizzato, è tuttavia frutto di un vero e proprio travisamento normativo”. Nello stesso senso CONTENTO G., *Il sindacato del giudice penale*, cit., 84. E, successivamente alla riforma PICOTTI L., *Sulla riforma dell'abuso*, cit., 291 e ss., evidenzia appunto che non è più possibile riferirsi ai vizi tipici dell'atto amministrativo, prima di tutto perché ad oggi la condotta di cui all'art. 323 c.p. non deve certo esaurirsi in un atto, ben potendo consistere in un comportamento. In senso diverso, PARODI GIUSINO M., *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio*, cit., 901 e ss. critica invece l'attuale disposto normativo per essere formalisticamente vincolato alle suddivisioni di illegittimità amministrativa; egli critica anche l'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale che esclude il vizio di eccesso di potere dalla violazione di legge, proprio perché continuerebbero così ad applicare le distinzioni di stampo amministrativo stico e non seguirebbero una diversa suddivisione sostanzialistica.

³³² TELLONE G., *La violazione delle norme sulla competenza*, cit., 50; SEGRETO A.- DE LUCA G., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 506 e ss.; LEONI M., *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., 69; SEMINARA S., *Il delitto di abuso d'ufficio*, cit., 562; PAGLIARO A., - PARODI GIUSINO M. *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 290 il quale sostiene che occorre pur sempre una competenza almeno di fatto senza la quale l'abuso resterebbe una condotta inoffensiva e quindi incapace di costituire reato, poiché non vi è reato senza offesa all'interesse protetto. Pertanto in caso di incompetenza assoluta questo abuso non costituirà reato, in quanto l'atto compiuto non ha alcuna idoneità a provocare vantaggio o danno. Ancora, ritengono sempre che l'incompetenza assoluta escluda il reato d'abuso, STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, cit., 265; INFANTINI F., *L'abuso delle qualità e delle funzioni di pubblico ufficiale in diritto penale*, Milano, 1974, 147; BENUSSI C., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 81.

³³³ La giurisprudenza, però, pur favorevole a tale impostazione, ha assunto posizioni non sempre univoche. Ad esempio, infatti, in Cass., 18.12.2001, n. 45265, in *Riv. pen.*, 2002, 213, è stato esclusa dall'abuso d'ufficio la condotta del dipendente comunale, privo della qualifica di ufficiale di polizia giudiziaria, che sequestri un immobile; e ancora, in Cass., 1.2.1990, in *Riv. pen.*, 1990, 336, la Cassazione ha evidenziato che l'incompetenza dell'agente può escludere la sussistenza del delitto di cui all'art. 323 c.p. solo quando sia così assoluta da escludere ogni idoneità dell'atto a procurare vantaggio. Quindi, è stata ritenuto sussistere l'abuso in capo al componente del comitato di gestione di USL, il quale abbia disposto il trasferimento di un dipendente da una sede all'altra, al fine di procurargli vantaggio, adottando un provvedimento di competenza del comitato di gestione. Ovvero per la Corte in Cass., 11.7.1967, in *Scuola pos.*, 1970, 98, con nota di SANTORO, *Abuso innominato d'ufficio, usurpazione di funzioni ed interesse privato*, commette reato di abuso il pubblico ufficiale che, non essendo competente ed usurpando il potere riservato ad altro ufficio, formi delle attestazioni spettanti alla pubblica amministrazione di appartenenza.

o dell'incaricato di pubblico servizio che abbia violato le norme sulla competenza, realizzando una incompetenza relativa.

Piuttosto, nelle ipotesi di incompetenza assoluta, si è solitamente preferito ravvedere come configurabile la fattispecie dell'usurpazione dei poteri, di cui all'art. 347 c.p., che si verifica quando vi sia assunzione arbitraria dei poteri che per legge non spettavano al soggetto agente³³⁴. Infatti, come detto, l'atto affetto da incompetenza assoluta non dà luogo ad abuso, poiché non è idoneo a produrre alcun effetto giuridico. Se esso però fosse idoneo ad usurpare una funzione pubblica o le attribuzioni inerenti ad un pubblico impiego farebbe subentrare il più grave reato di cui appunto all'art. 347 c.p.

Inoltre, esiste anche l'ipotesi che il pubblico ufficiale agisca in una situazione di incompetenza assoluta, privo però del dolo di usurpare, bensì solo quello di abusare dei poteri³³⁵. In pratica, facendo leva sul diverso contenuto del dolo, che caratterizza rispettivamente i diversi reati di abuso d'ufficio e di usurpazione dei poteri, si è ritenuto ipotizzabile il caso di abuso d'ufficio anche per incompetenza assoluta. Quest'interpretazione è stata avallata anche dalla Relazione del Guardasigilli che, tra le diverse forme di realizzazione dell'abuso d'ufficio, ricomprendeva anche "l'usurpazione di un potere non conferito dalla legge al

³³⁴ In giurisprudenza, così Cass., 25.2.1998, n. 5118, in *Cass. pen.*, 1999, 1184; e in dottrina, LEONE G., *Sulla distinzione tra usurpazione di funzioni pubbliche ed abuso innominato in atti d'ufficio*, in *Annali*, 1934, 1040; PAGLIARO A. – PARODI GIUSINO M., *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 291; D'AVIRRO A., *L'abuso d'ufficio*, cit., 139; SEMINARA S., *Il delitto di abuso d'ufficio*, cit., 245; SANTORO, *Abuso innominato d'ufficio, usurpazione di funzioni ed interesse privato in atti d'ufficio*, in *Scuola pos.*, 1970, 98.

³³⁵ In giurisprudenza, Cass., 14.4.1983, in *Cass. pen.*, 1984, 854. La sentenza così riporta: "si avrà il reato di cui all'art. 323 c.p. e non quello più grave di cui all'art. 347 dello stesso codice, quando il pubblico ufficiale, pur invadendo funzioni che in modo assoluto egli non può esercitare, abbia, dal punto di vista psicologico, non il dolo di usurpare, ma semplicemente quello di abusare dei poteri". Nel caso si è ritenuto responsabile del delitto di abuso, e non di quello di usurpazione, un sindaco, che, allo scopo di favorire alcuni giovani del luogo, aveva organizzato un piccolo trattenimento danzante senza averne la competenza, esercitando, così, funzioni spettanti all'autorità di pubblica sicurezza. E, in dottrina, GROSSO C.F., *L'abuso innominato d'ufficio*, in BRICOLA F. - ZAGREBLESKY G. (a cura di), *Codice Penale commentato*, Torino, 1984, 242; PAGLIARO A. – PARODI GIUSINO M., *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 291 e 485 e ss. Egli infatti sostiene che si verifichi una discrasia tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo della condotta illecita, con la conseguenza che, mentre la fattispecie di usurpazione di pubbliche funzioni non sarà applicabile per errore di fatto o per errore su legge extrapenale, il dolo di abuso d'ufficio troverà congrua realizzazione nel fatto materiale che obiettivamente costituisce usurpazione (sempre che questa usurpazione sia commessa abusando del proprio ufficio).

pubblico ufficiale”³³⁶.

In realtà, tale impostazione appare piuttosto forzata, nel senso che arricchirebbe il dolo dell’usurpazione di poteri di un contenuto troppo ampio³³⁷. Infatti, sembrerebbe necessaria, ma anche sufficiente, perché si configuri il dolo di usurpazione, la consapevolezza di svolgere attività pubbliche essendo privi, in assoluto, delle potestà di esercitarle. In buona sostanza, risulta preferibile individuare - ed ancorare - lo spartiacque tra le due figure del reato sul terreno delle fattispecie oggettive³³⁸.

3 La violazione di regolamenti.

Come più volte ripetuto, oltre alle norme di legge, l’art. 323 c.p. in alternativa prevede anche la violazione di norme contenute nei regolamenti³³⁹.

Che cosa debba intendersi per regolamento, tuttavia, non è chiaro. Molteplici sono le accezioni attribuite ad esso dalla dottrina. Innanzi tutto, è noto, nel diritto costituzionale si usa distinguere tra diverse categorie di regolamenti: di esecuzione, indipendenti, delegati, di organizzazione e di attuazione ed integrazione³⁴⁰.

³³⁶ *Relazione ministeriale sul progetto di un nuovo codice penale*, vol. II, Roma, 1930, 132 e ss.

³³⁷ Tra questi si veda BENUSSI C., *Il nuovo delitto di abuso d’ufficio*, cit., 82 e ss.

³³⁸ Così anche Cass., 5.9.1995, in *Cass. pen.*, 1997, 79. La Corte afferma che “per la configurabilità del reato di cui all’art. 347 c.p. è necessario che le pubbliche funzioni vengano svolte - senza legittima investitura e per fini esclusivamente propri e in contrasto con quelli della pubblica amministrazione - da persona che non può esercitarle in modo assoluto. Si verte, invece, in tema di abuso d’ufficio nell’ipotesi di violazione delle condizioni o dei limiti posti all’esercizio di una funzione pubblica da chi abbia la capacità di esercitarla e sia in concreto investito della relativa potestà”. Nello stesso senso, in passato, Cass., 14.2.1975, in *Cass. pen.*, 1975, 462, relativa all’esercizio delle funzioni di ufficiale sanitario da parte di un medico che aveva svolto tale attività al di fuori della circoscrizione territoriale di sua competenza.

³³⁹ In giurisprudenza si è precisato che per “norme di legge o di regolamento” devono intendersi quelle che abbiano i caratteri formali e il regime giuridico della legge e del regolamento. In particolare, per quanto riguarda le norme di regolamento, deve farsi riferimento alle norme emanate nell’esercizio della potestà regolamentare dal governo (art. 17 L. 400/88) o dalle Province e Comuni (art. 5 L. 142/90, ora art. 7 d.lgs. 267/2000). Così Cass., 24.4.2001, in *Cass. pen.*, 2002, 1009.

³⁴⁰ Per tale distinzione e, in generale, per un migliore approfondimento sul tema, CARLASSARE L., *Regolamento*, in *Enc. dir.*, XXXIX, 1988, 605 e ss.

I regolamenti di esecuzione sono quelli destinati a specificare una disciplina di rango legislativo, con norme di dettaglio. Essi, essendo di mera specificazione, sono gli unici ammessi ad operare anche nell'ambito di una riserva assoluta di legge.

Quelli di attuazione e integrazione sono regolamenti, invece, volti a completare la trama di principi fissati da leggi e decreti legislativi: essi tuttavia non possono regolare materie riservate alla competenza regionale concorrente (poichè per esse il compito spetta ex art. 117 Cost. alle leggi regionali).

Nei regolamenti indipendenti, poi, l'Amministrazione esplica un'attività normativa concessale dal legislatore, nei campi in cui l'intervento da parte di norme primarie non si sia ancora configurato, purchè non si tratti di materie soggette a riserva assoluta o relativa di legge. La dottrina³⁴¹ ritiene tuttavia che essi non siano più concepibili nel nostro ordinamento, perché sarebbero illegittimi (dal momento che la tutela giurisdizionale di diritti e interessi legittimi garantita dall'art. 113 Cost. presuppone l'esistenza di un parametro di raffronto di norme di rango primario che individuino principi e limiti dell'atto della pubblica amministrazione, del tutto assente nella fattispecie in esame). A tali obiezioni è possibile però rispondere che il pericolo di una carente tutela giurisdizionale risulta in pratica scongiurato dalla sostanziale inesistenza, nel nostro ordinamento, di settori privi di disciplina legislativa in cui i regolamenti indipendenti potrebbero operare.

I regolamenti di organizzazione disciplinano, poi, l'organizzazione e il funzionamento delle pubbliche amministrazioni secondo disposizioni dettate da legge, cui l'art. 97 Cost. riserva la disciplina di queste materie. Tale tipologia di regolamenti non gode di autonomia, in quanto può avere natura esecutiva ovvero attuativa – integrativa a seconda che la disciplina di rango legislativo abbia maggiore o minore estensione. Tuttavia non è ben chiaro se tale tipologia di regolamento rientri nella definizione della condotta utilizzata dall'art. 323 c.p.: una prima pronuncia della giurisprudenza di merito³⁴² si è espressa in senso contrario motivando che la violazione di queste disposizioni, che non sono vere e

³⁴¹ Per tutti, sul punto, in questi termini, sempre CARLASSARE L., *Regolamento*, cit., 628.

³⁴² Trib. Milano, 15.1.1998, in *Indice pen.*, 1998, 50.

proprie norme giuridiche, configurerebbe solo un vizio di eccesso di potere; la formula “norme di regolamento” imporrebbe di dare rilievo ai soli regolamenti il cui procedimento sia disciplinato da legge, e non già ai regolamenti interni adottati autonomamente dall’ente pubblico.

In realtà, si crede che le motivazioni addotte possono essere anche superate, poiché il testo dell’art. 323 c.p. fa generico riferimento ai regolamenti, e quindi eventualmente anche a quelli degli enti pubblici. Piuttosto, è sembrato che si potesse dubitare circa la loro rilevanza facendo leva sul fatto che la portata e la finalità di tali atti si esplicano in modo preminente sul terreno dell’attività interna degli enti³⁴³.

Regolamenti delegati, o autorizzati, sono infine una categoria elaborata dalla dottrina pre-repubblicana e comprendono tutti quei regolamenti che emanano dal Governo, ma superano i limiti cui è soggetta la potestà normativa dello stesso, derogando a singole disposizioni di legge, abrogando intere discipline di rango legislativo, intervenendo in materie coperte da riserve di legge o addirittura non amministrative. Essi, quindi, non importano una delega del Governo di funzioni legislative, limitandosi ad estendere l’ordinaria facoltà regolamentare del Governo stesso: l’atto emanato, dunque, non è decreto con forza di legge, ma un semplice regolamento.

In relazione al soggetto che li emana, poi, i regolamenti potranno essere distinti anche a seconda che promanino dal Parlamento, dal Governo o dai Ministri, dalle Regioni, dalle Province, dai Comuni e dagli enti pubblici.

Sotto il termine regolamento, quindi, senz’altro andranno inclusi gli atti normativi e generali emanati dal Governo o dai Ministri, il cui procedimento di adozione è stato disciplinato dalla L. 23 agosto 1988, n. 400, all’art. 17. In particolare, i regolamenti potranno essere di classe diversa a seconda che siano governativi, ministeriali e interministeriali, stabilendo una superiorità gerarchica dei primi rispetto a tutti gli altri regolamenti dell’esecutivo. Per quanto concerne i regolamenti governativi, ex art. 17 L. 400/88 essi - come noto - potranno essere ad

³⁴³ Infatti anche la Cassazione civile ha osservato che la violazione di queste norme regolamentari configura un mero vizio di motivazione sotto il profilo della falsa applicazione dei canoni legali di ermeneutica. Cass., 16.7.1985, in *Giust. civ.*, 1985, fasc. 7. E in dottrina, BENUSSI C., *Il nuovo delitto di abuso d’ufficio*, cit., 86.

esempio esecutivi di legge e di decreti legislativi, integrativi di legge e decreti legislativi recanti disposizioni di principio, quelli cd. *praeter legem*, destinati a incidere su rapporti o fattispecie fino a quel momento non disciplinati in alcun modo dalla legge o da atti equiparati. Il governo, ex art. 17 L. 400/88, è autorizzato ad adottare regolamenti esecutivi o integrativi quando vi sia una legge da eseguire o integrare, senza la necessità che ogni volta vi sia uno specifico e puntuale fondamento legislativo dal quale trarre tale potere³⁴⁴.

Quanto poi agli atti generali e astratti emanati dal Governo o dai Ministri anteriormente alla L. 400/88, si ritiene che essi possano essere ricondotti al concetto di regolamento ai sensi dell'art. 323 c.p.

‘E necessario, infine, ricordare anche i regolamenti delle autonomie locali, per essi intendendo Regioni, Province, Comuni, Città metropolitane..

Non è ben chiara, poi, la natura degli statuti comunali e provinciali,

³⁴⁴ Si ritiene, poi, che al di fuori di tale potestà normativa, il Governo e i Ministri non possano adottare provvedimenti atipici. Conseguentemente non potrebbero più avere natura di regolamenti tutti quegli innumerevoli decreti presidenziali o ministeriali con i quali, ad esempio, vengono approvati o fissati tabelle, elenchi, istruzioni, etc. In tali casi, se non risulta richiamato l'art. 17 L. 400/88 e se soprattutto non risulta che il Consiglio di Stato abbia espresso il necessario parere preventivo, è da ritenere che non sia stata esercitata una potestà regolamentare. Così si è espresso PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, cit., 47.

Il precetto, dunque, è necessario che vada riferito esclusivamente ai regolamenti e non alle norme a contenuto generale e astratto provenienti dall'amministrazione. A tal fine sarà opportuno distinguere tra atti generali e regolamenti. SEGRETO A. - DE LUCA G., *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 504, affermano: “mentre i regolamenti adempiono ad una funzione costitutiva dell'ordinamento, dettando norme destinate *semper et ad semper*, finchè non si verifichi l'abrogazione, invece gli atti generali sono destinati ad esaurire la loro efficacia con le singole applicazioni dei medesimi (bando di concorso, bando per la gara di appalto).

Per l'individuazione di quel che sia un ‘regolamento’, ai fini del reato di cui all'art. 323 c.p., la Cassazione, Cass., 18 novembre 1998, n. 11984, in *Guida al dir.*, 1999, fasc. 10, 82, con nota di FORLENZA O., *Con il giudizio sulla legittimità dell'atto dimenticata la condotta del pubblico ufficiale*, ha affermato che non fosse sufficiente fare riferimento all'astrattezza e generalità delle norme contenute nel provvedimento, essendo detta caratteristica comune anche ad altri provvedimenti amministrativi che regolamenti non sono (atti generali, atti di programmazione e pianificazione), ma che fosse necessario che detto potere di emanazione fosse espressamente riconosciuto da una legge (carattere di tipicità) e che il soggetto emanante lo qualificasse espressamente come regolamento (criterio formale). Sulla base di questo principio, la Corte ha ritenuto che non integrasse il reato di abuso l'adozione di concessioni edilizie in violazione di prescrizioni del piano regolatore, non avendo quest'ultimo natura regolamentare. La tesi non appare però condivisibile a SEGRETO A. - DE LUCA G., *Delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 504, in quanto indipendentemente dalla natura del piano regolatore, “sotto il profilo del vizio di violazione di legge, della concessione edilizia, va in ogni caso considerato che, ai fini dell'accertamento della sussistenza della condotta dell'abuso d'ufficio, il giudizio di comparazione non va esaurito nel giudizio di legittimità dell'atto amministrativo, limitatamente alla sua conformità a legge o a regolamento, ma va portato sul comportamento dell'agente, tenuto in violazione di legge o di regolamento, nello svolgimento delle sue funzioni”.

secondo alcuni di tipo regolamentare, ovvero pararegolamentare, ravvedendosi negli stessi quel potere di autorganizzazione, cioè di disciplina del proprio assetto strutturale (autonomia amministrativa), nonché come potere di individuazione dei fini da perseguire e dei mezzi necessari per la loro realizzazione (autonomia politica e normativa)³⁴⁵. Essi si caratterizzano cioè nel loro contenuto come atti normativi destinati a regolare le competenze e i rapporti reciproci tra gli organi degli enti locali e i cittadini. Sono considerati certamente in posizione sopraordinata rispetto ai regolamenti degli stessi enti locali³⁴⁶.

Anche i regolamenti, ovviamente - esattamente come le norme legislative - possono presentare un contenuto procedimentale: in queste ipotesi pare che la loro rilevanza andrà soggetta ai medesimi criteri illustrati in tema di violazione di norme procedurali di fonte legislativa.

3.3.1 (segue) profili di legittimità costituzionale in tema di violazione di regolamento

Il principale problema che è sorto dall'integrabilità del precetto penale attraverso il rinvio a una fonte normativa di rango secondario, in questo caso il regolamento, ha riguardato l'eventuale violazione dei limiti imposti dall'obbligo della riserva di legge di cui all'art. 25 Cost., co. 2. Si tratta di una questione che, in via molto più ampia, ha sempre riguardato quelle fattispecie penali che rinviano a fonti secondarie, e che in quanto tali sono state tacciate di illegittimità costituzionali e denominate in dottrina come "norme penali in bianco".

Non si intende, ora, addentrarsi nel merito dell'argomento, che di per sé richiederebbe una lunga trattazione. Si indica solo che dopo i molteplici orientamenti succedutesi nel tempo, la soluzione intermedia cui si è giunti è quella

³⁴⁵ Si veda Cass., 28.5.1997, in *Guida al dir.*, 1997, fasc. 23, 90. In tale sentenza, il comportamento del pubblico funzionario che ha impedito ad un consigliere comunale di ottenere notizie, informazioni e documenti utili all'espletamento del proprio mandato, in violazione della norma statutaria che impone un siffatto obbligo, è stata giudicata integrare la condotta delineata dall'art. 323 c.p.

³⁴⁶ La dottrina prevalente ritiene che le norme statutarie abbiano natura assimilabile a quella regolamentare. In particolare considera lo statuto come fonte sub - primaria rispetto alle leggi ed ai regolamenti statali ed alle leggi regionali, ma in posizione sopraordinata rispetto ai regolamenti degli stessi enti locali.

che considera la riserva di legge come “tendenzialmente assoluta”, tale da legittimare il ricorso alle specificazioni peculiari di discipline diverse da quelle penali. Il dibattito successivo, quindi, si è posto circa i limiti dell'integrazione. La dottrina prevalente ha ritenuto che il rinvio a fonti secondarie debba essere circoscritto a quei casi in cui la norma indichi già di per sé la sfera dei significati di disvalore che essa ricopre, lasciando alla fonte secondaria la dettagliata ed aggiornata enunciazione dei fatti od oggetti che presentano tale disvalore³⁴⁷. La condizione, però, che si appone è che l'enunciazione tecnica sia esplicitazione di un criterio già individuabile nella norma penale di fonte legislativa³⁴⁸.

In buona sostanza, alla luce di quanto finora riferito, si può sostenere che non vi siano dubbi di costituzionalità per la violazione del principio di tassatività e di riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost., per il solo fatto che l'art. 323 c.p. rinvia alla violazione di norme regolamentari, ossia sub-legislative.

L'abuso d'ufficio, infatti, vuole punire il pubblico funzionario che disattende i doveri propri dell'ufficio che ricopre, e tale principio ispiratore del precetto implica il rinvio - di tipo funzionale - alla norma che tali doveri impone, la quale dunque ben costituisce il completamento integrativo della disposizione penale.

³⁴⁷ La Corte Costituzionale su questo tema ha seguito una linea fondata sul criterio della “sufficiente determinazione legale”, volta alla salvezza dei precetti legali integrati da norme di rango secondario. A partire dalla sentenza Corte Cost., 23.3.1966, n. 26, in *Giust. cost.*, 1966, 255, con nota di AMATO G., *Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'art. 25*, la Corte ha consolidato nel tempo tale posizione attraverso una serie di pronunce, ritenendo che la riserva di legge sia rispettata ogni qual volta la norma primaria abbia predeterminato con sufficiente determinatezza gli elementi di massima della disposizione penale, e non semplicemente, come affermava la dottrina, il criterio ispiratore del precetto. Tra le varie, si vedano Corte Cost., 19.1.1972, n. 9, in *Giur. Cost.*, 1972, 27, e la più recente Corte Cost., 27.4.1993, n. 199, in *Cass. pen.*, 1993, 8, 1927. Maggiormente concorde con la dottrina si è dimostrata la giurisprudenza di legittimità, che ha affermato che “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 ed i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa, alla trasgressione dei quali è ricollegabile la sanzione penale”. Infatti, continua la Corte di Cassazione (Cass., 29.9.1988, n. 9548), “la riserva di legge, di cui all'art. 25, comma secondo, della Costituzione riguarda in modo assoluto la determinazione della pena, mentre la riserva concernente il precetto deve essere in senso meno rigoroso, purchè, naturalmente, resti garantito il principio di legalità”.

³⁴⁸ Così BRICOLA F., *Il II e III comma dell'art. 25*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti civili (artt. 24-26)*, Bologna, 1981, 238 e ss. Per una più recente rassegna dottrinale e giurisprudenziale sull'argomento, PADOVANI T., *Codice Penale*, Milano, 2008, 14 e ss.

Secondo una diversa interpretazione, piuttosto, il *deficit* di legittimità dovrebbe essere ravvisato altrove: il rinvio a una normativa regolamentare implicherebbe, in effetti, che il potere amministrativo emanante possa revocarla o modificarla, e che quindi possa eliminare la fonte in base alla quale il fatto lesivo si qualifica come tale. Potendo quindi abrogare l'illecito penale - con la conseguente applicazione dell'art. 2, comma 2, c.p. (anche se essa è piuttosto discussa, soprattutto in giurisprudenza) - e di contro escludere le garanzie poste a presidio della normazione penale dalla Costituzione, sotto questo profilo si potrebbe consumare una violazione del principio di riserva di legge³⁴⁹.

4 Le fonti escluse dall'art. 323 c.p.: ordinanze contingibili e urgenti, ordini e discipline, circolari.

Un ulteriore profilo di rilievo attinente alla violazione di norme di legge e di regolamento riguarda – dal punto di vista negativo – l'esclusione quindi della rilevanza penale della violazione di norme derivanti da altre fonti, diverse da quelle appena indicate.

Innanzitutto, quindi, non presenta alcun rilievo, ai sensi dell'art. 323 c.p., la violazione delle ordinanze contingibili ed urgenti. Si tratta di ordinanze, definite anche di necessità e urgenza, espressive di un potere *extra ordinem* conferito in costanza di situazioni e presupposti eccezionali ad alcuni organi amministrativi (Prefetto e Sindaco quale ufficiale del Governo)³⁵⁰. Tali ordinanze

³⁴⁹ Tali note critiche sono state espresse da LEONI M., *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., 60. L'Autore aggiunge che la sua obiezione non è rimasta estranea alla giurisprudenza della Corte Costituzionale, la quale ha affermato che "il totale rinvio 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, chiaramente violativi della riserva di legge ex art. 25, secondo comma, della Costituzione. (...) Ed infatti, se il potere modificativo modificasse o abrogasse gli elementi essenziali del reato, il soggetto continuerebbe assurdamente a rimanere vincolato ad un obbligo penale mancante del necessario contenuto lesivo, mentre al nuovo contenuto di tutela, amministrativamente determinato, lo stesso soggetto rimarrebbe, in sede penale, estraneo in quanto non penalmente vincolato.

³⁵⁰ Esempi nel nostro ordinamento di tali ordinanze sono quelle che può emettere il Prefetto in materia edilizia, polizia locale, igiene, per motivi di sanità o di sicurezza interessanti l'intera provincia o più comuni della medesima (art. 20, co. 1, del RD 383/1934), ovvero in caso di grave

conferiscono il potere di adottare tutti i provvedimenti indispensabili in presenza di un'eccezionale, imminente ed improcrastinabile situazione di pericolo per un pubblico interesse non fronteggiabile con i mezzi ordinari apprestati dall'ordinamento giuridico. Tali poteri possono essere esercitati anche in "deroga alle disposizioni vigenti e con il solo limite dell'osservanza dei precetti costituzionali e dei principi fondamentali ai quali si ispira l'ordinamento giuridico"³⁵¹.

Nonostante un iniziale dibattito, è divenuto poi indiscusso, grazie anche all'intervento della Corte Costituzionale³⁵², che le ordinanze contingibili ed urgenti non costituiscano fonti legislative, poiché non modificano in modo definitivo l'ordinamento, ma esprimono disposizioni che, anche se derogano a norme di legge, sono pur sempre temporanee e limitate ad una situazione contingente. Esse, dunque, costituiscono atti amministrativi, che potranno avere anche i caratteri sia dell'astrattezza, perché incidenti su fatti e presupposti di portata diffusa, che della concretezza, in quanto potranno essere anche diretti su singole situazioni.

La particolare natura di tali ordinanze, che in pratica sono a contenuto libero con i soli limiti delle materie e del rispetto dei principi costituzionali e generali, sembra comportare che l'unico vizio di legittimità di cui possono essere affette sia l'eccesso di potere, in particolare, essendo provvedimenti atipici,

necessità pubblica per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica (art. 2, co. 1 del TULPS). Inoltre il Sindaco può emettere ordinanze in materia di sanità e igiene, edilizia e polizia locale, al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini (art. 39, co. 2, L. 142/1990), o, infine il Presidente della Giunta Regionale o il Sindaco possono emettere provvedimenti di smaltimento di rifiuti in deroga alle disposizioni vigenti, per eccezionali e urgenti necessità di tutela della salute pubblica o dell'ambiente (art. 12 DPR 915/1982).

³⁵¹ Così, TAR Campania, Napoli, 23.12.1994, n. 291, in *Foro amm.*, 1995, I, 439.

³⁵² Corte Cost., 12.1.1977, n. 4, in *Giust. civ.*, 1977, III, 87. La Corte ha così affermato: "le ordinanze prefettizie, anche se e quando (eventualmente) normative, non sono certamente ricomprese tra le fonti del nostro ordinamento giuridico; non innovano al diritto oggettivo, né, tanto meno, sono equiparabili ad atti con forza di legge, per il solo fatto di essere eccezionalmente autorizzate a provvedere in deroga alla legge. Le ordinanze ex art. 20 del T.U. comunale e provinciale, sia che si rivolgano a destinatari determinati, prescrivendo loro un comportamento puntuale, sia che dispongano per una generalità di soggetti e per una serie di casi possibili, ma sempre entro i limiti, anche temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare, sono provvedimenti amministrativi, soggetti come ogni altro, ai controlli giurisdizionali esperibili nei confronti di tutti gli atti amministrativi."

potranno essere censurabili per sviamento³⁵³. Ne deriva, dunque, che proprio in un ambito ove il potere amministrativo dispone di maggiori poteri discrezionali, esso è risultato esente dal controllo del giudice penale sulla legittimità del suo operato³⁵⁴.

Potrebbe, eventualmente, verificarsi l'ipotesi che un provvedimento contingibile ed urgente sia emesso completamente al di fuori dell'oggetto che lo legittima ovvero da autorità sfornita di ogni potere al riguardo. Nel primo caso si tratterebbe di incompetenza assoluta, la quale, come detto, non rileva ai fini dell'art. 323 c.p.³⁵⁵ Nel secondo caso, invece, si rende opportuna una distinzione. Se l'autorità emanante non competente rientra, però, nell'ambito di un organo unitariamente ordinato o comunque in un iter procedimentale relativo a tale tipologia di provvedimenti, ci si troverà davanti a un'ipotesi di incompetenza relativa, per cui potenzialmente la fattispecie potrebbe rilevare penalmente ai fini dell'abuso d'ufficio (si tratterebbe dunque dell'unico caso, pur remoto, in cui tali

³⁵³ In tema di tutela delle situazioni generate da uno scorretto esercizio del potere nelle ordinanze contingibili e urgenti davanti al giudice amministrativo, Cons. Stato, 30.11.1996, n. 1448, in *Giur. It.*, 1997, 3, III, 1, 121. E, circa la ricorribilità del vizio di eccesso di potere in tali casi, Cons. Stato, 28.11.1994, n. 963, in *Giur. it.*, 1995, 5, III, 1, 276, nonché TAR Toscana, Firenze, 30.6.1987, in *Foro amm.*, 1987, 3357.

³⁵⁴ Molto critico verso tale situazione è LEONI M., *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., 77. Infatti secondo l'Autore si creerebbe un'area di impunità penale. Egli ritiene che "Questa scelta non si rivela comprensibile neppure in un'ottica di salvezza del pubblico ufficiale, in relazione alla particolare responsabilità che l'adozione di ordinanze di contenuto straordinario ed *extra ordinem* comporta, se si considera che già la giurisprudenza amministrativa aveva riconosciuto che, per la particolare natura delle ordinanze contingibili e urgenti, e per l'eccezionalità dei contesti in cui esse vengono concepite ed emanate, anche la censura di eccesso di potere andava apprezzata con minor rigore. "Dovendo le scelte dell'amministrazione essere valutate in rapporto ad una situazione di emergenza del tutto straordinaria ed eccezionale nella quale la ponderazione e la comparazione dei diversi interessi in gioco non seguono necessariamente né pedissequamente le regole e i criteri che governano l'azione dei pubblici poteri in situazioni ordinarie", ha infatti ritenuto la giurisprudenza (Cons. Stato, 28.11.1994, n. 963, in *Giur. it.*, 1995, 5, III, 1, 276), "non ogni carenza, insufficienza o contraddittorietà, sia a livello istruttorio, sia a livello motivazionale, ridonda automaticamente e necessariamente in eccesso di potere". In tema di ordinanze contingibili ed urgenti, poi, anche TANDA P., *Abuso d'ufficio: eccesso di potere e violazione di norma di legge o di regolamento*, in *Cass. pen.*, 1999, 2133; SEGRETO A. – DE LUCA G., *I delitti*, cit., 504; ROMANO M., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 266.

³⁵⁵ In tal senso, Cass., SSUU, 23.4.1987, n. 3940, sul provvedimento del Sindaco, relativo ad un precedente ordine di recinzione di un fondo impartito per ragioni di sicurezza, sanità e igiene rimasto poi inosservato, che in seguito ha sottratto al privato il possesso del fondo stesso oltre i limiti consentiti dalle misure contingibili ed urgenti. La Corte ha ritenuto che l'intervento del Sindaco era affetto da carenza di potere per cui era proponibile da parte del privato domanda di reintegrazione del possesso davanti al giudice ordinario.

ordinanze potrebbero assumere rilevanza)³⁵⁶. Invero, se l'autorità è totalmente estranea, si ricadrà nuovamente nel caso di incompetenza assoluta, con carenza di potere. Comunque, viste le precedenti considerazioni in merito all'incompetenza assoluta, nulla esclude la configurabilità del diverso reato di usurpazione di funzioni pubbliche *ex art. 323 c.p.*

Con riferimento ad ulteriori tipologie di fonti, poi, anche gli ordini e le discipline sono estranei all'ambito di operatività dell'art. 323 c.p., non potendo certo rientrare nell'espressione "leggi o regolamento"³⁵⁷. La loro violazione rileva ai fini della colpa specifica. La conferma di tale esclusione viene data anche dai lavori preparatori: infatti, in sede di approvazione del testo definitivo, è stata soppressa la loro menzione che prima era contenuta nel testo unificato del relatore on. Siniscalchi.

5 *La vexata quaestio dell'eccesso di potere.*

Per quel che attiene all'eccesso di potere, sotto il profilo della sindacabilità dello stesso, il dibattito è tuttora aperto, nonostante la riforma del 1997 abbia fatto propendere dottrina e giurisprudenza nel senso di escluderlo. Fino alla riforma del 1990, e fino a quella del 1997 poi, era infatti incontestato che il testo dell'art. 323 c.p. autorizzasse l'inclusione, tra le condotte rilevanti, anche delle condotte qualificabili come eccesso di potere secondo i criteri del diritto amministrativo. Per quanto la dottrina in più occasioni si fosse pronunciata nel senso di lamentare tale circostanza – che evidentemente non aiutava a limitare il dilagante sindacato del giudice penale – il dato normativo troppo vago e generico non permetteva di definire la condotta in modo da escludere dalla stessa l'eccesso

³⁵⁶ Da segnalare, in merito, Cass., 6.4.1973, n. 145, che ha ritenuto illegittimo per incompetenza il provvedimento emanato dal medico provinciale per ragioni di sanità pubblica, quando invece la competenza apparteneva al Prefetto e il medico era solo legittimato ad emettere un parere sul tema.

³⁵⁷ In questo senso, LAUDI M., *L'abuso d'ufficio, luci ed ombre di un'attesa riforma. Profili sostanziali*, cit., 1051; PITTARO P., *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, cit., 25. Anche in giurisprudenza, Trib. Milano, 15.1.1998, in *Indice pen.*, 1998, 50; Trib. Padova, 11.11.1997, in *Giur. merito*, 1998, II, 281.

di potere.

Ai fini dell'accertamento, quindi, non era necessario rilevare una violazione di legge, bastando la presenza di una difformità tra lo scopo privato perseguito e quello pubblico assegnato.

Il rischio di simile situazione era quello – poi verificatosi – di ritenere configurato il reato ogni qual volta il comportamento dell'agente fosse stato mosso da finalità diverse da quelle legate ad una gestione degli interessi pubblici anche in assenza di formali violazioni di leggi o regolamenti: la giurisprudenza dominante³⁵⁸ aveva finito sempre più così con identificare l'abuso con l'eccesso di potere, dilatando i confini della fattispecie di cui all'art. 323 c.p.³⁵⁹

Tale situazione non fu certo arginata con la L.86/1990, la quale pur nascendo con un intento di limitare le interpretazioni estensive della norma, non riuscì a conferire tipicità alla condotta, confermando così le note critiche di violazione del principio di determinatezza di cui all'art. 25 Cost., e giungendo alla già ricordata equiparazione dell'art. 323 c.p. ad un "gigantesco contenitore"³⁶⁰.

³⁵⁸ Si vedano, ad esempio, prima della riforma del 1990: Cass., 14.12.1988, in *Riv. pen.*, 1988, 1078; o Cass., 28.9.1984, in *Giur. it.*, 1985, II, c. 269. In seguito invece alla L. 86/90, Cass., 30.9.1996, in *Riv. pen.*, 1996, 1337; Cass., 14.12.1995, in *Cass. pen.*, 1996, 3303; Cass., 30.6.1993, in *Riv. pen.*, 1994, 901. In Cass., 27.6.1990, in *Cass. pen.*, 1991, 1226 e ss., la Corte ha affermato la responsabilità di un membro della commissione comunale per le licenze dei pubblici esercizi, in quanto si era adoperato affinché venisse disattesa una domanda per la vendita di alcolici, pur essendo titolare di un locale potenzialmente concorrente con quello che voleva aprire il richiedente. I giudici, nel caso, hanno ritenuto di poter prescindere dall'accertamento di un'oggettiva violazione di norme o regolamenti, fondando la propria decisione più su indizi dai quali desumere il movente della condotta, e quindi la divergenza dell'atto dai suoi fini istituzionali. Sempre secondo detta logica, la Cassazione ha rigettato, in Cass., 11.4.1990, in *Riv. pen.*, 1991, 189 e ss., il ricorso proposto da un sindaco, già ritenuto responsabile di abuso d'ufficio per l'emanazione di un provvedimento illegittimo adottato dalla giunta con il quale si disponeva un depuratore fognario in zone interessate da abitazioni. Anche in questo caso la scelta della Corte è stata fatta *ab origine*, ritenendo che l'eccesso di potere, da solo, bastasse ad integrare l'abuso.

³⁵⁹ Anche la dottrina si trovava a condividere tale soluzione interpretativa, riconoscendo – suo malgrado – la configurabilità dell'abuso per eccesso di potere. Si vedano infatti, ad esempio, CONTIERI E., *Abuso innominato d'ufficio* (voce), in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, 188 e ss.; PADOVANI T., *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, 85 e ss.; DELLA MONICA G., *La non configurabilità dell'abuso d'ufficio per eccesso di potere*, in DALIA A.A. – FERRAIOLI M. (a cura di), *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997, 63 e ss., rileva che in questo modo alti erano i rischi legati ad un'interpretazione meramente formale dell'art. 323 c.p., dove l'abuso e l'eccesso di potere finivano per sovrapporsi in un unico, insoddisfacente giudizio di disvalore sulla condotta punibile.

³⁶⁰ Così PAGLIARO A. – PARODI GIUSINO M., *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 276; e anche, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte speciale*, cit., 369; FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte speciale*, Appendice alla I ed., cit., 29;

Appare chiaramente quindi che, se la legge n. 234/1997 è intervenuta al fine di regolare con maggiore tassatività la fattispecie dell'abuso d'ufficio, l'intento del Legislatore non poteva che essere quello di escludere l'eccesso di potere, il quale altrimenti avrebbe continuato a dilatare la fattispecie per la vaghezza e l'indeterminatezza che le appartengono. Tale circostanza tuttavia non risulta in modo pacifico e tuttora la questione resta parzialmente aperta.

In effetti, la volontà del Legislatore già si manifestava in sede di dibattito parlamentare³⁶¹, anche se in realtà sia al Senato che alla Camera sono stati presentati emendamenti volti a reinserire nel testo, esplicitamente o implicitamente, il vizio dell'eccesso di potere³⁶². Tale corrente fondava simile proposta sul fatto che altrimenti si sarebbe presentato il rischio di un'eccessiva delimitazione la condotta dell'abuso alla sola violazione di norme, finendo per consentire in questo modo l'impunità di certi comportamenti, formalmente legittimi, ma con carattere "profittatorio o prevaricatorio"³⁶³.

Tali proposte, comunque, sono state tutte respinte, essendo prevalso l'intento di restringere gli spazi di discrezionalità concessi all'interprete, e di individuare con chiarezza il confine tra illegittimità ed illiceità.

3.5.1 (segue) l'eccesso di potere dopo la riforma.

Individuata la situazione di fatto precedente alla L. 234/1997, ben si

RAMPIONI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 110. Molti giudici ordinari infatti, come già anticipato, avevano sollevato la questione di legittimità costituzionale mettendo in moto un auspicato intervento della Corte Costituzionale, mancato però a causa del sopraggiungere della riforma del 1997.

³⁶¹ L'on. Borrometi, il 15 aprile 1997, davanti alla Camera dei deputati infatti affermava che il reato di abuso d'ufficio non facesse capire ciò che era lecito e ciò che non lo era, "rimettendo alla scelta e, spesso, all'arbitrio del magistrato il suo contenuto, e, quindi, ponendo in grave pericolo il diritto di libertà dei cittadini".

³⁶² L'emendamento 1.38 presentato dall'on. Grimaldi l'1.7.1997 voleva inserire un riferimento esplicito alle "attività in contrasto con gli scopi o gli interessi della pubblica amministrazione". L'on. Grimaldi, infatti, affermava che "è molto difficile riscontrare un abuso d'ufficio che venga commesso platealmente, con una violazione di legge. (...)Le ipotesi più frequenti sono quelle in cui vi è l'eccesso di potere da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, che adotta un provvedimento o compie un'attività che contrasta con i fini della pubblica amministrazione". Si veda poi, ad esempio, l'emendamento 1.6 dell'11.9.1996 dell'on. Fassone proponeva di dare rilevanza al "manifesto e oggettivo sviamento di potere".

³⁶³ Le argomentazioni poste a fondamento di tale orientamento possono essere sintetizzare nell'intervento alla Camera dell'on. Gambato, del 15 aprile 1997.

comprende dunque la motivazione che ha indotto il Legislatore a espungere dalle ipotesi di abuso di ufficio l'eccesso di potere, che come ripetuto plurime volte consentiva al giudice penale di addentrarsi nell'ambito della discrezionalità amministrativa.

L'espresso richiamo, perciò, alla violazione di legge e all'omessa astensione nei casi prescritti del nuovo art. 323 c.p. impone ora di procedere nell'accertamento del reato sulla base di presupposti oggettivi e ben definiti, e non più con metodi volti solo alla ricerca dell'eccesso di potere. Tale vizio da solo, infatti, non sarebbe più sufficiente ad integrare la fattispecie rilevante.

Il fatto che la riforma del 1997 abbia escluso l'eccesso di potere, oltre ad essere evidente nell'intento del Legislatore, è condiviso dalla maggior parte della dottrina, in ossequio al principio di determinatezza delle fattispecie incriminatrici e per impedire che il merito amministrativo sia soggetto al controllo di legalità penale³⁶⁴. Quanto alla giurisprudenza, essa si è prevalentemente sin da subito posta nel solco tracciato dalla volontà del legislatore, a partire dal celebre *leading case* cd. Tosches³⁶⁵, che è già stato analizzato a proposito della violazione di norme di principio e procedimentali. Come noto, infatti, la sentenza immediatamente dopo l'entrata in vigore della novella del 1997 ha inteso affrontare *de plano* le principali questioni controverse attinenti l'art. 323 c.p. Circa le problematiche attinenti alla violazione di legge, si è già detto ampiamente

³⁶⁴ Così, BENUSSI C., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 87 e ss.; BENUSSI C., *I delitti*, cit., 585; DELLA MONICA G., *La non configurabilità dell'abuso d'ufficio per abuso di potere*, cit., 70; GAMBARDELLA M., *Considerazioni sulla "violazione di norme di legge" nel nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 2341; MANNA A., *Luci ed ombre nella nuova fattispecie d'abuso d'ufficio*, cit., 18; MANES V., *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, cit., 393; ROMANO M., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 263; ; LATTANZI G. – LUPO E., *Art. 323, Abuso d'ufficio*, cit., 344; CAMAIONI S., *Il nuovo abuso d'ufficio: un'abrogazione mancata*, cit., 51; PADOVANI T., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 745; TELLONE G., *La violazione delle norme sulla competenza*, cit., 44; MANZIONE D., *Le forme di manifestazione della condotta*, cit., 18; SEGRETO A. - DE LUCA G., *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 510; D'AVIRRO A., *L'abuso d'ufficio*, cit., 54 e ss.; LEONI M., *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., 13 e 35; ; ROMANO M., *I delitti*, cit., 263; FORLENZA O., *Necessario un check-up sulla giurisprudenza per la diversa configurazione del delitto*, in *Guida al dir.*, 1997, 29, 25; FURIN N., *I reati dei pubblici amministratori*, cit., 140.

³⁶⁵ Ci si riferisce quindi alla già citata, Cass., 4.12.1997, in *Foro it.*, 1998, II, 258, con nota di TESAURO A., *La riforma dell'art. 323 c.p. al collaudo della Cassazione*, e in *Cass. pen.*, 1998, 2336, con nota di GAMBARDELLA M., *Considerazioni sulla "violazione di norme di legge" nel nuovo delitto di abuso d'ufficio*.

nei paragrafi precedenti; in ordine, invece, all'eccesso di potere, la Corte ha escluso categoricamente la configurabilità dell'abuso d'ufficio derivante dal vizio di eccesso di potere, prendendo una netta posizione. Le ragioni di tale scelta sono sempre riconducibili alla *ratio* di fondo della riforma, nel tentativo di effettuare una formulazione della condotta dai contorni più definiti. Nella pronuncia tra l'altro, si ricorderà, non si ammette che l'art. 97 Cost. possa costituire una norma di legge ai sensi dell'art. 323 c.p., proprio al fine di escludere la possibilità di configurare l'abuso per eccesso di potere inteso come condotta in violazione – in via generale – dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost. In seguito di tale caso, molteplici sono state le sentenze successive che si sono pronunciate in tal senso³⁶⁶.

A conferma di quanto detto con riferimento al fatto che l'eccesso di potere non venga più ricompreso nell'art. 323 c.p., è opportuno richiamare anche i contenuti del disegno di legge approvato originariamente dalla Commissione giustizia Senato. Esso prevedeva, accanto alla violazione di legge, anche l'incompetenza, proprio per esprimere con chiarezza l'intento di non volere più attribuire rilevanza autonoma allo sviamento dell'atto dalla sua causa tipica. Come evidenziato in tema di incompetenza, poi tale versione è stata modificata poiché il vizio dell'incompetenza appariva essere già ricompreso nell'ambito della violazione di legge (violazione di norme che regolano la competenza), anche se in

³⁶⁶ In giurisprudenza, si veda ad esempio Cass., IV, 8.5.2003, in *C.E.D. Cass.*, 226706; Cass., 16.1.2003, in *Mass. giur. lav.*, 2004, 6, 266; Cass., 16.12.2002, in *Cass. pen.*, 2004, 863. Qui, infatti, la Corte afferma che non è configurabile il reato di abuso in presenza di un "mero addebito di eccesso di potere". Così, in applicazione di tale principio, è stata ritenuta insussistente l'ipotesi delittuosa a carico di un capo di un ente pubblico economico il quale, non potendo stipulare contratti di lavoro a tempo indeterminato, si era avvalso dei rinnovi di contratti di lavoro a tempo determinato. Tale condotta, sotto il profilo amministrativistico, era considerata sintomatica del vizio di eccesso di potere. Nello stesso senso, la Corte si era espressa anche in Cass., 1.12.2000, in *Guida al dir.*, 2001, fasc. 2, 122; Cass., 5.9.2000, in *Guida al dir.*, fasc. 42, 96; Cass., II, 19.9.2000, in *Guida al dir.*, fasc. 42, 96; Cass., VI, 14.7.2000, in *Guida al dir.*, 2000, fasc. 8, 123; Cass., VI, 24.6.1999, in *Guida al dir.*, 1999, fasc. 34, 102; Cass., VI, 1.6.1999, in *Guida al dir.*, 1999, fasc. 29, 84; Cass., VI, 4.12.1992, in *Giur. it.*, 1999, 1902; Cass., VI, 20.7.1998, in *Guida al dir.*, 1998, fasc. 37, 96; Cass., VI, 16.4.1998, in *Cass. pen.*, 1999, 3998; Cass., 3.11.1998, in *Cass. pen.*, 1999, 3399. In tale sentenza si afferma che l'art. 323 c.p. esclude che il reato possa configurarsi con l'emanazione di un atto amministrativo inficiato da vizi di legittimità diversi da quelli tassativamente indicati dalla norma, quale l'eccesso di potere.

In ogni caso, circa l'atteggiamento della giurisprudenza di fronte alla prospettiva di escludere la rilevanza dell'eccesso di potere, si veda l'analisi di MANNA A., *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, 44 e ss.

questo modo risulta in maniera meno lampante l'espressa previsione di soli due vizi di legittimità e la voluta esclusione dell'eccesso di potere.

Come anticipato, però, la questione non è così pacifica come potrebbe sembrare, e – nonostante l'orientamento maggioritario abbia preso una posizione decisa nel fronte della non configurabilità del reato per eccesso di potere – parte della dottrina³⁶⁷ si professa di diverso avviso: essa ha effettuato alcuni rilievi critici sul tema, tentando di ricondurre comunque l'eccesso di potere nell'ambito dell'art. 323 c.p. Essa ritiene, infatti, che altrimenti si lascerebbe impunito un vasto numero di condotte riconducibili all'eccesso di potere, ossia le ipotesi di favoritismo che si occultano sotto l'ossequio formale alle regole e che si riscontrano ad esempio nei casi dell'*ex* peculato per distrazione³⁶⁸. Tale letteratura critica così il rischio di una fattispecie formalistica che al fine di limitare il sindacato del giudice finisce per considerare condotte rilevanti solo le violazioni formali, lasciando impunte quelle condotte abusive che presentano invece un disvalore sostanziale di sviamento del potere e che rientrano quindi nel significato ontologico del concetto di abuso³⁶⁹. Oltretutto, secondo quegli autori favorevoli alla sussunzione dell'eccesso del potere nell'ambito dell'abuso d'ufficio, non

³⁶⁷ Così, ad esempio, ALBERTINI B., in *L'obiettivo su...l'abuso d'ufficio*, in *Indice pen.*, 1998, 42 e ss.; FANELLI A., *Sindacato del giudice penale*, cit., 834; PITTARO P., *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, cit., 26; SEMINARA S., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 123; o LAUDI M., *L'abuso d'ufficio, luci ed ombre di un'attesa riforma*, cit., 1049 e ss.

E, in giurisprudenza, si è espresso nello stesso senso Trib. Napoli, 7.11.1997, in *Cass. pen.*, 1998, 1242. Inoltre, poi, un giudice di merito aveva sollevato una questione di legittimità dell'art. 323 c.p., richiedendo alla Corte Costituzionale una sentenza additiva *in malam partem* al fine di includere ciò che il legislatore aveva escluso, ossia proprio per ricomprendere l'eccesso di potere. Così Trib. Bolzano, G.i.p., 7 8.1997, in *Guida al dir.*, 1997, fasc. 42, 72. Secondo il g.i.p., la nuova norma lasciando impuniti e quindi di fatto considerando legittimi i favoritismi e le prepotenze, non sarebbe in grado di assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, consentendo così e in modo incontrovertibile "i favoritismi, le raccomandazioni, le prepotenze, i maneggi che rimangono a monte dell'atto amministrativo, da parte del pubblico funzionario o del pubblico amministratore".

³⁶⁸ Si veda ad esempio FANELLI A., *Sindacato del giudice penale*, cit., 834, il quale afferma infatti che l'esclusione dell'eccesso di potere "rappresenta un grave *vulnus* ai principi del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, perché in tal modo non si ottiene solo il risultato di lasciar fuori dalle aree di punibilità tutte le forme di abusi minori (i c.d. microabusi), ma si rischia di far restare impunte anche gravi ipotesi di favoritismo e malcostumi amministrativi in tutti i casi in cui gli amministratori abbiano l'accortezza di non violare alcuna norma di legge o di regolamento, nascondendosi dietro una legalità di facciata".

³⁶⁹ In questo senso, criticamente si è espresso anche PARODI – GIUSINO M., *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, 913.

sarebbe corretto pensare che così procedendo si riammetterebbe un sindacato giudiziale sul merito amministrativo, poiché invece il sindacato di merito atterrebbe al risultato dell'atto amministrativo mentre l'eccesso di potere riguarderebbe solo il modo di formazione dell'atto. Del resto, utilizzare la discrezionalità amministrativa contro l'interesse pubblico significherebbe non esercitare il potere conferito dalla legge³⁷⁰.

Secondo tale orientamento, quindi, nonostante le intenzioni del Legislatore, oggi l'eccesso di potere continuerebbe ad occupare uno spazio legittimo all'interno dell'abuso d'ufficio. In buona sostanza, tale impostazione cercherebbe di far rientrare dalla finestra ciò che si voleva cacciare dalla porta, come è stato efficacemente osservato³⁷¹.

Gli argomenti addotti per sostenere tale tesi, poi, sono di ordine diverso.

Innanzitutto, una prima motivazione consiste nel fatto che molte ipotesi di eccesso o sviamento di potere oggi sarebbero già di fatto prese in considerazione in quanto rappresenterebbero altrettante ipotesi di violazione di norme di legge³⁷².

Questo è accaduto a seguito dell'introduzione nel sistema del diritto pubblico di una disciplina positiva che regola l'esercizio del potere discrezionale. Si fa riferimento alla L. 241/1990, in tema di procedimento amministrativo ed accesso ai documenti amministrativi che ha sancito, in termini legislativi, i principi e i canoni cui deve informarsi il pubblico amministratore. In questo modo, ad esempio, con l'art. 3 di detta legge, che prevede l'obbligo di motivazione, la motivazione mancante, insufficiente o contraddittoria, che costituiva una delle

³⁷⁰ Così, PAGLIARO A., *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere ed abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 106 e ss., PAGLIARO A., *La nuova riforma del delitto di abuso di ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, 1399.

³⁷¹ Tale felice immagine appartiene a PADOVANI T., *Commento all'art. 1 L. 16/7/1997 n. 234*, cit., 745.

³⁷² Sostenitori di questa argomentazione, MANES V., *Abuso di ufficio, violazione di legge ed eccessi di potere*, cit., 393; TESAURO A., *Violazione di legge*, cit., 237, il quale sostiene che l'omessa istruttoria violi l'art. 6 della L. 241/1990 o che il volontario travisamento dei fatti si ponga in contrasto con l'art. 3 della medesima; PAGLIARO A., *L'antico*, cit., 109, che afferma che rileverebbe l'eccesso di potere sulla base del fatto che le regole sulla discrezionalità amministrative (quelle la cui violazione integra l'eccesso di potere) sono pur sempre regole giuridiche; ancora, D'AVIRRO A., *L'abuso d'ufficio*, cit., 59; MANNA A., *Luci ed ombre della nuova fattispecie d'abuso d'ufficio*, cit., 21; PAGLIARO A. – PARODI GIUSINO M., *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 281 e ss.; SEMINARA S., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 1253; FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte speciale*, cit., 242.

figure sintomatiche dell'eccesso di potere, viene ad appartenere alla violazione di legge³⁷³. Alla medesima conclusione si giunge, ad esempio, per il difetto di istruttoria, altra figura sintomatica dell'eccesso di potere, con la previsione dell'obbligo generalizzato di adeguata istruttoria procedimentale con l'indicazione di un soggetto, il responsabile del procedimento, deputato al rispetto di tale principio³⁷⁴.

Tuttavia, l'orientamento dottrinale opposto (ossia contrario alla riconducibilità dell'eccesso di potere) replica che in questo modo semplicemente potranno rilevare solo le ipotesi in cui l'eccesso di potere integrerà una violazione di una norma di legge: ove invece una norma di legge non sia presente, allora l'eccesso di potere non potrà autonomamente acquistare rilevanza. In buona sostanza, appare errato ritenere che l'eccesso di potere sia stato ricondotto all'interno della violazione di legge, poiché, come sottolineato, assumono rilievo non sono tutti i casi di eccesso di potere, ma solo quelli che danno vita a violazione di legge. Insomma, in simili ipotesi, non ci si troverebbe di fronte ad una condotta viziata da eccesso di potere, ma da violazione di legge, e - solo in

³⁷³ L'art. 3 L. 241/90 infatti stabilisce che: "ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nell'ipotesi prevista dal comma 2 (cioè per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale). La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria".

³⁷⁴ L'art. 4 L. 241/1990 stabilisce infatti che: "Ove non sia già direttamente stabilito per legge o per regolamento, le pubbliche amministrazioni sono tenute a determinare per ciascun tipo di procedimento relativo ad atti di loro competenza l'unità organizzativa responsabile della istruttoria e di ogni altro adempimento procedimentale, nonché dell'adozione del provvedimento finale. Le disposizioni adottate ai sensi del comma 1 sono ree pubbliche secondo quanto previsto dai singoli ordinamenti".

Altro esempio di legge la quale ha spostato alcune condotte sintomatiche di eccesso di potere nell'alveo della violazione di legge, ad esempio, è la L. 11 febbraio 1994, n. 109. Infatti in passato, gli interessi della collettività ad ottenere i migliori servizi di pubblica utilità con il minor costo, erano abbandonati, nel settore della trattativa privata, al vago e indefinito criterio dell'imparzialità, che nulla diceva in ordine ad uno degli aspetti più rilevanti della *trattativa privata*, cioè il numero minimo delle ditte da invitare per consentire la scelta dell'offerta più vantaggiosa. Le ditte potevano essere in numero di due, cinque, dieci, etc., senza che vi fosse la possibilità di stabilire, con certezza, quale fosse il numero minimo al di sotto del quale si versasse in una condanna non rispettosa del principio di imparzialità della pubblica amministrazione e, quindi, nociva per gli interessi della collettività. Oggi la situazione è mutata appunto: si è usciti dall'arbitraria indeterminatezza del "principio di imparzialità", e, per garantire davvero e con precisione gli interessi della collettività, si è imposto - con l'art. 24 della L. 109/1994 - di invitare almeno 15 ditte.

quanto tale - rilevante³⁷⁵.

La seconda argomentazione utilizzata, poi, da parte della dottrina tenta di sussumere l'eccesso di potere nell'ambito della violazione di legge includendo tra le norme di legge menzionate all'art. 323 c.p. anche l'art. 97 Cost., tramite i parametri di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione da esso previsti: è evidente, infatti, che in tal modo verrebbero ricomprese molte condotte che integrano il vizio di eccesso di potere nell'ambito della violazione costituzionale dell'art. 97 Cost.³⁷⁶

Sarà tralasciata ora disamina di questa tesi che riconduce l'art. 97 Cost. tra le "norme di legge", già analizzata ampiamente in precedenza, e sostenuta appunto da coloro che vogliono reintrodurre nell'ambito dell'abuso d'ufficio l'eccesso di potere.

Nel caso, in particolare, della figura sintomatica dell'eccesso di potere che è la disparità di trattamento, la quale si verifica ogni qual volta l'autorità amministrativa, in presenza di situazioni analoghe, adotti in violazione dei principi di uguaglianza provvedimenti contrastanti, alcuna dottrina ha avanzato la

³⁷⁵ In questo senso si è espresso BENUSSI C., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 94. Egli, infatti, confutando la suddetta teoria, fa riferimento al vizio di motivazione rilevando che: "solo la 'mancata motivazione' o la 'motivazione priva dei requisiti indicati dall'art. 3 della L. n. 241/1999' può essere la tradizionale figura dell'eccesso di potere riconducibile oggi nel vizio di violazione di legge in forza dell'invocato art. 3 della L. n. 241/1990. Viceversa tutte le altre sintomatiche figure di eccesso di potere, quali: a) il difetto di istruttoria o insufficienza istruttoria; b) la violenza morale o il dolo; c) l'illogicità; d) il comportamento contraddittorio od innocente; e) il contrasto con atti anteriori del procedimento o con precedenti manifestazioni di volontà; f) violazione di circolari o istruzioni; g) disparità di trattamento; h) sviamento dell'interesse pubblico o dalla causa tipica; i) travisamento dei fatti; l) manifesta ingiustizia, conservano tuttora intatta la loro originaria natura diversa da quella della 'violazione di legge'".

³⁷⁶ Di tale avviso, MANNA A., *Abuso*, cit., 53; MANNA A., *Luci ed ombre*, cit., 21; SEMINARA S., *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, in *Studium Juris*, 1997, 1253; INFANTE E., *Disciplina intertemporale delle fattispecie di abuso d'ufficio*, in *Indice pen.*, 1998, 847; D'AVIRRO A., *L'abuso d'ufficio*, cit., 59. Infine, si veda GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 295 e ss., secondo il quale, sul presupposto che non vi sia identità concettuale tra la locuzione "violazione di norme di legge" e il vizio di legittimità amministrativa costituito dalla violazione di legge, e che dunque la soluzione del problema costituito dalla rilevanza o meno dell'eccesso di potere nella qualificazione della tipicità della condotta, debba logicamente prescindere dalle categorie dei vizi dell'atto amministrativo, il controllo del giudice penale sulla legalità dell'azione amministrativa è pur sempre possibile grazie ai canoni costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione, la cui violazione è idonea a integrare il requisito costitutivo dell'art. 323 c.p. rappresentato dalla "violazione di norma di legge". Attraverso il principio costituzionale della legalità amministrativa, al giudice penale è tuttora attribuita la possibilità di controllare l'aspetto discrezionale dell'azione della pubblica amministrazione, l'uso non corretto della discrezionalità, ai fini della verifica sull'esistenza del reato di abuso dell'ufficio.

tesi interpretativa che in questo caso si potrebbe verificare una violazione del principio generale di uguaglianza, e che quindi essa “possa essere ricompresa nella violazione di legge e più precisamente dell’art. 3, comma 1, Cost.”³⁷⁷

I sostenitori di tale teoria adducono, poi, a loro favore il fatto che comunque la tutela del principio di imparzialità quale dovere che incombe sui pubblici amministratori è stata riaffermata anche dal D.M. 31 marzo 1994 il quale, nel dettare il codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, richiama più volte, all’art. 2, co. 2, e all’art. 7, il rispetto del principio di imparzialità. Tuttavia, quest’ultime non rappresentano affatto norme di legge.

In ordine dunque alle cd. norme di principio, si è già rilevato che non sembra condivisibile il consolidato orientamento giurisprudenziale che nega la natura di norma di legge ai sensi dell’art. 323 c.p. alle norme di principio e all’art. 97 Cost. Si è visto anche, però, come - solo con riferimento all’art. 97 Cost. - si possa ragionare in senso diverso, per le peculiarità che lo riguardano³⁷⁸. E certamente le limitazioni proposte dalla giurisprudenza e dalla dottrina non possono effettuarsi esclusivamente sulla base di un’interpretazione storica della *volutas legislatoris*, dovendosi invece prima di tutto attenere ad un’interpretazione letterale del testo.

Tuttavia, in ordine all’eccesso di potere, sembra opportuno effettuare un ragionamento di tipo diverso. In effetti, appare indiscussa la notevole portata del concetto di violazione di norma di legge, per il quale non si condivide la possibilità di individuare un criterio sostanziale in grado di selezionare le violazioni di norme rilevanti rispetto alle altre. Allo stesso tempo, però, la violazione di legge non deve nemmeno costituire l’*escamotage* tramite il quale reintrodurre l’eccesso di potere, altrimenti escluso: non può trattarsi, insomma, di

³⁷⁷ Così è stato affermato da CAPACCIOLI E., *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, 406. Altra dottrina invece ha aggiunto che la disparità di trattamento (nonché l’ulteriore figura sintomatica dell’ingiustizia manifesta che si verifica in presenza di fatti di evidente ed intollerabile ingiustizia) è in realtà anch’essa riconducibile alla “violazione del principio di imparzialità, sicchè, (...), si tende a riconoscere carattere precettivo dell’art. 97 Cost. con la conseguenza che la violazione del principio di imparzialità che si traduce nella disparità di trattamento o nell’ingiustizia manifesta, non viene più inquadrata nell’eccesso di potere, ma rientra nell’ambito della violazione di norma di legge.” Così D’AVIRRO A., *L’abuso d’ufficio*, cit., 62.

³⁷⁸ Sul punto, si veda *supra*, 3.2.1 sulle norme di principio.

un contenitore idoneo a recepire al suo interno anche un vizio – come quello l'eccesso di potere – che in realtà resterebbe al di fuori dell'art. 323 c.p., come appare non tanto dalla volontà legislativa (che non può costituire il solo o il principale criterio guida) ma dallo stesso dato testuale che si riferisce appositamente alla sola violazione di legge³⁷⁹. E a poco sembrano valere le osservazioni³⁸⁰ della dottrina volte a evidenziare che il concetto di violazione di legge non coincide con il vizio amministrativo, e che così ragionando si finirebbe per ancorarlo alla violazione di legge quale vizio di legittimità: già si è visto, infatti, come sicuramente esso ricomprenda al suo interno anche il vizio di incompetenza, allontanandosi dunque dalla classificazione amministrativistica. Pur differenziandosi dalla nozione del vizio di illegittimità amministrativa della violazione di legge, esso non risulta comunque idoneo a ricomprendere anche l'eccesso di potere, che appare invece espressamente escluso.

‘E altrettanto indubbio che – come conseguenza di tale scelta – si rischi di lasciare al di fuori dalla norma anche alcuni casi di eccesso di potere caratterizzati da un forte disvalore; tuttavia, condivisibile o meno, si tratta di una precisa scelta politico-criminale di fronte alla quale si può solamente prendere atto o, eventualmente, auspicare una modifica³⁸¹. In questo lavoro si ritiene comunque

³⁷⁹ Si veda, BENUSSI C., *I delitti*, cit., 586.

In ogni caso, se, oltretutto, si stabilisce di interpretare l'art. 97 Cost. nel senso di norma di auto-organizzazione, come proposto *supra*, allora risulterebbe ancora più difficile ricondurre al suo interno l'eccesso di potere.

³⁸⁰ In questo senso PARODI GIUSINO M., *Aspetti problematici*, cit., 902 e ss. L'Autore invero critica le opinioni maggioritarie che sarebbero esclusivamente fondate sulla volontà legislativa. Allo stesso modo, GROSSO C.F., *Condotte ed eventi*, cit., 330, il quale: “delle due, l'una. 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 poteri pubblici. 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 discrezionalità giudiziale.”

³⁸¹ Al proposito, PARODI GIUSINO M., *Aspetti problematici*, cit., 898. L'Autore infatti propone una serie di modifiche in prospettiva di una riforma dell'art. 323 c.p. Egli dichiara inoltre, che avrebbe preferito a tale impostazione una precisa indicazione dei presupposti oggettivi della condotta, che possa anche però ricomprendere casi di eccesso di potere. Egli propone, in sintesi, una ricomprensione anche dello sviamento di potere dalla causa tipica di esso, purché sia manifesto, evitando così possibili discrezionali apprezzamenti sullo stesso; e per manifesto egli intende un'arbitrarietà soggettiva ed oggettiva, evidente dalla condotta del soggetto attivo.

che l'esclusione dell'eccesso di potere sia assolutamente condivisibile e che complessivamente essa costituisca una decisione positiva, ma - soprattutto - quasi obbligata, tenuto in considerazione gli effetti negativi e pericolosi che la rilevanza dell'eccesso di potere avrebbe comportato in concreto. Solo in questo modo si poteva porre rimedio – quanto meno in parte – all'inevitabile vaghezza che sarebbe continuata a persistere qualora si fosse consentito al giudice di sussumere tale vizio di legittimità tra le condotte rilevanti.

‘E così che - con riferimento all'abuso d'ufficio - il sindacato del giudice penale deve ritenersi normativamente delimitato a priori, non più alla sola legittimità ma ai soli vizi di violazione di legge e di incompetenza. L'eccesso di potere non rientrerà più – dunque- nell'ambito dello spazio di indagine, salvo i casi in cui alcune figure sintomatiche di eccesso di potere costituiscano contemporaneamente anche ipotesi normative di violazione di legge: esse potranno costituire allora condotte rilevanti, ma solamente in quanto condotte violatrici di una norma di legge, e non certo perché viziate da eccesso di potere.

Cercando dunque di concludere in tema di eccesso di potere, di fronte all'attuale disciplina, deve riconoscersi che tuttora la questione presenta degli spunti critici, poiché sia parte della dottrina che della giurisprudenza si oppongono all'esclusione di esso. Nonostante l'espressa volontà del Legislatore si rilevano forti ragioni per non rinunciare alla rilevanza dell'eccesso di potere, poiché d'altronde va anche ricordato che comunque il controllo giudiziale sull'eccesso di potere resterebbe pur sempre un controllo di legittimità e non già di merito.

Si è detto però che si mantiene l'opinione dell'irrilevanza dell'eccesso di potere, anche alla luce delle argomentazioni poco convincenti proposte dalla dottrina. Nonostante gli sforzi operati, in effetti, da un lato, la configurazione dell'eccesso di potere come una violazione dell'art. 97 Cost. appare piuttosto forzata nei confronti del testo legislativo che pur sempre si riferisce esclusivamente alla condotta in violazione di legge. L'art. 97 Cost. sicuramente deve essere considerato una norma di legge, ma non per questo fungere da tramite grazie al quale introdurre un vizio in realtà escluso. Di contro, la tesi secondo cui alcune figure sintomatiche costituirebbero oggi espresse violazioni di norme di legge, non conduce ad alcuna conclusione, poiché – come già detto – ove così

fosse si tratterà allora di violazione di norma di legge.

3.5.2 (segue) alcuni tentativi di conferire rilevanza all'eccesso di potere.

Alla luce di quanto sinora si è andati esponendo, si è compreso come un indirizzo minoritario non concordi con la tesi che espunge definitivamente l'eccesso di potere dall'art. 323 c.p. Al contempo, nonostante le posizioni della dottrina, la giurisprudenza sul punto ha dimostrato una posizione piuttosto coerente, consolidando l'orientamento intrapreso con la cd. sentenza Tosches, che esclude l'eccesso di potere.

Si rinvergono, tuttavia, alcune pronunce che hanno intrapreso – per così dire – un indirizzo intermedio, dimostrando cioè di seguire una tendenza di stampo diverso, volta ad includere nell'ambito dell'art. 323 c.p. alcuni casi di eccesso di potere, senza però porsi apertamente in contrasto con la giurisprudenza maggioritaria. In talune situazioni, quindi, la giurisprudenza ha manifestato di cercare vie di fuga alternative, per non discostarsi dagli orientamenti maggioritari e allo stesso tempo però ritenere integrato il delitto anche in ipotesi di eccesso di potere che dimostrassero al loro interno un effettivo disvalore meritevole di tutela penale.

In questo senso, la Suprema Corte ha fatto riferimento così alla realizzazione dell'abuso d'ufficio anche per la violazione di un cd. “sistema di norme”³⁸². Ovvero, in un altro caso³⁸³, la giurisprudenza di legittimità ha ravvisato la violazione di legge non solo quando la condotta contrasti con presupposti, forme e procedure previste dalla legge, ma anche quando il potere legalmente conferito sia stato esercitato per un fine diverso da quello voluto dalla legge. E,

³⁸² Così, ad esempio, Trib. Napoli, 30.11.1999, in *Cass. pen.*, 2001, 1027, con nota di CUPELLI C., *Abuso di ufficio e tipologia delle fonti: sulla rilevanza penale della violazione di un “sistema di norme”*. Il caso di specie riguardava un assessore comunale che, di fronte all'obbligo di legge di rilasciare una concessione edilizia solo a condizione che l'opera risulti conforme alla normativa paesaggistica, non revocava la concessione già rilasciata a seguito dell'annullamento del parere paesaggistico favorevole.

³⁸³ Cass., 15.5.1998, in *Cass. pen.*, 1999, 1762, con nota di MASULLO M.N., *L'abuso d'ufficio nell'ultima giurisprudenza di legittimità, tra esigenze repressive e determinatezza della fattispecie: “la violazione di norme di legge”*. In questo caso, si trattava sempre di un assessore che, multato dalla Polizia Municipale, inviava missive al sindaco in lamentela della condotta del comandante dei vigili urbani.

ancora, si è affermato quindi che la violazione di legge potrebbe riguardare anche l'elemento teleologico³⁸⁴. Percorrendo questa via, poi, è stato possibile in taluni casi rinvenire anche l'abuso d'ufficio in concorsi pubblici in cui - per favorire un candidato - siano stati attribuiti dalla commissione voti decisamente più alti ad un soggetto rispetto ad un altro³⁸⁵.

Sulla base di tali elementi, è stata proposta quindi una lettura dell'art. 323 c.p. secondo cui per la configurazione dello stesso basterebbe che avvenisse una violazione della *ratio* della norma³⁸⁶. Tale impostazione si fonda anche sul fatto che sarebbe irragionevole non considerare l'elemento teleologico in questo reato quando invece esso rileva in molte altre fattispecie. Simile esegesi sarebbe dunque ipotizzabile poiché si farebbero rientrare al suo interno non tutti i casi di eccesso di potere ma solo quelli caratterizzati da sviamento di potere, figura sintomatica suscettibile di univoco inquadramento e quindi priva del rischio di vaghezza ed indeterminatezza del reato. In tal modo – si sostiene – le situazioni di sviamento di potere non sarebbero incompatibili con l'art. 25, comma 2, Cost.: chiaramente, perché ciò sia possibile, questo potrebbe accadere solo quando un fine della funzione pubblica attribuita all'agente sia individuabile e prestabilito *ex ante*. Quando invece simile fine non sia ricostruibile, allora non sarebbe possibile configurare l'art. 323 c.p.³⁸⁷

³⁸⁴ Cass., 14.1.2002, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 444. In essa, infatti, la Corte ha affermato la responsabilità penale dei commissari perché non modificavano i quesiti preparati per i concorrenti dopo che venivano a conoscenza del fatto che questi avevano saputo anticipatamente i quesiti. Anche se manca un'espressa disposizione normativa in tal senso, si riconosceva la violazione della *ratio* della norma che impone un concorso pubblico per selezionare i concorrenti migliori. Conforme anche Cass., 9.2.1999, in *Cass. pen.*, 2000, 868.

³⁸⁵ Cass., 1.12.1999, in *Riv. pen.*, 2000 1188, in riferimento al concorso di assunzione di un pubblico impiegato, poiché il concorso presuppone una valutazione obiettiva dei candidati, ove l'inosservanza del bando comporti una valutazione non obiettiva dei concorrenti. Nello stesso senso, Cass., 5.11.2001, in *Cass. pen.*, 2002, 1645; Cass., 26.2.2002, in *Cass. pen.*, 2003, 221.

³⁸⁶ Così si esprime INFANTE E., *L'abuso d'ufficio*, in CADOPPI A.-CANESTRARI S.-MANNA A.-PAPA M., *Trattato*, cit., 349 e ss.; e nello stesso senso anche MANNA A., *Abuso*, cit., 57.

³⁸⁷ Così, MANNA A., *Abuso*, cit., 57. Di diverso avviso, invece, PAGLIARO A., *L'antico problema*, cit., 110, che afferma che se è pur vero che non si può predeterminare l'interesse pubblico perché spetta alla pubblica amministrazione, nella sua discrezionalità, individuare l'interesse prevalente, il pubblico agente - una volta determinato dalla pubblica amministrazione - non potrà poi spostare preventivamente l'interesse stesso così come individuato. Egli cioè così facendo, non eserciterebbe la discrezionalità amministrativa, ma violerebbe la legge, rinunciando cioè all'esercizio del potere discrezionale. Tale tesi certamente non può convincere perché ciò

Risulta però necessario osservare che nemmeno questa teoria appare convincente: anche se essa impone dei limiti e restringe i casi rispetto alle tesi che ammettono nell'ambito dell'art. 323 c.p. l'eccesso di potere *tout court*, essa comunque effettua un'interpretazione alquanto forzata, al solo fine di non lasciare escluse dall'area di rilevanza penale alcune condotte di indubbio disvalore. Detto orientamento, cioè, al posto di riferirsi in via generale all'eccesso di potere, preferisce allargare ancora di più le maglie della nozione di violazione di legge: senza affermarlo espressamente, dunque, si tratta di un percorso diverso che comunque implicitamente vuole raggiungere il medesimo risultato.

Se è pur vero che esso limita la rilevanza al solo sviamento di potere che costituisce la figura sintomatica in cui l'eccesso di potere si manifesta in modo più palese, non può accettarsi una lettura della condotta in chiave teleologica: lo si evidenzierà anche con riferimento all'elemento soggettivo, ma tanto più per l'elemento oggettivo non si può condividere un ingresso alla valutazione della *ratio* della norma, che comporterebbe un sindacato giudiziale troppo discrezionale su quali siano le finalità della stessa e la loro violazione.

Coerentemente con quanto sostenuto finora, si ritiene quindi che l'abuso d'ufficio non sia suscettibile di ricomprendere l'eccesso di potere, neppure parzialmente nella forma dello sviamento di potere.

6 *La condotta di omessa astensione.*

Circa, poi, la seconda forma tipica della condotta, si accenna solamente – e molto sommariamente – all'omessa astensione. Essa consiste nella violazione del dovere di astensione in presenza di “un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti”. Il dovere di astensione, dunque, viene fondato o sulla situazione cd. sostanziale che evoca un conflitto di interessi (della presenza “di un interesse proprio o di un prossimo congiunto”) ovvero su quella

renderebbe estremamente vaga la nozione di violazione di legge, e di fatto suscettibile di un sindacato volto quasi a sostituirsi alle scelte dell'amministratore pubblico; inoltre - poiché l'interesse non è predeterminato - non è possibile stabilire se l'interesse prescelto sarebbe stato lo stesso anche in caso di buona fede dell'agente.

cd. formale che rinvia a quelle norme che prevedono un dovere di astensione (“altri casi prescritti”).

Si vuole innanzi tutto ricordare che il tema della violazione del dovere di astensione era già stato oggetto di dibattito in relazione alla fattispecie dell'interesse privato in atti d'ufficio (art. 324 c.p., ora abrogato), e all'abuso d'ufficio così come configurato dalla L. 86/1990³⁸⁸.

L'elemento che la giurisprudenza comunque tiene attualmente ad evidenziare è che le condotte di violazione del dovere di astensione, esattamente come quelle in violazione di legge e di regolamento, rilevano solo alla duplice condizione che, sul piano oggettivo, da esse siano derivati un vantaggio

³⁸⁸ La giurisprudenza sul punto ha assunto posizioni diverse nel tempo: inizialmente, infatti, essa riteneva che il reato si perfezionasse per il solo compimento di un atto dell'ufficio in presenza di un qualsivoglia conflitto di interessi. Il dovere di astensione, dunque, poteva scaturire sia da una norma, che dalla concreta presenza di un conflitto di interessi. Così Cass., 9 .7.1965, in *Foro it.*, 1965, II, c. 401; Cass., 16.3.1970, in *Cass. pen.*, 1970, 1658; Cass., 23.11.1971, in *Cass. pen.*, 1972, 1629; Cass., 19.11.1964, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 617. Verso la metà degli anni '60, poi, l'indirizzo è mutato, richiedendo una concreta, e non solo sospetta, ingerenza profittatrice del pubblico ufficiale: il delitto poteva sussistere solo quando il pubblico ufficiale avesse strumentalizzato la sua funzione, ponendola al servizio dei suoi fini privati, animato perciò del solo scopo di violare il dovere di astensione come mezzo per il raggiungimento dei suoi personali interessi; a nulla rilevava però la mancata verifica di un danno nei confronti della pubblica amministrazione o la coincidenza tra interesse pubblico e privato. Così, Cass., 10.7.1967, in *Riv. pen.*, 1968, II, 1264; Cass., 23.1.1969, in *Cass. pen.*, 1969, 1506; Cass., 22.6.1971, in *Cass. pen.*, 1972, 859, nella quale la Corte dichiara che “la semplice violazione, da parte del pubblico ufficiale, della facoltà di astenersi dall'atto del suo ufficio, non è sufficiente ad integrare l'estremo materiale del reato di cui all'art. 324 c.p., occorrendo che egli abbia, con una concreta attività, preso interesse privato nell'atto della pubblica amministrazione”. La giurisprudenza e la dottrina prevalenti, inoltre, richiedevano anche un'effettiva ingerenza del pubblico ufficiale tramite una strumentalizzazione dell'ufficio e la concreta dimostrazione della sussistenza dell'interesse privato. In giurisprudenza in questo senso, Cass., 19.5.1980, in *Cass. pen.*, 1981, 1029; Cass., 20.3.1980, in *Cass. pen.*, 1981, 542; Cass., 22.3.1980, in *Cass. pen.*, 1981, 1026.

In dottrina, invece, BARTULLI A., *L'interesse privato in atto d'ufficio*, Milano, 1967, 267 e ss.; BRICOLA F., *Interesse privato in atti d'ufficio*, in *Scritti di diritto penale*, II tomo, vol. I, Milano, 1997, 2508; GROSSO C.F., *Lineamenti dell'interesse privato in atti d'ufficio*, Milano, 1966, 92 e ss.; INFANTINI F., *L'abuso della qualità o delle funzioni di pubblico ufficiale in diritto penale*, cit., 217; PAGLIARO A. – PARODI GIUSINO M., *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 286 e ss. In una terza fase - verso la fine degli anni '80 e dopo la riforma del 1990 - , infine, oltre che richiedere che la violazione del dovere di astenersi rappresentasse lo strumento per realizzare gli interessi privati del pubblico funzionario, si escludeva l'abuso d'ufficio se accanto allo scopo privato l'agente avesse perseguito, in via primaria, un contestuale interesse pubblico. Così, STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, cit., 260, e, in giurisprudenza, Cass., 13.7.1989, in *Riv. pen.*, 1990, 493. Nel caso specifico, la Corte ha annullato la decisione di merito che aveva fondato l'affermazione di responsabilità dell'imputato su due soli elementi: la coincidenza di un interesse degli amministratori di un comune all'approvazione del piano regolatore e la violazione del conseguente obbligo di astensione in sede di approvazione. In questo modo veniva contraddetto il precedente principio che riteneva configurabile il delitto di interesse privato in atti d'ufficio anche in caso di coincidenza fra interesse privato e interesse pubblico.

patrimoniale del soggetto attivo o di altri, ovvero un ingiusto danno e, sul piano soggettivo, che questi eventi siano stati intenzionalmente provocati dall'agente. Infatti, l'omissione del dovere di astensione ovviamente non è sufficiente di per sé, poiché devono sussistere tutti gli altri elementi, riferibili non solamente alla prima forma di condotta tipica, ma ad entrambe³⁸⁹. In conclusione, l'art. 323 c.p. non punisce la mera violazione del dovere di astensione sia in sé (come per esempio accade nell'ipotesi di cui all'art. 2631 c.c. in tema di conflitto di interessi tra amministratore e società dallo stesso gestita) ma il solo caso in cui essa intenzionalmente cagioni l'evento³⁹⁰.

Circa la condotta di astensione, non è chiaro se il soggetto attivo debba astenersi dal compimento di un "atto giuridico"³⁹¹ - come nella precedente abrogata disciplina dell'art. 324 c.p.³⁹² - ovvero anche dal compimento di attività materiali relative allo svolgimento della funzione o del servizio³⁹³.

In ordine, poi, all'analisi della condotta omissiva, è necessario comprendere il significato da attribuire all'espressione "omettendo di astenersi in

³⁸⁹ Si vedano, Cass., 23.2.2010, in *Guida al dir.*, 2010, fasc. 42, 100; Cass., 27.10.2009, in *C.E.D. Cass.* 2009, 47978; Cass., 26.4.2007, in *Cass. pen.*, 2008, 10, 3713; Cass., 21.2.2003, in *Cass. pen.*, 2004, 866; Cass., 12.2.2003, in *Cass. pen.*, 2004, 1247.

³⁹⁰ PATALANO V., *Difficile censurare le scelte del legislatore sulla base di improbabili casi limite*, in *Guida al dir.*, 1997, 77; SEMINARA S., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 1255.

³⁹¹ Trib. Torino, 18.1.1998, in *Guida al dir.*, 1998, fasc. 13, 95. La sentenza riporta che: "il dovere di astensione di cui all'art. 323 c.p. è esclusivamente quello previsto dalle norme che disciplinano lo svolgimento di attività giuridica da parte dei soggetti investiti di pubbliche funzioni o incaricati di pubblici servizi. Esso può ricorrere solo in occasione del compimento di atti formali, non di meri comportamenti materiali (come i consigli dati nel corso di una visita medica). Fuori dall'ambito dell'attività istituzionale, degli atti formali del pubblico ufficiale, non può dunque ravvisarsi un dovere di astensione in senso tecnico."

³⁹² In realtà anche sotto il vigore dell'art. 324 c.p. ora abrogato era controverso il significato del termine "atto della Pubblica Amministrazione". Infatti, alcuni autori (come GROSSO C.F., *Lineamenti dell'interesse privato in atti d'ufficio*, cit., 113; PAGLIARO A – PARODI GIUSINO M., *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 252 e ss.) ritenevano, per l'esigenza di reprimere ogni sfruttamento dell'ufficio a salvaguardia dell'imparzialità amministrativa, che nell'ambito della norma incriminatrice il termine "atto" dovesse ricomprendere qualsiasi attività della pubblica amministrazione, e, quindi, anche le mere operazioni materiali. Altri (BARTULLI A., *L'interesse privato in atto d'ufficio*, cit., 112; BRICOLA F., *Interesse privato in atti di ufficio*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 84 e ss.) invece intendevano il termine atto in senso tecnico-giuridico.

³⁹³ Secondo alcuni, infatti, l'art. 323 c.p. non potrebbe più essere ricondotto al precedente e diverso art. 324 c.p., poiché quest'ultimo limitava esplicitamente l'oggetto del dovere di astensione ai soli atti. In secondo luogo, l'art. 323 c.p. inquadra la violazione del dovere di astensione nello "svolgimento della funzione o del servizio", senza distinguere in alcun modo tra i tipi di attività giuridiche o materiali riconducibili all'esercizio della pubblica funzione. Così, BENUSSI C., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 120.

presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto”: secondo parte della dottrina³⁹⁴ essa dovrebbe comunque fondarsi in un obbligo giuridico di astenersi; diversamente, un secondo orientamento³⁹⁵ - prevalente e assai più condivisibile - ravvisa nella norma due diversi ed autonomi obblighi di astensione. Il primo, l’omissione di astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, prevederebbe un dovere generale di astensione in presenza di un conflitto di interessi³⁹⁶; il secondo invece, “negli altri casi prescritti”, riferirebbe l’omessa astensione non solo ad un interesse proprio o di un prossimo congiunto, ma anche ad altri conflitti scaturenti da un interesse diverso (cd. conflitto di interessi indiretto). Seguendo l’impostazione maggioritaria, dunque, la prima forma di omissione non deve necessariamente derivare da norme legislative o regolamentari³⁹⁷. Il risultato sarebbe, per alcuni, così quello di una norma

³⁹⁴ LEONI M., *Il nuovo reato di abuso d’ufficio*, cit., 83; DELLA MONICA G., *La non configurabilità dell’abuso d’ufficio per eccesso di potere*, cit., 72.

³⁹⁵ In tal senso, D’AVIRRO A., *L’abuso d’ufficio*, cit., 73; PADOVANI T., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 746; RUSSO M., *La violazione di legge e di regolamento*, in DALIA A.A. – FERRAIOLI M. (a cura di), *La modifica dell’abuso d’ufficio e nuove norme sul diritto di difesa*, cit., 38. Così anche ROMANO M., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 267: “non pare necessario che gli obblighi siano previsti da norme scritte: anzi, i “casi prescritti” sembrano piuttosto contrapporsi ai primi (“altri” non perché ugualmente ma perché prevedono uguali obblighi di astensione) da ricondurre a ragioni generali di opportunità o di correttezza formale che l’art. 323 c.p. vuole rendere rilevanti anche in assenza di apposite previsioni (al di là di una “violazione di norme”)”. In giurisprudenza, Cass., 5.11.1998, in *Riv. pen.*, 1998, 985; e Cass., 14.4.2003, in *C.E.D. Cass.*, n. 225490., secondo cui “allorché l’abuso d’ufficio si concreti nella violazione del dovere di astensione non è necessario individuare alcuna violazione di legge o regolamento perché possa ritenersi sussistente l’elemento materiale del reato”; Cass., 2.3.2005, in *Guida al dir.*, 2005, fasc. 18, 76., ove la Corte ha rilevato che “la norma ricollega l’obbligo di astensione a due ipotesi distinte e alternative: quella dell’obbligo di carattere generale, derivante dall’esistenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, e quella della verifica dei singoli casi in cui l’obbligo sia prescritto da altre disposizioni di legge che vengono richiamate in via generale. Tale richiamo – esteso, secondo lo schema della norma penale in bianco, anche alle norme speciali di futura emanazione – delinea, invero, un sistema in cui l’ipotesi di carattere generale e quelle particolari risultano armonizzate grazie a un effetto parzialmente abrogante che esclude ogni possibile contrasto. Ciò nel senso che, in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, la “facoltà” di astensione eventualmente prevista da una norma speciale viene abrogata e sostituita dall’“obbligo” di astensione derivante, appunto, dalla presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto.”

³⁹⁶ La tesi che ricollegava al conflitto di interesse la condotta abusiva fu sostenuta da una giurisprudenza minoritaria, sotto il vigore del codice Zanardelli. In dottrina poi la tesi fu sostenuta da NUVOLONE P., *L’infedeltà patrimoniale*, Milano, 1941, 20, che ha ravvisato l’abuso di potere “nell’impiego del potere ottenuto in vista di un determinato fine per un fine che con esso è in contrasto”.

³⁹⁷ Favorevoli alle sole norme di legge o regolamentari sono SEGRETO A. - DE LUCA G., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 517; invece, *contra*, si è espresso ROMANO M., *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 267, sottolineando che “al contrario

parzialmente in bianco³⁹⁸, poichè il precetto, per un verso, laddove fa riferimento a “violazioni di norme di legge o regolamento” deve essere individuato caso per caso, invece nell’ipotesi di omessa “astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto” il comportamento verrebbe tipizzato dalla norma³⁹⁹. Certamente, per comprendere quali siano le ipotesi in cui tale dovere di astensione si configura, è necessario individuare i confini del termine “interesse”: secondo la dottrina penalistica, esso esprimerebbe il rapporto intercorrente tra un soggetto, al quale fa capo un bisogno, ed il bene idoneo a soddisfare il medesimo⁴⁰⁰. Esso dovrà essere caratterizzato anche dai requisiti della concretezza e dell’attualità. Sicuramente, poi, potranno farsi rientrare nell’ambito dell’interesse i beni economico-patrimoniali e non invece, secondo alcuna letteratura, quelle utilità personali che costituiscono meri sentimenti.

Quanto poi alla nozione di “prossimo congiunto”, piuttosto controversa è risultata la posizione del convivente *more uxorio*. Gioverà ricordare che la Corte Costituzionale⁴⁰¹ ha escluso un allargamento della definizione legislativa. Ma è stato, peraltro, correttamente evidenziato che il soggetto che ometta di astenersi nell’interesse del convivente potrà semplicemente integrare la condotta di omissione di astensione in presenza di un interesse proprio⁴⁰². Infatti, sarà

della violazione di norme, l’art. 323 c.p. accentua qui lo specifico contenuto della regola di condotta trascurando invece il tipo di fonte: per non considerare del tutto pleonastico il riferimento, infatti, pare da escludere che gli “altri casi prescritti” debbano esserlo mediante legge o regolamento (anche se in genere lo sono o lo saranno)”.

³⁹⁸ Si veda PULITANÒ D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 319.

³⁹⁹ Così, D’AVIRRO A., *L’abuso d’ufficio*, cit., 71; Così MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966; DELOGU T., *Le norme penali congiunte*, in *Annali*, 1936, 521; FORSALI R.A., *Concorso di norme e concorso di reati*, 1937, 265.

⁴⁰⁰ Vedasi per tutti, CARNELUTTI F., *Il danno e il reato*, Milano, 1926, 12. Per una puntualizzazione del problema in genere, anche JÄGER P.G., *L’interesse sociale*, Milano, 1974.

⁴⁰¹ Corte Cost., 18.1.1996, in *Cass. pen.*, 1996, 1375, che ha confermato la precedente sentenza, della stessa corte, Corte Cost., 18.11.1986, in *Giust. pen.*, 1986, I, c. 353. Infatti, in quest’ultima pronuncia, la Corte aveva rilevato che - ai sensi dell’art. 29 Cost. - per famiglia deve intendersi quella fondata sul matrimonio, stante inoltre l’inapprezzabilità del rapporto di fatto poichè privo delle caratteristiche di certezza e stabilità proprie della famiglia legittima. Si veda anche Cass., 27.5.1988, in *Cass. pen.*, 1989, 1217. Contrariamente comunque si è espressa alcuna dottrina, come ad esempio D’AVIRRO A., *L’abuso d’ufficio*, cit., 76.

⁴⁰² Negli stessi termini si è espresso Trib. Roma, 17.9.1997, in *Riv. pen.*, 1998, 270, affermando che “integra il reato di abuso d’ufficio la condotta di un componente della commissione esaminatrice di un concorso pubblico, il quale, nonostante lo strettissimo legame con una candidata, ometta di astenersi, determinando così l’esito positivo del concorso per la suddetta”.

interesse proprio del pubblico funzionario quello di favorire una persona a lui legata da stretti vincoli affettivi. Anche il vantaggio patrimoniale ingiusto, d'altra parte, potrà realizzarsi nel solo patrimonio del convivente, perché la legge dà rilievo, indifferentemente, al vantaggio patrimoniale che l'agente "procura a sé o ad altri".

Per quel che concerne, invece, la seconda ipotesi di obbligo di astensione, negli "altri casi prescritti", per una parte della dottrina essa ricomprenderebbe genericamente tutte le condotte abusive represses dall'art. 323 c.p.: non solo, cioè, quelle riferite alla violazione del dovere di astensione, ma anche tutte quelle riconducibili alla prima forma di condotta in violazione di norme di legge o di regolamento⁴⁰³. Si crede che lo scopo di tale impostazione sia quello - nuovamente - di tentare di attribuire rilevanza alle condotte viziate dall'eccesso di potere. Sembra però, ancora una volta, l'ennesima strada che la dottrina tenta di percorrere al fine di ottenere il risultato - come più volte ripetuto, non condivisibile - di interpretare forzatamente il testo normativo⁴⁰⁴. Oltretutto, con particolare riferimento a quest'ultima lettura, essa sembra non avere alcun fondamento, dato che tale ipotesi è in realtà ubicata testualmente nella parte dell'art. 323 c.p. in cui la condotta penalmente rilevante si realizza "omettendo di astenersi in assenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti". È evidente, pertanto, il riferimento della locuzione alla sola seconda forma di condotta tipica

Inoltre, si è discusso anche se le fonti che prescrivono il dovere di astensione debbano essere solo la legge o i regolamenti, ovvero anche di diverso tipo (come ad esempio atti amministrativi)⁴⁰⁵.

Per completezza, comunque, va evidenziato che l'interesse a favore del convivente è preso in considerazione anche dal già citato D.M. 31 marzo 1994, con la conseguenza che, nelle ipotesi ivi contemplate, è lo stesso regolamento ad imporre l'obbligo, per il pubblico dipendente, di astenersi.

⁴⁰³ PAGLIARO A., *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 1400; PAGLIARO A. – PARODI GIUSINO M., *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 281 e ss. L'Autore, infatti, restando fautore della ricomprensione dell'eccesso di potere nell'ambito dell'art. 323 c.p., ha tentato varie strade ed ha individuato diverse argomentazioni per ovviare al dettato normativo a tal fine.

⁴⁰⁴ Così si esprimono D'AVIRRO A., *L'abuso d'ufficio*, cit., 76; PITTARO P., *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, cit., 27.

⁴⁰⁵ Sul punto si è espresso BENUSSI C., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 128. L'Autore

7 *L'evento del reato.*

Nell'approfondire il delitto di cui all'art. 323 c.p. si è deciso in particolar modo di soffermarsi sugli elementi della condotta - così come tratteggiata in seguito alla riforma - e su quello soggettivo del dolo intenzionale.

Tuttavia, non è possibile fare a meno di compiere una trattazione anche dell'elemento dell'evento, inserito anch'esso con la riforma del 1997. Ben noto è, infatti, che l'abuso d'ufficio da delitto di pura condotta (sia nella versione del Codice Rocco che in quella del 1990) è stato trasformato in delitto di evento, introducendo quindi un ulteriore elemento ai fini dell'integrazione del reato. Dal 1990 in avanti, in effetti, gli elementi del vantaggio e del danno erano stati inseriti sotto forma di finalità dell'agente, ossia erano stati limitati all'area dell'elemento soggettivo, configurato quindi come dolo specifico⁴⁰⁶.

Oggi dunque - ai fini della consumazione della fattispecie - è necessario che si realizzi un danno ovvero un vantaggio patrimoniale, entrambi ingiusti. Tale

ritiene che le fonti vadano circoscritte alle sole norme di legge o regolamento. Egli confuta l'opposta tesi, di cui sostenitore è D'AVIRRO A., *L'abuso d'ufficio*, cit., 79, rilevando che essa si fonda sulla volontà di includere tra le fonti anche il Codice di comportamento dei pubblici dipendenti. Ma esso, rileva sempre l'Autore, è già fonte regolamentare e di per sé sarebbe quindi inclusa.

La tesi opposta, volta a ricomprendere anche le fonti amministrative si fonda comunque sul fatto che se ci si deve limitare a fonti legislative o regolamentari allora il riferimento agli "altri casi prescritti" sarebbe del tutto pleonastico. Si veda la trattazione effettuata comunque *supra* in nota.

⁴⁰⁶ Prima della L. 86/1990 in realtà era stato proposto che l'abuso d'ufficio diventasse un reato di evento a dolo generico in cui il profitto o il danno costituivano il risultato della condotta, al fine di determinare *maggiormente* la struttura del reato, ancorandola a dati oggettivi, quale appunto l'evento naturalistico (D.d.l. Vassalli del marzo 1989). Tuttavia la norma entrò poi in vigore come delitto di pura condotta a dolo specifico. Nonostante molta letteratura tentasse di far rientrare il danno ed il vantaggio anche nell'ambito dell'elemento oggettivo, tale tentativo risultava assai difficile poiché il testo sul punto risultava piuttosto chiaro. Sicuramente, comunque, tali orientamenti e le molteplici critiche dottrinali hanno indotto il Legislatore del 1997 a riportare suddetti elementi dall'elemento del dolo a quello oggettivo. Per le critiche dottrinali dunque dell'art. 323 c.p. così come configurato dalla L. 86/1990, PICOTTI L., *Il dolo specifico*, Milano, 1993, 282 e ss.; IADECOLA G., *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 68; SCORDAMAGLIA V., *L'abuso d'ufficio*, in COPPI F. (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993, 191 e ss.; RAMPIONI R., *L'abuso d'ufficio*, cit., 191 e ss.; D'AVIRRO A., *L'abuso d'ufficio*, I, cit., 203. Egli aveva rilevato che "l'unica possibilità di superare le critiche di illegalità e di indeterminatezza che da più parti vengono rivolte contro il delitto di abuso d'ufficio è quella di accertare che, analogamente a quanto si verificava per la vecchia ipotesi di peculato per distrazione, il fine di vantaggio o di danno non si esaurisca nel quadro dell'elemento soggettivo, ma agisca anche sul piano della tipicità oggettiva, contribuendo a definire in termini di maggiore determinatezza il contenuto oggettivo della fattispecie."

previsione, oltre ad aver in questo modo garantito una maggiore determinatezza al delitto - richiedendo che dalla condotta abusiva consegua anche un evento ingiusto -, rientra quindi nel percorso che si era posto in evidenza sin dall'inizio della presente tesi, ossia quello della selezione dell'elemento oggettivo.

L'area del penalmente rilevante, infatti, è stata selezionata, oltre che sotto il profilo della condotta, - doppiamente quindi - tramite anche l'introduzione dell'evento, rendendo così irrilevanti quelle condotte dalle quali non derivi un danno ovvero un vantaggio patrimoniale ingiusti.

Conseguenza di tale trasformazione, senza dubbio, è che la riduzione della sfera di applicabilità della norma, ed - oltre a ciò - una previsione assai più netta di un confine tra la mera illegittimità e l'illiceità penale, come è stato osservato⁴⁰⁷.

In molteplici fattispecie del nostro codice penale si rinvencono gli elementi del danno e del vantaggio - a volte nell'ambito dell'evento ed altre invece all'interno dell'elemento soggettivo, sotto forma di dolo specifico - anche se in taluni casi essi sono previsti in contemporanea. Tuttavia, pare che l'indagine sul danno e sul vantaggio, quali elementi costitutivi, debba essere svincolata dai criteri che presiedono all'interpretazione dei reati contro il patrimonio, anche perché in essi spesso si riviene un duplice contenuto precettivo⁴⁰⁸: il vantaggio costituisce per l'agente "l'elemento simmetrico e contrario del danno arrecato al soggetto passivo. All'impoverimento patrimoniale della vittima del reato, corrisponde, cioè, l'arricchimento dell'agente"⁴⁰⁹. Nell'art. 323 c.p., invece, risulta mancante tale rapporto simmetrico, nel senso che al vantaggio dell'agente debba seguire il danno altrui, poiché danno e vantaggio si trovano in un rapporto

⁴⁰⁷ In questi termini l'intervento al Senato del sen. Centaro l'11 luglio 1996. Infatti, come affermano SEGRETO A.- DE LUCA G., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 131, proprio la mancata distinzione tra illegittimità ed illiceità era la pecca del precedente art. 323 c.p.: "il naufragio della riforma del 1990 deve attribuirsi, quasi esclusivamente, alla carenza di confine tra illegittimità amministrativa e illiceità penale, che ha fatto coincidere, il più delle volte l'atto illegittimo con la condotta criminosa del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, tanto che la norma spesso ha rappresentato un mezzo di impugnazione dei provvedimenti amministrativi, alternativo agli ordinari ricorsi".

⁴⁰⁸ Così si è espresso MANTOVANI F., *Diritto penale, delitti contro il patrimonio*, Padova, 2009, 36.

⁴⁰⁹ FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte speciale*, cit., 31 e ss.

del tutto autonomo: il reato si consuma autonomamente ogni qual volta dalla violazione di norma di legge o di regolamento o dall'omessa astensione sia derivato un danno ovvero un vantaggio.

3.7.1 (segue) la cd. doppia ingiustizia e il sindacato del giudice penale nell'accertamento di tale elemento.

In ordine, poi, al requisito dell'ingiustizia, esso è stato introdotto a partire dal 1990 sia per il danno che per il vantaggio, anche se già in precedenza - secondo alcuni - esso andava considerato come implicitamente contenuto nella fattispecie⁴¹⁰. Tale elemento, sostanzialmente, sta a significare che non è sufficiente l'ingiustizia della condotta - che si verifica *contra ius* -, ma è necessario un ulteriore, distinto ed autonomo accertamento, volto ad individuare se il vantaggio conseguito ovvero il danno arrecato sia a sua volta ingiusto. In tal modo, non si considerano più penalmente rilevanti quelle condotte illegittime (e come tali annullabili nelle sedi amministrative competenti) o poste in essere in violazione di un obbligo di astensione, che producono vantaggi patrimoniali o danni conformi al diritto e come tali non ingiusti.

La struttura appena descritta dell'art. 323 c.p. è stata definita dalla dottrina e dalla giurisprudenza come struttura a cd. doppia ingiustizia, già proposta e sostenuta prima della L. 234/1997⁴¹¹. Tale concetto, tuttavia, non è esente da dibattito in tema della sua definizione.

Secondo una prima lettura, infatti, si tratterebbe di un'aggiunta sovrabbondante poiché il vantaggio o il danno conseguenti ad una condotta illegittima sarebbero

⁴¹⁰ MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 284; CONTIERI E., *Abuso innominato d'ufficio* (voce), cit., 189; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte speciale*, II, Milano, 1987, 687. In giurisprudenza, Cass., 7.4.1971, in *Cass. pen.*, 1972, 446; Cass., 20.6.1990, in *Cass. pen.*, 1990, 1901 e ss.

⁴¹¹ In tal senso si sono espressi CERQUA L.D., in AAVV, *L'obiettivo su...l'abuso d'ufficio*, cit., 45; DELLA MONICA G., *L'ingiusto vantaggio patrimoniale*, cit., 97; PAGLIARO A. - PARODI GIUSINO M., *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 278; PITTARO P., *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, cit., 29; SCARPETTA G., *Il danno ingiusto*, in DALIA A.A. - FERRAIOLI M. (a cura di), *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, cit., 132; Così, in giurisprudenza, Trib. Milano, 28.11.1997, in *Indice pen.*, 1998, 47; Cass., 28.5.1997, in *Riv. pen.*, 1997, 716; Cass., 18.3.1997, in *Guida al dir.*, 1997, fasc. 19, 92; Cass., 21.2.1997, in *Guida al dir.*, 1997, fasc. 15, 73; Cass., 13.2.1997, in *Riv. pen.*, 1997, 387. *Contra* SEMINARA S., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 1258.

sempre e comunque ingiusti: in pratica, ogni evento sarebbe ingiusto solo perché frutto di una condotta ingiusta e non per una diversa ragione⁴¹². Un distinto indirizzo⁴¹³, invece, ravvisa nell'ingiustizia del danno o del vantaggio un'importanza fondamentale, e distinta dall'illegittimità in cui si sostanzia l'abuso. Infatti, l'ingiustizia del vantaggio o del danno assumerebbe una propria autonomia rispetto a quella che contraddistingue l'atto o il comportamento illegittimo, richiedendosi che sia *contra legem* non solo la condotta, ma anche il fine perseguito dall'agente. In buona sostanza, diventerebbe così possibile distinguere nettamente il delitto nei due momenti essenziali della condotta e dell'evento, connotati entrambi ed autonomamente dall'ingiustizia, e consentendo – si ribadisce – di separare le condotte illegittime da quelle anche illecite. L'orientamento appena descritto risulta quello maggioritario sia in giurisprudenza che in dottrina. Esso appare del tutto convincente e coerente con l'intento che ha portato all'ulteriore novella legislativa del 1997. La giurisprudenza di legittimità, dunque, ha ribadito un molteplice occasioni l'importanza della cd. doppia ingiustizia e l'autonomia dell'ingiustizia dell'evento rispetto a quella della

⁴¹² PADOVANI T., *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., 90; RAMPIONI R., *L'abuso d'ufficio*, cit., 122; SEMINARA S., *Il delitto di abuso d'ufficio*, cit., 582. PARODI GIUSINO M., *Abuso d'ufficio*, cit., 241, ha ritenuto pleonastico il requisito dell'ingiustizia del vantaggio-danno, trattandosi di illiceità espressa che nulla aggiunge al disvalore complessivo della fattispecie. In sostanza, non potrebbe mai considerarsi giusto o conforme al diritto il risultato raggiunto o preso di mira abusando delle pubbliche funzioni. *Contra*, D'AVIRRO A., *L'abuso d'ufficio*, cit., 134, per il quale: "Contro l'asserita pleonasticità del requisito dell'ingiustizia parlano, infatti, le molte ipotesi delittuose – si pensi solo ai delitti contro il patrimonio – nelle quali nessuno dubita che ci si trovi in presenza di una qualificazione normativa di questo o di quell'elemento del fatto, bisognoso di autonomo accertamento e che adempie ad una funzione selettiva dei fatti penalmente rilevanti. Si pensi solo alla struttura del delitto di estorsione: l'ingiustizia del profitto non è l'immane conseguenza della condotta violenta o minacciosa dell'agente, potendo il profitto essere 'giusto', quando sia la realizzazione di un interesse dell'agente protetto dall'ordinamento. In tal caso, la condotta violenta o minacciosa, potrà ovviamente rilevare ad altro titolo integrando, ad esempio, il delitto di violenza privata, ma non si profilerà la figura dell'estorsione".

⁴¹³ Tra questi, MANNA A., *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi*, cit., 63 e ss.; TESAURO A., *Violazione di legge*, cit., 195 e ss.; DI MARTINO A., *Abuso d'ufficio*, in DI MARTINO A. – BONDÌ A. – FORNASARI G., cit., 257 e ss.; DELLA MONICA G., *L'ingiusto vantaggio patrimoniale*, cit., 97; SCARPETTA G., *Il danno ingiusto*, cit., 183; SEGRETO A. - DE LUCA G., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 534 e ss. Inoltre FORLENZA O., *Necessario un check-up sulla giurisprudenza per la diversa configurazione del delitto*, in *Guida al dir.*, 1997, fasc. 29, 25, secondo il quale l'ingiustizia del vantaggio procurato esclude dal novero dei fatti costituenti reato tutte le utilizzazioni *contra legem* del proprio ufficio, alle quali tuttavia consegue il risultato perfettamente lecito. Ancora, GAMBARDELLA M., *Sul requisito dell'ingiustizia del vantaggio o del danno nel delitto di abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 1997, 2693.

condotta⁴¹⁴. Alcune voci⁴¹⁵ comunque hanno criticato anche tale impostazione, perché qualora si richiedesse rigidamente una doppia ingiustizia - nel senso di pretendere che l'evento debba presentarsi autonomamente come contrario all'ordinamento -, potrebbero verificarsi esiti molto forti, nel senso che potrebbe in taluni casi venir meno il reato ove non si ravvisasse la seconda ingiustizia (si pensi ai casi delle procedure concorsuali o di favoritismi nelle gare di appalto dove l'evento non possiede un'autonoma e distinta ingiustizia rispetto alla condotta, ma ne rappresenta – semmai – l'immediata conseguenza)⁴¹⁶.

È certo, però, che la teoria della cd. doppia ingiustizia non debba portare per forza a conseguenze estremistiche, rendendo così pressoché impossibile la configurazione dell'evento ingiusto e finendo per effettuare un'*interpretatio abrogans* del requisito dell'ingiustizia e del reato in generale. Piuttosto, sembra corretta la lettura proposta per essa dalla giurisprudenza in molteplici sentenze e dalla dottrina maggioritaria, secondo la quale l'ingiustizia del vantaggio e del danno va ravvisata nella mancanza di un fondamento per gli stessi in un diritto sostanziale. In buona sostanza, non deve riscontrarsi una pretesa giuridicamente fondata al risultato della condotta di abuso⁴¹⁷.

⁴¹⁴ Cass., II, 11.12.2009, in *Cass. pen.*, 2010, 10, 3395, con nota di RENZETTI C., *Osservazioni a Corte di Cass., sez. II, n. 2754, 11 dicembre 2009*, la quale ribadisce che “il delitto di abuso d'ufficio è integrato dalla doppia e autonoma ingiustizia, sia della condotta che deve essere connotata da violazione di legge, che dell'evento di vantaggio patrimoniale in quanto non spettante in base al diritto oggettivo, con la conseguente necessità di una duplice distinta valutazione in proposito, non potendosi far discendere l'ingiustizia del vantaggio dall'illegittimità del mezzo utilizzato e, quindi, dall'accertata illegittimità della condotta”. Conformi, Cass., V, 2.12.2008, in *C.E.D. Cass.* 2009, n. 16895; Cass., VI, 24.4.2008, in *Guida al dir.*, 2008, fasc. 40, 88; Cass., 27.6.2006, in *Cass. pen.*, 2007, 6, 2459, con nota di DE BELLIS M., *L'abuso d'ufficio del pubblico ufficiale che esercita attività a favore di terzi senza autorizzazione dell'ente pubblico*; Cass., 26.11.2002, in *Cass. pen.*, 2003, 3791; Cass., 28.5.1997, in *Riv. pen.*, 1997, 716; Cass., 15.7.1996, in *Cass. pen.*, 1997, 2693.

⁴¹⁵ INFANTE E., *Abuso*, cit., 353.

⁴¹⁶ In realtà, la giurisprudenza non è mai giunta a simile impostazione così rigida e netta: non si rinvencono nelle pronunce, dunque, risultati a tal punto estremistici. Per la verità, si registra solo una sentenza che ha escluso il reato sulla base dell'insussistenza di una seconda ingiustizia autonoma nel caso di gare di appalto, la quale però non ha trovato seguito in ulteriori sentenze successive: Cass., 4.4.2000, in *Guida al dir.*, 2000, fasc. 20, 75.

⁴¹⁷ In giurisprudenza, così, con riferimento alla doppia ingiustizia seppur ancora nell'ambito del dolo specifico, Cass., 13.5.1996, in *Giust. pen.*, 1997, II, 235; successivamente alla L. 234/1997, invece, Cass., 27.8.1999, in *Guida al dir.*, 1999, fasc. 42, 99, che qualifica appunto ingiusto l'evento dell'ingiusta assunzione a seguito della rivelazione al soggetto favorito di una traccia concorsuale, poiché si tratta di un vantaggio *sine jure*. Favorevoli a tale lettura, INFANTE E., *Abuso d'ufficio*, cit., 354; BENUSSI C., *I delitti*, cit., 611.

Ci si è interrogati, poi, nello specifico sul significato da attribuire al termine “ingiustizia”. Attenzione particolare è stata dedicata all’ingiustizia del danno, tentando sostanzialmente di mutuare i concetti elaborati dalla dottrina civilistica in tema di responsabilità extracontrattuale. Vi è chi ha ritenuto⁴¹⁸, inoltre, che a fornire la nozione del requisito dell’ingiustizia non basti il criterio di natura civilistica del vantaggio conseguito, ma debba concorrere un’indagine più complessa che prenda le mosse dal bene giuridico tutelato dalla norma. Sarebbe necessaria, cioè, anche un’interpretazione di tipo sostanziale ed autonoma.

Si ritiene, comunque, che l’ingiustizia non possa parametrarsi sulla base della violazione di regole procedurali, salvo che da tale violazione sia derivata una lesione o un vantaggio di natura sostanziale; e nemmeno che essa possa essere valutata secondo canoni di coscienza sociale, o, più in generale, di principi che non trovino corrispondenza nell’ordinamento⁴¹⁹. Si può affermare, quindi, che essa attiene al carattere giuridico sostanziale dell’evento considerato. Mentre, infatti, per quanto attiene all’ingiustizia della condotta, essa rileva solo ove sia contraria a leggi o regolamenti, l’evento invece non è stato dal Legislatore delimitato a specifiche ipotesi: potranno apparire ingiusti, così, non solo quel vantaggio o quel danno realizzati in violazione di legge o di regolamento, ma anche quelli in contrasto con i principi generali dell’ordinamento⁴²⁰.

⁴¹⁸ Così D’AVIRRO A., *L’abuso d’ufficio*, cit., 104 e ss. L’Autore, in realtà, crede in tal tipo di interpretazione sostanziale per risolvere il problema del destinatari del vantaggio. Infatti, il requisito dell’ingiustizia diverrebbe per l’autore, “uno strumento alternativo alla causa di non punibilità con lo stesso scopo di sottrarre alla sanzione penale e assegnare quindi rilevanza scriminante ai fatti commessi “in violazione di norma di legge o di regolamento o per omessa astensione”, da cui sia derivato un eventuale vantaggio a favore della pubblica amministrazione”. L’Autore fa, infatti, riferimento a precedenti tentativi che erano stati effettuati da ultimo dalla Commissione Morbidelli, e che mai avevano avuto fortuna, intesi ad inserire una causa di punibilità nel testo quando l’agente pur avendo posto in essere una condotta illegittima avesse agito in esclusivo vantaggio della pubblica amministrazione. La causa di punibilità sarebbe stata sostituita quindi dal requisito dell’ingiustizia. In questa prospettiva il requisito dell’ingiustizia acquisterebbe la sua autonomia nella fattispecie, poiché risolverebbe il problema della sussistenza del reato in presenza di un vantaggio privato che si affianchi a quello pubblico.

⁴¹⁹ Sul punto, diffusamente, SEGRETO A. - DE LUCA G., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 537; e in giurisprudenza, Cass., 27.9.1995, in *Riv. pen.*, 1996, 1323, in cui si rileva che l’ingiustizia del vantaggio o del danno si verifica nel solo caso della non conformità dello stesso all’ordinamento; Cass., 17.1.1997, in *Riv. pen.*, 1997, 387, secondo cui non va valutato l’elemento procedurale che sta a monte; Cass., 6.6.1996, in *Cass. pen.*, 1997, 2693.

⁴²⁰ Circa la possibilità di ravvisare dunque l’ingiustizia nei casi di violazione dell’art. 97 Cost., LEONI M., *Il nuovo reato di abuso d’ufficio*, cit., 104; D’AVIRRO A., *L’abuso d’ufficio*, cit., 224; SEGRETO A. - DE LUCA G., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica*

Poiché non è stata effettuata una delimitazione dei casi di ingiustizia, da ciò consegue anche una corrispondente ampiezza del potere di accertamento della stessa. La valutazione di tale elemento - che va effettuata in relazione al caso concreto, alla stregua del diritto oggettivo, e non in base alle personali considerazioni dell'agente⁴²¹ - lascia al giudice penale un sindacato ben più ampio rispetto a quello più circoscritto nell'accertamento della condotta. In effetti, il giudice potrà valutare l'evento sotto il profilo di tutti i vizi di legittimità, ivi compreso quello dell'eccesso di potere. Tale tesi è stata avanzata, infatti, da parte della dottrina che ha ritenuto che il sindacato si estenda anche a quegli eventi che, per quanto astrattamente non vietati dalla legge, nel caso concreto presentino uno sviamento di potere, e risultino quindi privi di una finalità pubblica, e - in quanto tali - in contrasto con i principi generali dell'ordinamento.

Nel caso, infine, che insieme al vantaggio patrimoniale ingiusto in favore del privato concorra anche un vantaggio per la pubblica amministrazione, si ritiene che il reato di abuso sussista comunque⁴²². Infatti, quel che conta è l'ingiustizia del vantaggio o del danno del soggetto cui l'atto è diretto, indipendentemente dal fatto che esso coesista o meno con altro vantaggio della pubblica amministrazione. La Cassazione, già sotto la vecchia normativa e quindi sotto il profilo della coesistenza nel dolo specifico della finalità pubblica e di quella privata, aveva ribadito tale principio⁴²³.

amministrazione, cit., 538. Tale ipotesi è stata molto criticata da BENUSSI C., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 136, poiché, "per questa via si conferirebbe alla norma incriminatrice un intollerabile coefficiente di imprecisione, in aperto contrasto con il principio costituzionale fissato dall'art. 25, co. 2, Cost."

⁴²¹ Si veda ad esempio Cass., 19.4.1995, in *Cass. pen.*, 1996, 800, in cui viene dichiarato che "ad escludere l'ingiustizia non è sufficiente che il destinatario della condotta abusiva sia titolare di una posizione giuridica astrattamente tutelabile, ma occorre che questa sia tale nel contesto concreto, cioè avuto riguardo alle condizioni normativamente previste, anche per le ipotesi di concorso per la posizione di altri titolari di diritto analoghi." Nella fattispecie, la Cassazione ha dunque annullato una pronuncia dei giudici di merito che aveva escluso l'ingiustizia del vantaggio individuato nel conteggio attribuito agli assegnatari di alloggi pubblici muovendo dal rilievo che, pur risultando violate la graduatoria e le norme regolamentari dell'assegnazione, tuttavia la condotta degli imputati sindaco e assessori, non era risultata priva di oggettiva giustificazione fondata sulle gravi necessità abitative dei beneficiari favorite in danno degli altri partecipanti.

⁴²² Sul tema, *contra*, D'AVIRRO A., *L'abuso d'ufficio*, cit., 105 e ss., come già spiegato *supra*, in nota.

⁴²³ Cass., 16.1.1996, in *Riv. pen.*, 1996, 1100; e Cass., 14.12.1995, in *Gazzetta giur.*, 1996, n. 19, 51. La Suprema Corte ha affermato che non è richiesta dalla norma l'unicità del fine privatistico e quindi il reato *de quo* è configurabile anche quando al fine di vantaggio personale si

Quanto infine al momento in relazione al quale va valutata l'ingiustizia, sembra che esso vada rapportato al tempo della consumazione del reato, cioè nella realizzazione dell'evento, a prescindere che essa poi venga meno, conformemente alla *ratio* della norma che è diretta ad assicurare la retta applicazione della legge al momento delle scelte discrezionali dell'agente⁴²⁴.

3.7.2 (segue) i concetti di vantaggio patrimoniale e di danno.

La L. 86/1990, nell'inserire l'elemento del vantaggio nell'ambito delle'elemento soggettivo, aveva previsto sia la possibilità che si trattasse di un vantaggio patrimoniale che non patrimoniale, pur se con una differenza sanzionatoria. Al tempo, comunque, la scelta di introdurre uno squilibrio della risposta sanzionatoria sulla base del fine perseguito era stata assai criticata, poiché si osservava che non sempre gli abusi di carattere patrimoniale avessero un'attitudine offensiva maggiore rispetto agli abusi diretti al conseguimento di un vantaggio non patrimoniale⁴²⁵. E, ancor di più, non pareva giustificabile tale sproporzione di pena rispetto al diverso fine del danno. La giustificazione addotta – che tuttavia non appare soddisfacente – era quella secondo cui tale distinzione in fondo trovava il proprio fondamento nel voler stabilire una pena più rigida nei confronti delle condotte maggiormente diffuse, ossia quelle ispirate ad un vantaggio patrimoniale⁴²⁶.

sia sovrapposto o affiancato il conseguimento di un interesse pubblico.

⁴²⁴ Secondo tale principio la Cassazione, in Cass., 21.4.1998, n. 4707, ha ritenuto che a fronte del comportamento dell'imputato che, quale componente della commissione edilizia comunale aveva espresso parere favorevole al cambio di destinazione di immobile realizzato in mancanza di concessione edilizia, è irrilevante il fatto che la costruzione avesse successivamente ottenuto concessione in sanatoria.

⁴²⁵ Così RAMPIONI R., *L'abuso d'ufficio*, cit., 112; PADOVANI T., *La riforma dell'abuso innominato e l'interesse privato in atti d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 1060, il quale ricorre all'esempio dell'abuso d'ufficio finalizzato ad ottenere da parte del soggetto pubblico una vasta rete di relazioni clientelari e quindi dotato di particolare carica offensiva, rispetto all'abuso occasionale commesso per conseguire un ingiusto arricchimento. Anche SEMINARA S., *Abuso d'ufficio*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di Padovani, Torino, 1997, 268, secondo il quale “la discriminazione tra il fine di danno e di vantaggio non patrimoniale e il fine di vantaggio patrimoniale rappresenta la risultante di un semplicistico processo di sovrapposizione e di differenti e non lineari esigenze punitive.”

⁴²⁶ In tal senso si è espresso PAGLIARO A., *Principi di diritto penale, parte speciale*, Milano, X ed., 1998, 247.

A prescindere comunque dalla formulazione di cui alla L.86/1990 e alle problematiche dalla stessa originate⁴²⁷, si intende evidenziare che l'attuale previsione dell'art. 323 c.p. ha selezionato i soli eventi di vantaggio patrimoniale, escludendo quelli dunque di vantaggio non patrimoniale⁴²⁸. Di conseguenza un ulteriore elemento che necessita di essere accertato per poter ritenere sussistente il delitto *de quo* è la patrimonialità del vantaggio⁴²⁹, che non potrà più consistere nella generica nozione di utilità, materiale o spirituale, o semplicemente qualunque piacere o soddisfazione che l'agente si sia procurato attraverso l'azione criminosa⁴³⁰. 'E ora, dunque, preferibile ricorrere ad un'accezione "economica", con riferimento esclusivo a quelle utilità suscettibili di una valutazione

⁴²⁷ Tra cui, si ricorda, quella di determinare se l'abuso patrimoniale costituisca una circostanza aggravante ovvero un'ipotesi delittuosa autonoma.

⁴²⁸ L'esigenza di limitare la rilevanza penale dell'abuso ai soli fatti di vantaggio patrimoniale era emersa già ad esempio con il d.d.l n. 508 presentato dal sen. Lubrano di Ricco, del 23 maggio 1996. Sulla novità del vantaggio patrimoniale, si vedano, TRICOMI, *Possibile la contestazione del reato se c'è un ingiusto vantaggio patrimoniale*, in *Guida al dir.*, 2001, fasc. 34, 69; AMATO G., *Il reato scatta solo se è possibile dimostrare l'esistenza di una condotta causalmente rilevante*, in *Guida al dir.*, 2000, fasc. 37, 59; AMATO G., *La condotta illegittima del pubblico ufficiale non è sufficiente a far scattare il reato*, in *Guida al dir.*, 1999, fasc. 20, 80; CIANI G., *L'abuso d'ufficio: una fattispecie tormentata. Prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 1997, 45. In giurisprudenza, Cass., 20.4.2001, in *Guida al dir.*, 2001, fasc. 22, 83; Cass., 12.7.2000, in *Guida al dir.*, 2000, fasc. 37, 56; Cass., 5.11.2001, in *Cass. pen.*, 2002, 1645; Trib. Massa, 5.11.2002, in *Riv. pen.*, 2003, n. 3, 257.

In ogni caso, in letteratura, del tutto contrari a tale modifica, PICOTTI L., *Continua il dibattito sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, 350; SEMINARA S., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 1258; PADOVANI T., *Commento all'art. 1 L. 16/7/97 n. 234*, cit., 748, il quale addirittura parla di "sconcertante e incomprensibile eliminazione". Favorevoli invece PITTARO P., *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, cit., 29; D'AVIRRO A., *L'abuso d'ufficio*, cit., 93 e ss.

⁴²⁹ La giurisprudenza, dopo l'entrata in vigore della riforma, si è espressa in Cass., 15.12.1997, in *Guida al dir.*, 1998, fasc. 5, 66, affermando che "un'ulteriore limitazione della sfera di operatività della norma è ravvisabile nella natura dell'ingiusto vantaggio che secondo la precedente disposizione poteva avere natura patrimoniale o non patrimoniale, mentre in base alla disposizione vigente deve necessariamente avere carattere patrimoniale."

⁴³⁰ Tale definizione appartiene a MANTOVANI F., *Diritto penale, delitti contro il patrimonio*, cit., 37. L'Autore si proponeva lo scopo di evitare che un'accezione troppo ampia si risolvesse in concreto in un'interpretazione abrogatrice del requisito. L'argomento però non sembra trovare riscontro nella definizione che egli ha dato, la quale non delimita molto la nozione di vantaggio. Tale ampia accezione data al "vantaggio" era stata già prospettata già da CARRARA F., *Programma, parte speciale*, cit., §2034, secondo il quale il vantaggio "può consistere in qualsiasi vantaggio o soddisfazione" che l'agente miri a procurarsi, non essendo necessaria "un'effettiva locupletazione". Sul tema anche ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte speciale*, cit., 282, lo definisce come "qualunque soddisfazione o piacere che l'agente si riprometta dalla sua azione criminosa".

economica⁴³¹.

Al fine di delimitare poi il significato della patrimonialità, si crede che essa debba essere già intrinseca al vantaggio e non possa costituire, invece, una eventuale conseguenza ulteriore ed indiretta dello stesso⁴³².

Quanto, infine all'altra forma di evento prevista, l'ingiusto danno che l'agente deve produrre ad altri, viene data rilevanza a qualsiasi forma di danno realizzato dal pubblico funzionario e non solo al danno di tipo patrimoniale⁴³³. La

⁴³¹ Senza addentrarsi ora nella complessa analisi del concetto di patrimonio nel diritto penale, si richiamano solo le due diverse concezioni, giuridica ed economica, del patrimonio elaborate dalla dottrina. Per la prima, il patrimonio è costituito dal complesso dei rapporti giuridici a contenuto patrimoniale che fa capo a un determinato soggetto: pertanto si verificherebbe un vantaggio patrimoniale ogni qual volta un soggetto acquisti una situazione favorevole o perda una situazione sfavorevole per il complesso dei propri rapporti giuridici. Sul punto, DELOGU T., *Il momento consumativo della truffa*, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1944, 68. Con riferimento alla cd. concezione economica, invece, il patrimonio viene considerato in senso fattuale come il complesso dei beni economici di un soggetto: sono rilevanti tutte le posizioni riconducibili ad un soggetto, che siano dotate di valore economico, senza riguardo alla loro natura formale o giuridica. In tal senso, allora si verificherà un vantaggio patrimoniale ogni qual volta si realizzi un effettivo incremento del patrimonio. Così, DE MARSICO A., *Delitti contro il patrimonio*, Napoli, 1951.

Se la precedente versione dell'art. 323 c.p. l'impronta soggettivistica del vantaggio faceva propendere per la concezione giuridica, non abbisognandosi della realizzazione di un evento (SEGRETO A. - DE LUCA G., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 543; ma già al tempo, *contra*, D'AVIRRO A., *L'abuso d'ufficio*, I, cit., 99), a partire dal 1997 la concezione più idonea appare ora quella economica: così ad esempio Cass., 5.10.1999, in *Cass. pen.*, 2001, 843; Cass., 5.11.2001, n. 1732, in *Cass. pen.*, 2002, 1645, nella quale si afferma che deve crearsi "una situazione più favorevole, rispetto a quella esistente, per il complesso dei rapporti giuridici a carattere patrimoniale facenti capo ad un determinato soggetto".

⁴³² Si veda, già nella versione precedente dell'abuso d'ufficio, Cass., 19.1.1996, in *Rep. Foro it.*, 1996, 445, 48. Alla luce di quanto affermato in via generale, è stato quindi ravvisato il vantaggio patrimoniale nella concessione edilizia, in Cass., 22.11.1996, in *Riv. pen.*, 1996, 1323; Cass., 13.3.1996, in *Cass. pen.*, 1997, 396; Cass., 4.1.1995, in *Riv. pen.*, 1995, 1321; con riferimento al vantaggio per aver reso edificabile un suolo che non lo era: Cass., 4.3.1994, in *Cass. pen.*, 1995, 2525; Cass., 3.3.1993, in *Cass. pen.*, 1994, 926. Per il vantaggio che si ottiene nell'attribuzione ad un dipendente di una qualifica superiore a lui non spettante, Cass., 31.8.1994, in *Riv. pen.*, 1995, 1217; Cass., 16.6.1994, in *Mass. Cass. Pen.*, 1994, 199839. Per il vantaggio del conseguimento di un posto di lavoro, Cass., 27.8.1999, in *Guida al dir.*, 1999, fasc. 42, 99; Cass., 26.1.1995, in *Cass. pen.*, 1996, 1776; Cass., 9.7.1993, in *Giust. pen.*, 1994, 257; Cass., 28.2.1995, in *Guida al dir.*, 1995, fasc. 13, 92. E, ancora, per il vantaggio del riconoscimento di un'invalidità civile, T. Milano, 28.11.1997, in *Indice pen.*, 1998, 48. In altre ipotesi, inoltre, Cass., 1.10.1996, in *Arch. Circol.*, 1997, 979; Cass., 2.10.1995, in *Giust. pen.*, 1996, II, 450. Infine, per il vantaggio del rilascio di un'autorizzazione per l'esercizio di un'attività commerciale, Cass., 11.11.1999, in *Riv. pen.*, 2000, 1188.

È stata esclusa, invece, la patrimonialità del vantaggio per il caso ad esempio di rilascio illegittimo di sepoltura privilegiata finalizzato a procurare ingiusto vantaggio ai privati concessionari, stante la natura non patrimoniale di quest'ultimo (Cass., 31.3.1995, in *Enti pubblici*, 1996, 1296), ovvero per la concessione di aspettativa che incida su un rapporto di lavoro decaduto per legge (Cass., 2.7.1997, in *Rep. Foro it.*, 470, 64).

⁴³³ Per maggiori approfondimenti, anche sul dibattito parlamentare sul tema, SCARPETTA G., *Il danno ingiusto*, cit., 134. È stato rilevato poi che tale scelta effettuata nell'art. 323 c.p.,

definizione di danno, quindi, non andrà determinata in funzione della nozione di patrimonio ma, al contrario, senza essere circoscritta ad una dimensione strettamente economica, essa potrà ricomprendere anche i valori di natura morale. Infatti, il danno riguarda anche l'aggressione ingiusta della sfera della personalità, ai sensi della tutela prevista dalla norme costituzionali⁴³⁴. In ogni caso, per quel che attiene al danno, appare plausibile una sua ricostruzione alla stregua di quel danno configurato dalla dottrina civilistica in tema di responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c.

L'ultimo aspetto che merita di essere analizzato è quello che concerne i destinatari del vantaggio e del danno: il vantaggio deve essere volto a favore proprio o di altri, mentre il danno dev'essere altrui.

Circa l'altruità del vantaggio, la dottrina a lungo si è interrogata se essa potesse ricomprendere al suo interno anche la pubblica amministrazione⁴³⁵. Nel caso, poi, in cui si ammettesse che anche il soggetto pubblico possa far parte del concetto di

potrebbe generare il pericolo che in presenza di un vantaggio non patrimoniale si tenti di ricercare un danno ingiusto per non lasciare impunte le condotte di prevaricazione. Così DELLA MONICA G., *L'ingiusto vantaggio patrimoniale*, cit., 111. In giurisprudenza sul danno ingiusto, Cass., 19 aprile 2000, in *Riv. pen.*, 2000, 575; Cass., 11.2.1999, in *Riv. pen.*, 1999, n. 20, 76; App. Lecce, sez. dist. Taranto, 8.7.1999, in *Riv. pen.*, 1999, 997.

⁴³⁴ Così, Cass., 2.10.1998, in *Cass. pen.*, 1999, 1436; e anche Cass., 15.1.2004, *C.E.D. Cass.* n. 227281, in cui si è asserito che realizza l'evento del danno ingiusto ogni comportamento che determini un'aggressione ingiusta nella sfera della personalità, per come tutelata dai principi costituzionali. Nella fattispecie il pubblico ufficiale aveva emesso un ordine di servizio con cui revocava ogni incarico ad una dipendente in modo indebito e come ritorsione per aver testimoniato contro di lui, determinandole oltre che un danno economico derivante dalla perdita dell'incremento dello straordinario, derivante dai turni di disponibilità, anche una perdita di prestigio e decoro nei confronti dei colleghi di lavoro.

⁴³⁵ Il problema si era in realtà già posto con riferimento al peculato per distrazione prima che questo venisse abrogato: la condotta della distrazione a proprio profitto o "di altri", fu particolarmente dibattuta in ordine al problema relativo all'individuazione della nozione profitto altrui, rilevante per la configurabilità del delitto di peculato. Un primo orientamento riteneva che "altrui" potesse essere solo il profitto di soggetti diversi dalla pubblica amministrazione. Così, SCORDAMAGLIA V., *Peculato*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, 612 e ss.; Cass., 23.11.1972, in *Cass. pen.*, 1973, 1246. Un secondo orientamento dominante, invece, affermava che dovesse intendersi qualsiasi persona fisica giuridica o privata e qualsiasi ente o amministrazione di diritto pubblico diversi e autonomi rispetto all'ente di appartenenza del soggetto agente o del denaro erogato. In tal senso, GALLO M., *Delitto di peculato e illecito amministrativo*, in *Arch. pen.*, 1966, 402; BRICOLA F., *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Temi*, 1969, 563; PROSDOCIMI S., *Peculato per distrazione e rischio di impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 855. E in giurisprudenza, Cass., 25.10.1978, in *Cass. pen.*, 1980, 1066. In ogni caso, restava ferma l'opinione che non potesse essere ricompresa la stessa pubblica amministrazione i cui organi avevano commesso la distrazione. Per tutti, FLICK G.M., *Il delitto di peculato*, Milano, 1971, 372.

altruità, sarà necessario determinare se tale ricomprensione valga solo per l'amministrazione pubblica diversa da quella presso cui egli esercita la pubblica funzione, ovvero anche per la stessa amministrazione cui appartiene l'agente.

La dottrina maggioritaria⁴³⁶ propende per ammettere il vantaggio privato ed escludere, invece, il reato in esame nell'ipotesi di vantaggio della pubblica amministrazione. Ma tale esclusione non sarebbe riconducibile solamente al dolo intenzionale, incompatibile con un vantaggio pubblico, come più avanti sarà evidenziato. Prima ancora di giungere all'elemento soggettivo, infatti, il vantaggio pubblico sembra essere incompatibile con il requisito dell'ingiustizia: non potrebbe essere ingiusto, infatti, il vantaggio procurato all'ente pubblico e alla collettività, proprio perché esso sarebbe conforme ad un interesse pubblico e collettivo. Com'è stato autorevolmente affermato da Carrara⁴³⁷, “nel caso in cui il vantaggio preso di mira riguardi ‘altri’, e cioè un soggetto diverso dall'agente,

⁴³⁶ In questo senso si sono espressi D'AVIRRO A., *L'abuso d'ufficio*, cit., 104; DELLA MONICA G., *L'ingiusto vantaggio patrimoniale*, cit., 126; BENUSSI C., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 142; e, prima della modifica normativa disposta con la l. 234/97, BRICOLA F., *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, cit., 989; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale, parte speciale*, cit., ed. 1997, 243; MAZZONE A., *Bene giuridico e condotta nell'abuso d'ufficio*, cit., 722; PADOVANI T., *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., 92, anche se con diverse sfumature; PALAZZO F.C., *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d'insieme*, cit., 829; PANNAIN R., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1966, 158; RAMPIONI R., *L'abuso d'ufficio*, cit., 120; SCORDAMAGLIA V., *L'abuso d'ufficio*, cit., 238. Altro orientamento invece interpretando il requisito dell'altruità nel solco dell'elaborazione teorica e giurisprudenziale prodotta con riferimento all'abrogato peculato per distrazione, ha fornito una tesi parzialmente restrittiva e già espressa da qualche pronuncia della Corte Suprema in tema di peculato (Cass., 18.1.1969, in *Cass. pen.*, 1969, 1350) volta a ricomprendere nell'espressione “altri” anche un interesse pubblico quando esso sia estraneo ai fini istituzionali del settore della pubblica amministrazione alla quale appartiene il pubblico agente. Così, CONTIERI E., *Abuso innominato d'ufficio*, cit., 190; GROSSO C.F., *L'abuso d'ufficio*, cit., 323 e ss.; LEVI, N. *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in FLORIAN E. (a cura di), *Trattato di diritto penale*, 1935, 320.

La soluzione opposta, invece, prevede che il soggetto beneficiario possa essere qualsiasi soggetto diverso dall'agente e quindi anche un ente pubblico e persino quello presso il quale il pubblico ufficiale esercita le proprie funzioni. Così PAGLIARO A. – PARODI GIUSINO M., *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 280; SEGRETO A. - DE LUCA G., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 534; SEMINARA S., *Il delitto di abuso d'ufficio*, cit., 583. E, in giurisprudenza, Cass., 3.6.1967, in *Cass. pen.*, 1968, 53. Infine, per una soluzione intermedia si veda PARODI GIUSINO M., *Abuso d'ufficio*, cit., 595, secondo il quale l'abuso non dovrebbe essere punibile se non arreca pregiudizio alla posizione di altri soggetti privati o pubblici. Egli ritiene che al contrario dovrebbe andare punito quando, pur essendo stato realizzato in vista del conseguimento di una finalità pubblica, propria dell'ufficio presso il quale il funzionario esercita le sue funzioni, esso ha pregiudicato il soddisfacimento di un'altra finalità pubblica così gravemente da ledere gli interessi tutelati dalla norma o ha arrecato pregiudizio ai diritti soggettivi o interessi legittimi dei cittadini.

⁴³⁷ Così si è espresso CARRARA F., *Programma*, vol. V, Lucca, 1868, §2511.

questo soggetto diverso deve avere natura privata e non può mai essere la pubblica amministrazione: un abuso eventualmente commesso ad esclusivo e prevalente vantaggio della pubblica amministrazione non raggiungerebbe infatti un livello di offensività sufficiente a giustificare il ricorso alla sanzione penale”.

Certamente comunque il dibattito ha sempre riguardato il caso in cui vi fosse il solo evento di un vantaggio pubblico: è chiaro che il reato sussista quando – accanto ad esso – vi fosse la convivenza di un altro vantaggio di tipo privato.

In ordine all'altruità, inoltre, la Corte in alcune occasioni non ha ritenuto assolutamente necessaria la prova della collusione del pubblico ufficiale con i beneficiari dell'abuso, riconoscendo come sufficiente la semplice verifica del favoritismo posto in essere con l'abuso dell'atto d'ufficio⁴³⁸.

Per quel che attiene, infine, al danno altrui, anche in questo caso la questione è piuttosto controversa. Si tende tuttavia a ritenere che la norma per danno ad “altri” voglia riferirsi ad un soggetto privato, pur trattandosi di un reato plurioffensivo in cui la pubblica amministrazione è soggetto passivo del reato, titolare dell'interesse al buon funzionamento e all'imparzialità.

Concludendo, la configurazione del delitto sotto forma di reato di evento, ha reso possibile – diversamente dal passato – la configurabilità del tentativo, così come della desistenza e del recesso attivo⁴³⁹.

Con riferimento al momento consumativo, esso è stato così posticipato a quello della realizzazione dell'evento.⁴⁴⁰ Si ritiene comunque che generalmente l'abuso

⁴³⁸ Cass., 18.11.1999, in *Cass. pen.*, 2001, 123.

⁴³⁹ Non si intende in questa sede soffermarsi sul tema, assai complesso, della configurabilità del tentativo. Si intende solamente ricordare che in passato esso era sempre stato escluso dalla dottrina prevalente, nonostante alcuni orientamenti minoritari lo ravvisassero per i casi di atti sub-procedimentalizzati, non portati a compimento per difetto dell'atto conclusivo finale. Per il tentativo nella precedente versione dell'art. 323 c.p., si vedano, ALBAMONTE A., *Abuso generico d'ufficio*, cit., 383; CONTIERI E., *Abuso innominato di ufficio*, cit., 190; MAGGIORE G., *Diritto penale, parte speciale*, Bologna, 1950, 165; MANZINI V., *Trattato di diritto penale*, V, cit., 283; TESAURO A., *L'abuso innominato di autorità*, cit., 191. Per l'attuale versione, invece, si rinvia a LEONI M., *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., 117; DELLA MONICA G., *La configurabilità del tentativo, del concorso dell'extraneus e del concorso di reati*, in DALIA A.A. – FERRAIOLI M. (a cura di), *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, cit., 148. In giurisprudenza, infine, ravvisa il tentativo ad esempio, Cass., 25.9.1998, *Mass. Uff.* 211567.

⁴⁴⁰ Cass., 30.4.1999, in *Cass. pen.*, 2000, 2245. Nella pronuncia si è affermato che - essendo il reato di abuso un reato di evento - esso si consuma con l'avvenuto conseguimento dell'ingiusto vantaggio patrimoniale e che da tale data decorre il termine di prescrizione.

d'ufficio consista in un reato istantaneo⁴⁴¹. Quando, però, il vantaggio si accresce progressivamente o il danno si approfondisce, il momento allora potrebbe spostarsi fino all'apice dell'offesa tipica. In qualche modo, si potrebbe parlare allora di un reato eventualmente permanente, o secondo altri di reato a consumazione prolungata⁴⁴².

Nell'ipotesi in cui con la condotta di abuso si procuri al soggetto avvantaggiato un'utilità economica da corrispondersi in varie *tranches*, pur restando il reato unico, sembra di poter ritenere che la consumazione cesserà con l'ultimo pagamento, poiché solo in questo momento si sarà completato l'evento⁴⁴³.

8 *Il dolo intenzionale.*

Fino al 1997 il delitto di abuso d'ufficio - sul piano dell'elemento soggettivo - era stato strutturato come delitto a dolo specifico, anche al fine di restringere la sfera di applicazione della norma che dal punto di vista dell'elemento oggettivo era scarsamente delimitata. Si è già detto di come la dottrina a lungo avesse criticato la scelta, quindi, di relegare gli elementi del vantaggio e del danno nell'ambito dell'elemento psicologico del reato, senza cioè richiederne la realizzazione dal punto di vista oggettivo. Alcuni avevano dunque proposto letture interpretative volte a far sì che tali elementi non si esaurissero nel quadro del solo dolo, per farli invece sconfinare sul piano della tipicità oggettiva, cosicché si determinasse maggiormente il contenuto oggettivo, non compiutamente desumibile altrimenti dalla condotta⁴⁴⁴.

Come plurime volte ripetuto, invece, tra le molteplici novità della L. 234/1997 vi è stata quella della sostituzione del dolo specifico con il dolo

⁴⁴¹ Sul punto vedasi SEGRETO A. - DE LUCA G., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 554.

⁴⁴² Così, INFANTE E., *Abuso d'ufficio*, cit., 356.

⁴⁴³ Cass., 30.4.1999, in *C.E.D. Cass.*, 214376.

⁴⁴⁴ Così PICOTTI L., *Il dolo specifico*, Milano, 1993, 282 e ss.

intenzionale. L'innovazione, senza dubbio, è notevole considerato che si tratta di una qualificazione che - per il tempo - appariva assolutamente nuova, sia all'interno del codice penale che nella legislazione speciale. Tale requisito è stato, per la prima volta, proposto dalla Commissione Morbidelli, con lo scopo di intensificare l'elemento del dolo, al fine di escludervi quello eventuale⁴⁴⁵. L'espressa qualificazione, dunque, fu poi ripresa in alcuni disegni di legge successivi⁴⁴⁶, per poi giungere alla L. 16 luglio 1997 n. 234.

Poiché l'avverbio "intenzionalmente" di cui all'art. 323 c.p. rappresentava una novità senza precedenti, immediatamente dopo la sua entrata in vigore esso ha aperto un'indagine volta a stabilire il significato da attribuire al dolo nella sua forma intenzionale: la questione era rivolta, infatti, a stabilire in che modo esso dovesse concretamente differenziarsi rispetto al dolo così come descritto nell'art. 43 c.p.

Seguendo la classificazione elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza - effettuata sulla base dell'intensità del dolo - che come noto distingue tra dolo eventuale, diretto ed intenzionale, è risultato sin da subito evidente che l'intenzionalità escludesse la configurabilità dell'abuso d'ufficio nella forma del dolo eventuale: è chiaro che il concetto stesso di intenzionalità è del tutto incompatibile con la definizione di dolo eventuale come rappresentazione di un evento che non si vuole, ma che si accetta il rischio che possa verificarsi. Ciò che, invece, pone maggiori dubbi interpretativi era la determinazione del criterio mediante il quale determinare un confine tra dolo intenzionale e diretto.

Si è detto, in dottrina, che il dolo può considerarsi intenzionale solo quando l'agente agisca al fine di realizzare la condotta criminosa nell'ipotesi di reato di pura condotta ovvero di cagionare l'evento nel reato di evento. In questo caso,

⁴⁴⁵ Fu il dott. Soresina che, nel corso della riunione del 13 marzo 1996 della Commissione, propose di inserire l'avverbio "intenzionalmente". Inoltre, la Commissione Morbidelli aveva previsto un duplice tipo di innovazione: non solo nelle singole tipologie richiedeva il dolo intenzionale per l'ipotesi di "prevaricazione e di sfruttamento dell'ufficio" e che il fatto fosse diretto a favorire taluno (escludendo così la punibilità a titolo di dolo diretto ed individuale) per il "favoritismo affaristico", ma introduceva un'ulteriore limitazione dell'elemento soggettivo attraverso il requisito, ispirato dall'analoga limitazione prevista nella calunnia, della consapevolezza da parte dell'agente che il danno o il vantaggio preso di mira fosse ingiusto.

⁴⁴⁶ In particolare, si veda il disegno di legge n. 826 del 28 giugno 1996, al quale, salvo alcune modifiche in tema di condotta, si è ispirata la L. 234/97.

cioè, l'evento, oltre che accettato, deve essere perseguito dall'agente in via diretta: si potrà, così, distinguere tra un evento voluto come mezzo necessario per raggiungere uno scopo finale e l'evento perseguito come vero e proprio scopo finale. 'E solo in questa seconda ipotesi che sarebbe ravvisabile il dolo intenzionale. Viceversa, il dolo diretto potrebbe ricorrere "quando l'agente si rappresenta con certezza gli elementi costitutivi della fattispecie e si rende conto che la sua condotta sicuramente la integrerà"⁴⁴⁷. In questo caso, allora, l'evento sarà comunque dato per certo dal soggetto attivo, ma non costituisce lo scopo della sua condotta: esso viene, semplicemente, rappresentato come conseguenza certa della propria condotta, che è l'oggetto diretto della rappresentazione e volizione dell'agente.

Se astrattamente, pertanto, è possibile proporre una definizione per tali nozioni, più complesso risulta concretamente individuare la funzione che il dolo intenzionale svolge all'interno della fattispecie dell'abuso d'ufficio. In effetti, a configurare l'elemento soggettivo del reato ora non appare più sufficiente che l'agente abbia preveduto e voluto l'evento quale conseguenza della sua azione od omissione, ma occorrerà provare che il vantaggio o il danno ingiusti siano stati perseguiti dall'agente direttamente come scopo finale. Attualmente, dunque, si ritiene che debbano essere esclusi dall'abuso d'ufficio sia il dolo eventuale che il dolo diretto⁴⁴⁸.

Tuttavia, preme ricordare che la giurisprudenza è giunta a tale posizione in modo graduale: inizialmente, infatti - immediatamente dopo la riforma del 1997 - essa non ha dato particolare rilievo alla distinzione tra dolo diretto ed

⁴⁴⁷ Così, FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 271; MANTOVANI F., *Diritto penale*, Padova, 2009, 320 e ss.

⁴⁴⁸ Alcuni autori hanno criticato tale scelta legislativa, definendo "inaccettabilmente anomala e tecnicamente ridondante ed insostenibile la previsione del requisito ulteriore espresso dall'avverbio 'intenzionalmente'". Così PICOTTI L., *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 299, il quale osserva che "in particolare la qualificazione in termini di ingiustizia che deve connotare l'elemento ora non più solo finalistico, ma oggettivo costitutivo dell'evento costitutivo, in aggiunta all'arbitrarietà della condotta di abuso rendono particolarmente ricco il contenuto della consapevolezza che deve avere l'agente per rispondere del reato". Egli conclude dichiarando che "l'esigenza fondamentale del pieno rispetto del principio di colpevolezza è assolutamente garantita dai ricordati requisiti di liceità speciale." Nello stesso senso si sono espressi anche SEGRETO A. - DE LUCA G., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 546, i quali rilevano le medesime perplessità indicate, sottolineando anche la complessità e l'incertezza dell'accertamento del dolo intenzionale.

intenzionale, limitandosi invece a sottolineare l'incompatibilità tra il dolo intenzionale rispetto a quello eventuale, che sin da subito è stato considerato decisamente inconciliabile con l'art. 323 c.p.⁴⁴⁹. In buona sostanza, in un primo periodo sembrava quasi che il dolo intenzionale venisse fatto coincidere con il dolo diretto, nel senso che non si ravvisava alcuna differenziazione tra i due, e l'unico limite che si ribadiva consisteva nell'esclusione del dolo eventuale (come, d'altra parte, accade anche per il dolo diretto). Solo in una fase successiva, poi, la Corte di Cassazione si è espressa in tema anche di esclusione del dolo diretto, individuando un criterio distintivo rispetto al dolo intenzionale⁴⁵⁰.

In conclusione, è stato elaborato il principio secondo cui il reato di abuso

⁴⁴⁹ Cass., 15.12.1997, in *Guida al dir.*, 1998, fasc. 5, 66, la quale afferma che quanto all'elemento soggettivo, non è più richiesto il dolo specifico (fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio), ma semplicemente il dolo generico (consapevolezza di procurare a sé o ad altri un vantaggio ingiusto), mentre l'espressione 'intenzionalmente' esclude che l'evento possa essere attribuito all'autore dell'azione a titolo di dolo eventuale". Nello stesso senso di escludere il dolo eventuale, Cass., 23.2.1998, in *Riv. pen.*, 1998, 613; Trib. Piacenza, G.i.p., 20.12.1997, in *Foro it.*, 1998, II, c. 190; Cass., 16.10.1997, in *Riv. pen.*, 1998, 613, la quale peraltro configura il dolo previsto dall'art. 323 c.p. ancora semplicemente come dolo diretto.

Anche in seguito, comunque, la Corte - pur interessandosi del profilo ulteriore attinente al *discrimen* tra dolo intenzionale e diretto - ha continuato a ribadire la non sufficienza del dolo eventuale ai fini della configurabilità del delitto in questione. Così, si vedano, le successive Cass., 24.4.2008, in *Cass. pen.*, 2006, 2, 512; Cass., 27.6.2007, in *Guida al dir.*, 2007, 77; Cass., 20.9.2002, in *Cass. pen.*, 2003, 265, la quale riporta che la volontà non può assumere la forma di dolo eventuale "giacché l'illecito si configura come reato di evento e l'elemento soggettivo consiste nella coscienza e volontà del pubblico ufficiale o nell'incaricato di pubblico servizio di abusare dei poteri inerenti alle sue funzioni ed il danno altrui o l'ingiusto vantaggio, alternativamente o congiuntamente, presi di mira dall'agente e non semplicemente cagionati come risultato accessorio della sua condotta"; e, infine, Cass., 1.6.2000, in *Riv. pen.*, 2000, 1151 e in *Cass. pen.*, 2001, 2681.

⁴⁵⁰ Così Cass., 1.6.2000, cit., in cui si afferma che l'avverbio "intenzionalmente" ha voluto escludere la rilevanza penale non solo di condotte poste in essere con dolo eventuale ma anche con dolo indiretto, che ricorre quando il soggetto si rappresenti la realizzazione dell'evento come altamente probabile o anche come certa, ma la volontà non sia volta alla realizzazione di tale fine; ne consegue che, affinché una condotta possa essere addebitata all'agente a titolo di abuso d'ufficio, è necessario che l'evento sia la conseguenza immediatamente perseguita dal soggetto attivo; nello stesso senso, Cass., 8.4.2003, *C.E.D. Cass.*, n. 226040. In essa, infatti, proprio poiché la Corte ha escluso la configurabilità dell'abuso per il caso di dolo diretto, non è risultato punibile il responsabile dell'ufficio tecnico comunale al quale sia stato contestato di aver espletato un'istruttoria favorevole in relazione ad opere per le quali non poteva essere rilasciato alcun provvedimento concessorio al fine di procurare un ingiusto vantaggio patrimoniale agli istanti, senza peraltro indicare quale evento sarebbe stato conseguenza diretta ed immediata della sua condotta; Cass., 20.9.2002, in *Cass. pen.*, 2003, 2651; Cass., 20.2.2004, in *C.E.D. Cass.*, n. 228811; Cass., 22.11.2002, in *Cass. pen.*, 2003, 2650; Cass., 6.5.2003, in *Cass. pen.*, 2004, 464, con nota di FANTUZZI F., *Abuso d'ufficio e dolo intenzionale* e 3204, con nota di NATALINI A., *Intenzionalità del dolo ex art. 323 c.p. e pretesa esclusività della finalità tipica: l'avvallo della Cassazione ad una discutibile assimilazione ermeneutica*.

d'ufficio è configurabile solo se il fine preso di mira dall'agente è proprio quello di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o di arrecare ad altri un danno ingiusto. Pertanto, non avrà nessuna rilevanza penale il fatto che l'agente si sia rappresentato come certi o soltanto possibili gli eventi alternativamente previsti dalla norma, se questi poi si sono verificati quali conseguenze accessorie della condotta dell'agente mirata a perseguire principalmente un altro scopo⁴⁵¹. Ciò che dovrà essere stabilito, quindi, è quale sia per l'agente lo scopo principale: se esso è rappresentato direttamente e primariamente dall'evento di danno o vantaggio ingiusti si verterà nell'ipotesi di dolo eventuale; viceversa se questi ultimi costituiranno esclusivamente uno scopo strumentale ad altro scopo principale (che potrebbe essere un qualsiasi scopo così come la stessa realizzazione della condotta) allora si tratterà solamente di dolo diretto⁴⁵².

Quanto dunque all'oggetto del dolo, esso consiste nella coscienza e volontà di procurare, in violazione di norme di legge o regolamenti, o violando l'obbligo di astensione, un vantaggio ingiusto patrimoniale a sé o ad altri ovvero un danno ingiusto ad altri.

Il dolo, come ovvio, dovrà investire tutti gli elementi del reato, ma sul punto si tornerà in tema di errore, su cui si dibatte se debbano essere oggetto del dolo, ad esempio, anche le qualifiche soggettive dell'autore del reato.

Al di là di tale problema, in ogni caso, non è chiaro se esso debba avere la medesima intensità con riferimento a tutti gli elementi: da alcuni autori è stata

⁴⁵¹ Così PAGLIARO A. – PARODI GIUSINO M., *Diritto penale, parte speciale*, cit., 288; ma anche PALAZZO F.C., *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d'insieme*, cit., 815 e ss. E in giurisprudenza, Cass., 28.5.1992, in *Cass. pen.*, 1994, 919.

⁴⁵² Tra le molte, si richiama ad esempio la già citata Cass., 27.6.2007, dove si evidenzia che “il dolo ora richiesto assume una connotazione articolata e complessa: è ‘generico’, con riferimento alla condotta (coscienza e volontà di violare norme di legge o di regolamento ovvero di non osservare l'obbligo di astensione), mentre assume la forma del ‘dolo intenzionale’ rispetto all'evento (vantaggio patrimoniale o danno che completa la fattispecie. Si richiede, quindi, che il pubblico ufficiale abbia perseguito proprio, come obiettivo primario del suo operato, l'evento tipico e deve essere l'accusa a dimostrare ciò, non essendo sufficiente il dolo diretto (rappresentazione dell'evento come verificabile con elevato grado di probabilità o addirittura con certezza) e meno che mai quello eventuale (caratterizzato dalla accettazione della non elevata probabilità del verificarsi dell'evento)(...)”; o ancora, Cass., 28.1.2008, in *Dir. & giust.*, 2008, per la quale il dolo intenzionale viene definito come “la precisa rappresentazione e la contestuale volizione dell'evento di danno ‘ingiusto’, conseguenza diretta ed immediata della condotta dell'agente e quindi obiettivo primario da costui perseguito”.

proposta, infatti, una diversa formulazione in ordine all'oggetto del dolo, nel senso che, mentre sarebbe necessaria l'intenzionalità dell'evento, per la condotta risulterebbe sufficiente il dolo in qualunque sua forma, compresa quella del dolo eventuale. In questo modo, secondo le normali regole del dolo eventuale, potrebbe considerarsi sussistente il reato anche se risulta intenzionalmente voluto solo l'evento, nonostante la presenza di dubbi nell'agente in ordine al contenuto delle norme di legge o di regolamento o sull'obbligo di astenersi⁴⁵³. Infatti, a tale dottrina sembra che l'avverbio "intenzionalmente" - sulla base di un'analisi anche testuale del suo posizionamento nell'art. 323 c.p. - sia riferibile esclusivamente al "procurare" o "arrecare", e dunque solamente per tali requisiti sarebbe necessario il dolo intenzionale, mentre per gli altri elementi del fatto sarebbe sufficiente qualunque altra forma di dolo, inclusa la sola rappresentazione di situazioni possibili. 'E opportuno ricordare, tuttavia, che la Suprema Corte⁴⁵⁴ - seppur sotto la precedente formulazione legislativa - aveva giudicato che mancasse il dolo generico nel caso di non pacifica illegittimità del provvedimento, e di conseguenza quindi nel caso di dubbi nel soggetto attivo in ordine ad esso. In effetti, si concorda con simile impostazione, preferendo ritenere che l'avverbio intenzionalmente - nonostante il suo posizionamento testuale - debba essere riferito all'intera norma, e, pertanto, debba riguardare tutti gli elementi del delitto.

Con particolare riferimento poi all'evento, si è detto di come l'azione delittuosa debba risultare volta al raggiungimento del vantaggio ovvero del danno, non bastando che tale danno sia conseguenza naturale della condotta posta in

⁴⁵³ In tal senso si veda PAGLIARO A. – PARODI GIUSINO M., *Diritto penale, parte speciale*, cit., 304; INFANTE E., *Abuso d'ufficio*, cit., 359.

⁴⁵⁴ Così Cass., 21.2.1996, in *Foro it.*, 1997, II, 98. In essa, infatti, la Corte non ravvede il delitto *de quo* proprio per la mancanza dell'elemento soggettivo, sia con riferimento al dolo generico che doveva attenersi alla condotta che con riferimento al dolo specifico che era previsto per la precedente versione normativa. Nella pronuncia è osservato, dunque, che il rilascio di un'autorizzazione al commercio in contrasto con la destinazione urbanistica attribuita all'immobile non costituisce abuso sia perché la non pacifica illegittimità del provvedimento esclude la ricorrenza del dolo generico, sia perché non può ritenersi ingiusto il vantaggio perseguito dall'agente, pur potendo gli atti autorizzatori essere preordinati alla migliore valorizzazione commerciale della zona. Dopo aver ripercorso la contrastante giurisprudenza amministrativa sul tema, la Corte conclude evidenziando che non è compito del giudice penale dilungarsi sull'analisi dell'atto (dovendo come noto piuttosto lo stesso occuparsi della verifica del reato), ma che di fronte a simile contrasto evidentemente il dubbio in ordine alle norme in oggetto escludeva la presenza del dolo.

essere dall'agente per un fine diverso: la giurisprudenza richiede, infatti, che esso sia conseguenza diretta e immediata del comportamento dell'agente, voluto come obiettivo del suo operato⁴⁵⁵. Sarà allora la sola esistenza della finalità di procurare l'evento del vantaggio patrimoniale ingiusto o del danno ingiusto ad integrare ed esaurire il dolo richiesto per la sussistenza del reato, essendo irrilevanti gli altri eventuali finalità perseguite dall'agente. Poiché, quindi, attualmente l'unico vantaggio che assume rilievo è quello patrimoniale, non presenterà rilevanza l'eventuale finalità perseguita dal soggetto attivo di un vantaggio di carattere non patrimoniale che concorra con quello patrimoniale: anche se entrambi costituiranno l'oggetto del dolo intenzionale in via diretta, la fattispecie criminosa sarà integrata dalla sola presenza dell'evento patrimoniale ingiusto.

3.8.1 (segue) la questione attinente alla finalità pubblico perseguito dall'autore del reato.

La principale questione che attiene l'individuazione del dolo intenzionale, e che ha dato luogo ad un acceso dibattito sul punto, riguarda la configurabilità del dolo in presenza di un interesse pubblico perseguito dal pubblico ufficiale ovvero dall'incaricato di pubblico servizio. Assai spesso, infatti, è ravvisabile nell'autore il perseguimento di una pluralità di finalità contestuali, tra cui anche quella pubblica. In tal caso, le possibilità che possono realizzarsi sono molteplici, nel senso che potrà risultare prevalente l'interesse pubblico su quello privato, ovvero quello privato su quello pubblico, o - ancora - i due interessi potranno essere coincidenti.

Innanzitutto, il primo problema che si pone riguarda la configurabilità del dolo intenzionale nonostante la sussistenza di una finalità pubblica. In secondo luogo, dal punto di vista pratico, il problema successivo attiene all'accertamento da parte del giudice di tali finalità e delle varie intersezioni tra le stesse, così come appena rappresentate.

⁴⁵⁵ Così Cass., 4.6.1998, *Mass. uff.*, 210897; nello stesso senso so è espressa anche Cass., 17.2.2003, in *Cass. pen.*, 2004, 863. Infatti in essa la Corte, ribadendo che il danno dev'essere voluto "quale obiettivo del suo operato", ha escluso l'ipotesi di reato per la dilazione della decisione di concedere l'autorizzazione per un passo carrabile giustificata dalla necessità di prevenire controversie con altre parti interessate e realizzata per acquisire ulteriori informazioni tecniche.

Circa quindi la prima questione, la giurisprudenza e la dottrina si sono lungamente interrogate in tema della configurabilità del reato in caso di perseguimento di finalità pubbliche, allo scopo di determinare se in tale ipotesi venga meno lo stesso elemento soggettivo.

Il problema, in realtà, si era già posto antecedentemente al 1997, benché la questione prima fosse relegata solo all'elemento soggettivo poiché il vantaggio era requisito esclusivamente del dolo. Dopo la riforma del 1997, essendo stato spostato il vantaggio sul piano dell'evento, alcuni hanno anche ritenuto - come sopra già posto in luce - che in caso di vantaggio esclusivo per la pubblica amministrazione venisse a mancare l'evento stesso prima ancora che il dolo, e che dunque non vi fosse consumazione del reato⁴⁵⁶.

Più volte la Cassazione - nel vigore della precedente disciplina - si è espressa precisando che per l'esistenza dell'elemento soggettivo del reato di abuso non era necessario il perseguimento in via esclusiva del fine privato da parte dell'agente, poiché l'unicità del fine privatistico non era richiesta dalla disposizione di legge e contrastava con i principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione. Secondo tale impostazione, il reato dunque non veniva escluso quand'anche, accanto al vantaggio pubblico, si fosse sovrapposto o affiancato il fine di lucro privato⁴⁵⁷.

A seguito della trasformazione dell'abuso da reato di pura condotta a reato di evento, con l'elemento soggettivo espressamente qualificato in termini di dolo

⁴⁵⁶ Il problema è già stato accennato *supra* in tema di evento. Si ricordi che la questione già era stata oggetto di dibattito, poi, in passato in tema di peculato per distrazione, circa la sussistenza del reato anche in caso di distrazione a favore dell'amministrazione. Con l'abrogazione di tale fattispecie che è andata a confluire insieme alla malversazione nell'art. 323 c.p., con la riforma del 1990, il problema si è riproposto nell'abuso d'ufficio.

⁴⁵⁷ Si veda, infatti, Cass., 1.3.1993, in *Cass. pen.*, 1994, 571. E, Cass., 4.6.1996, in *Riv. pen.*, 1996, 1100, nella quale si afferma che "per la sussistenza dell'elemento psicologico del reato di cui all'art. 323 c.p. non è necessario il perseguimento in via esclusiva del fine privato da parte dell'agente, perché l'unicità del fine privatistico non è richiesta dalla disposizione di legge e contrasta con il primario dovere costituzionale di tutela del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione, che non può essere assunto in via aggiuntiva, quale elemento deterrente dell'ingiusto vantaggio perseguito. Pertanto, sulla base di tale principio, non basta ad escludere il reato di abuso d'ufficio che si sia agito anche per il conseguimento di un interesse pubblico se a tale fine viene a sovrapporsi o, quanto meno, ad affiancarsi un fine privato, ossia quello di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio." La Corte ha così annullato con rinvio la decisione di appello con la quale erano stati prosciolti due medici che avevano utilizzato le strutture ospedaliere e al fine di favorire la propria attività professionale privata e per arricchire l'esperienza professionale di tutta l'equipe ospedaliera all'interno della struttura sanitaria pubblica.

intenzionale, la dottrina si è domandata se tale indirizzo giurisprudenziale potesse continuare a valere: mentre nel vigore della disciplina precedente, l'abuso d'ufficio la realizzazione dello scopo non era prevista dalla fattispecie oggettiva, nella nuova ipotesi il danno e il vantaggio ingiusti costituiscono l'evento del reato. Per questo motivo, alcuni autori⁴⁵⁸ hanno osservato che, mentre prima si poteva ipotizzare la violazione dell'art. 323 c.p. anche quando il fine pubblico e quello privato coesistessero - perché la realizzazione del fine non rilevava per la consumazione del reato - ora sarebbe risultato più difficile seguire quell'orientamento della Cassazione. Il perseguimento di un fine pubblico sarebbe stato, in realtà, prima di tutto in contrasto con l'elemento dell'ingiustizia dell'evento; e, allo stesso modo poi, secondo tale orientamento dottrinale, la qualificazione dell'elemento soggettivo in termini di intenzionalità, che presuppone una volontà finalizzata a realizzare l'evento tipico del reato, dovrebbe imporre ora che il vantaggio e il danno costituiscano il fine esclusivo perseguito dall'agente. E allora - si è affermato⁴⁵⁹ - nell'ipotesi in cui entrambi i fini coesistano e che accanto a quello di vantaggio si sovrapponga o si affianchi anche il conseguimento di un interesse pubblico, occorrerebbe verificare il vero fine, se quello pubblico o privato, che ha mosso l'agente e in che misura un fine abbia avuto la prevalenza sull'altro. Se l'interesse pubblico risultasse prevalente su quello privato, si potrebbe ritenere mancante il dolo intenzionale richiesto dalla norma.

Nonostante la riluttanza manifestata nel primo periodo nei confronti di simile indirizzo dottrinale, la Corte di Cassazione ha mutato il proprio orientamento sul punto, a partire dai primi anni del decennio scorso⁴⁶⁰. Essa

⁴⁵⁸ Così FURIN N., *I reati dei pubblici amministratori*, cit., 150; D'AVIRRO A., *L'abuso d'ufficio*, cit., 117; LEONI M., *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., 93.

⁴⁵⁹ D'AVIRRO A., *L'abuso d'ufficio*, cit., 117.

⁴⁶⁰ Si vedano ad esempio, Cass., 24.2.2004, *C.E.D. Cass.*, n. 228811, secondo la quale se l'evento tipico è una semplice conseguenza accessoria dell'operato dell'agente diretto a perseguire, i via primaria, l'obiettivo di un interesse pubblico di preminente rilievo, riconosciuto dall'ordinamento e idoneo ad oscurare il concomitante favoritismo o danno per il privato, non è configurabile il dolo intenzionale e pertanto il reato non sussiste. Così, la Corte ha escluso la configurabilità del reato nella condotta di alcuni componenti di una giunta municipale che avevano approvato una delibera di sospensione di erogazioni in denaro a una fondazione gestita dal Comune dopo l'intervenuto pignoramento della relativa somma ad istanza dell'unico dipendente di essa per crediti di lavoro, al fine di evitare un appesantimento della posizione debitoria della

gradualmente si è avvicinata, infatti, a tale interpretazione, escludendo l'abuso d'ufficio per assenza dell'intenzionalità del dolo nel caso di presenza di un pubblico interesse, purché però esso non fosse concorrente anche con un fine privato. L'indirizzo giurisprudenziale è andato consolidandosi fino ai tempi più recenti, ammettendo ormai pacificamente la Corte l'inconciliabilità del dolo intenzionale con il perseguimento di un interesse pubblico, non più solo quando esso sia stato l'interesse unicamente perseguito dall'autore della condotta, ma anche quando esso sia stato coesistente con un fine privato, purché comunque quest'ultimo non risulti preminente: in buona sostanza, cioè, non è più nemmeno richiesta l'esclusività dello scopo pubblico, essendo sufficiente la sola prevalenza di questo su gli eventuali altri fini di stampo privato⁴⁶¹.

fondazione e così un danno ulteriore alla posizione del creditore pignorante. E ancora, Cass., 22.11.2002, in *Cass. pen.*, 2003, 2650, in cui si afferma che “qualora nello svolgimento della funzione amministrativa il pubblico ufficiale si prefigga di realizzare un interesse pubblico legittimamente affidato all'agente dell'ordinamento (non un fine privato, per quanto lecito, non un fine collettivo, né un fine privato di un ente pubblico e nemmeno un fine politico), pur giungendo alla violazione di legge e realizzando un vantaggio al privato, deve escludersi la sussistenza del reato”. In senso conforme, anche Cass., 6.5.2003, in *Cass. pen.*, 2004, 464, con nota di FANTUZZI F., *Abuso d'ufficio e dolo intenzionale* e 3204, con nota di NATALINI A., *Intenzionalità del dolo ex art. 323 c.p. e pretesa esclusività della finalità tipica: l'avvallo della Cassazione ad una discutibile assimilazione ermeneutica*. L'autore afferma, in nota alla sentenza, che “a ben vedere, una simile operazione esegetica, lungi dal potersi considerare rispettosa dei nuovi indici testuali dedotti in fattispecie, ci pare piuttosto contrabbandare il concetto (positivizzato) di ‘intenzionalità’ del fatto tipico con quello (*contra litteram legis*) di ‘esclusività’ del medesimo; con l'ulteriore effetto, giurisprudenzialmente propalato sotto l'orgoglio della funzione nomofilattica, di una destrutturazione del nesso psichico dell'art. 323 c.p., che viene ad essere immutato ermeneuticamente da dolo ‘intenzionale’ in dolo ‘esclusivo’. Il che equivale a sentenziare, nella prassi, la ‘morte’ giuridica del dolo intenzionale”. Vedasi altresì, Cass., 11.9.2002, in *Cass. pen.*, 2004, 89; Cass., 8 ottobre 2003, in *Cass. pen.*, 2004, 3622, secondo la quale il reato non sussiste invece quando l'agente intende perseguire l'interesse pubblico come obiettivo primario. Nella fattispecie si trattava di un sindaco che aveva rilasciato un'autorizzazione edilizia in violazione della normativa urbanistica sul risanamento del centro storico, allo scopo esclusivo di favorire il recupero di abitanti nella zona del borgo antico che si stava progressivamente spopolando con rischio di un definitivo abbandono.

⁴⁶¹ Cass., 17.11.2009, in *Guida al dir.*, 2010, 11, 92, e in *Cass. pen.*, 2010, 3450, con note di DE BELLIS M., *Abuso d'ufficio e concorso pubblico: la formulazione di un bando di concorso in modo tale da assicurare l'aggiudicazione di un posto ad un candidato non comporta necessariamente la commissione di reato*, ove – nel ribadire l'esclusione del dolo diretto dall'art. 323 c.p., si richiede che l'evento di danno o quello di vantaggio sia voluto e realizzato come obiettivo immediato e diretto della condotta, e non risulti semplicemente realizzato come risultato accessorio di questa. ‘E per questo che non è configurabile il reato nel caso di specie nei confronti del sindaco che, prima di pubblicare il bando di concorso per l'attribuzione di una carica di pubblico ufficiale costituisca un profilo ‘ad hoc’ che rende noto il candidato prescelto qualora egli dimostri che tale azione è stata diretta, in buona fede, al perseguimento dell'interesse pubblico. Tecnicamente in questo caso, infatti, manca l'elemento soggettivo del reato, cioè che l'evento di danno o il vantaggio patrimoniale sia conseguenza diretta e immediata dell'azione posta in essere dall'agente; Cass., 10.1.2008, in *Guida al dir.*, 2008, fasc. 15, 92, che ribadisce che la violazione di

3.8.2 (segue) l'accertamento del dolo.

Di fronte alla chiara direzione intrapresa dalla giurisprudenza nella definizione del dolo intenzionale, diventa per il giudice penale un momento essenziale ai fini della configurabilità dello stesso l'accertamento del dolo. Nonostante si tratti di un dolo generico, esso consisterà ora in un'operazione ben più complessa rispetto ai casi di dolo diretto, poiché l'indagine giudiziale dovrà rivolgersi alle finalità di volta in volta perseguite dall'agente.

Nell'accertamento della colpevolezza, pertanto, bisognerà individuare e provare che cosa in concreto si sia prefissato l'agente con la sua condotta, giudicando integrato il reato di abuso d'ufficio solo se egli abbia agito intenzionalmente per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o un danno ingiusto a taluno.

Il problema dell'accertamento del dolo consiste nel trovare una giusta ed equilibrata soluzione tra due interessi contrapposti: da un lato, l'esigenza che il giudice non faccia ricorso a facili giudizi di colpevolezza per il tramite di presunzioni legali, e dall'altro che l'indagine non si trasformi per il giudice in una *probatio diabolica*⁴⁶².

Nella ricerca di simile equilibrio, secondo la dottrina e la giurisprudenza, il corretto modo di procedere è quello di considerare tutte le circostanze esteriori che in qualche modo possano essere espressione dell'atteggiamento psicologico dell'agente, e nell'inferire unicamente dall'esistenza di tali circostanze l'esistenza di una rappresentazione e di una volizione del fatto, sulla base delle comuni regole di esperienza: si procede quindi con un'estensione analogica al caso concreto dell'*id quod plerumque accidit*. L'accertata conformità della condotta del soggetto a tali regole di esperienza concretamente individuate, ben può costituire pertanto

legge deve essere finalizzata a favorire il privato poiché se l'intento del pubblico ufficiale è quello invece di realizzare un pubblico interesse non potrà esservi dolo intenzionale, pur in presenza di una violazione di legge; Cass., 7.5.2008, in *Cass. pen.*, 2009, 12, 4723; Cass., 27.6.2007, cit., in cui si precisa ancora che "l'intenzionalità" non significa esclusività del fine che deve animare l'agente, ma preminenza data all'evento tipico rispetto al pur concorrente interesse pubblico, che finisce con l'assumere un rilievo secondario e, per così dire, 'derivato o accessorio'".

⁴⁶² In questo senso, BENUSSI C., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 161; e MACRILLO' A., *Il dolo*, in DALIA A.A. – FERRAIOLI M. (a cura di), *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, cit., 85.

una prova sufficiente della sussistenza dell'elemento soggettivo, purché non vi siano circostanze che lascino ragionevolmente supporre una deviazione del modo in cui procedono normalmente le cose⁴⁶³.

Ai fini del raggiungimento della prova nell'abuso d'ufficio nel suo aspetto soggettivo, la giurisprudenza, anche in passato, ha costantemente affermato che "assumono rilievo sia l'atto o il comportamento isolatamente valutato, sia quegli elementi sintomatici che, chiaramente estrinseci all'atto o al comportamento, consentono comunque una verifica di più ampio contesto; è legittimo, cioè, dare rilievo al presupposto di fatto da cui promana l'abuso, attraverso il coinvolgimento di singoli comportamenti antecedenti, contestuali, od anche successivi all'atto o al comportamento che designa l'abuso stesso."⁴⁶⁴

Poiché - come si è detto - la norma oggi richiede come ulteriore requisito l'intenzionalità nella produzione dell'evento, ancora più forte appare la necessità che venga fornita una prova fattuale sicura della volontà colpevole dell'agente, mirata proprio alla realizzazione di quel vantaggio o di quel danno ingiusti.

Si è affermato, in passato, che sarebbe di conseguenza necessaria un'indagine anche sui motivi e sui fini che abbiano indotto il soggetto attivo ad emanare l'atto illegittimo ovvero a compiere il fatto illegittimo⁴⁶⁵.

Tuttavia, è necessario precisare sin da subito – come tra poco verrà ribadito – che l'accertamento del dolo non deve essere confuso con la ricerca del movente che ha mosso l'autore⁴⁶⁶.

Circa poi il *quantum* della prova da raggiungere⁴⁶⁷, si è affermato in

⁴⁶³ PISA P., *Abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza commentata*, cit., 12; in giurisprudenza, Cass., 25.11.1986, in *Cass. pen.*, 1988, 596; Cass., 8.4.1986, in *Cass. pen.*, 1987, 725.

⁴⁶⁴ Cass., 22.11.1996, in *Riv. pen.*, 1996, 1323; in senso conforme anche, Cass., 28.5.1997, in *Riv. pen.*, 1997, 716.

⁴⁶⁵ Così, anche se con riferimento alla precedente versione dell'art. 323 c.p., Cass., SSUU, 27.7.1990, in *Foro it.*, 1990, II, c. 645, e Cass., 28.5.1997, in *Riv. pen.*, 1997, 716.

⁴⁶⁶ In giurisprudenza, dopo la riforma, Cass., 18.10.1999, in *Cass. pen.*, 2001, 123, ha sostenuto l'irrelevanza del movente, ossia della motivazione che induce il soggetto agente a perseguire come fine della condotta la realizzazione del reato. E, già prima della riforma, invece, Cass., 22.11.1996, in *Riv. pen.*, 1996, 1323, ha affermato invece che non è necessario ai fini del raggiungimento della prova, ricercare elementi esterni quando è la stessa oggettività del fatto a evidenziare in modo univoco la sua connotazione soggettiva.

⁴⁶⁷ In ordine al livello di prove necessario, è stato altresì affermato che "nella valutazione del vantaggio del privato non si può trasporre sul piano penalistico l'insufficienza o l'inidoneità probatoria propria del diritto civile, anzi normalmente tale incertezza costituisce fattore di

giurisprudenza che può essere sufficiente anche una pluralità di indizi, purchè gravi, precisi e concordanti⁴⁶⁸. Vari sono comunque i cd. indici sintomatici del dolo intenzionale che la giurisprudenza ha individuato nel tempo, come ad esempio il contesto fattuale, o i rapporti personali intercorrenti tra i soggetti⁴⁶⁹.

In ordine, comunque, al profilo dell'accertamento del dolo, appare di non poco rilievo l'ampio sindacato spettante al giudice affinché questi possa verificare le finalità perseguite dall'agente: atteso che l'individuazione del carattere pubblico ovvero privato costituisce quindi un fattore dirimente nell'ambito del dolo, è essenziale comprendere in che modo il giudice possa stabilire tale elemento e fino a che punto possa, a tal fine, addentrarsi nell'attività amministrativa e nella discrezionalità a questa appartenente.

In effetti, il concetto di finalità pubblica appare alquanto esteso e rischia di essere suscettibile di ricomprendere al suo interno qualsivoglia condotta. In molteplici casi, infatti, risulta potenzialmente ravvisabile una finalità pubblica, rendendo alquanto labile il limite, considerato anche che quando coesistono finalità pubbliche e private il giudice spetterà il compito di determinare quale delle due sia prevalente.

Da un'analisi delle pronunce più recenti sul tema, emerge così chiaramente la complessità del compito attribuito al giudice, e al contempo la discrezionalità a questi spettante. L'indirizzo della giurisprudenza è stato quello, quindi, di individuare alcuni criteri atti a distinguere ciò che può costituire un fine pubblico da ciò che sicuramente non può esserlo. In questo modo, in diverse pronunce, si è specificato che il fine pubblico che esclude il dolo intenzionale deve consistere in un fine pubblico cd. "in senso stretto": esso cioè non può manifestarsi né ovviamente in un fine privato lecito, né in un fine collettivo, né in un fine privato

esclusione del reato, giacchè per l'integrazione di questo è indispensabile l'accertamento della sicura ingiustizia". Così Cass., Così Cass., 13.6.1996, in *Riv. pen.*, 1996, 1325.

⁴⁶⁸ Cass., 12.11.1992, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1994, 926.

⁴⁶⁹ In Cass., 9.11.2006, in *Cass. pen.*, 2007, 3670, la Corte indica una serie di cd. indici tramite i quali analizzare l'elemento soggettivo dell'agente. In particolare, essa fa riferimento innanzi tutto all'evidenza della violazione di legge, come tale immediatamente riconoscibile dall'agente, alla specifica competenza professionale dell'agente, tale appunto da rendergli riconoscibile la violazione, alla motivazione del provvedimento perché non risulti palesemente pretestuosa, e infine ai rapporti personali tra autore e soggetto avvantaggiato. Con riferimento a tali indici, si veda a che DE BELLIS M., *Abuso d'ufficio e concorso pubblico*, cit., 3457.

di un ente pubblico e nemmeno infine in un fine politico⁴⁷⁰. ‘E stato, infatti, osservato che il fine politico resta escluso poiché il fine pubblico di cui trattasi deve consistere in un fine formalizzato dall’ordinamento mentre quello politico non ha ancora trovato una collocazione positiva, pur quando si tratti di uno scopo realmente politico e sia quindi bene invocato, a differenza di quei casi in cui invece si tratti di fini personali perseguiti dai cd. soggetti politici. ‘E stato poi anche aggiunto, sul punto, che l’agente deve in qualche modo poter invocare lo scopo pubblico, ossia – per poterlo fare – deve trattarsi di un interesse che è proprio a lui – o anche a lui – che ne è commessa la cura, senza che egli abbia quindi usurpato attribuzioni o compiti propri di altre pubbliche entità. Infine, però, si è evidenziato che tali elementi sono necessari, ma non sufficienti, poiché occorre anche che non vi sia un rapporto personalistico⁴⁷¹ tra l’agente ed il beneficiario, tali da ricondurre a pretesto il perseguimento, altrimenti preminente, del fine pubblico⁴⁷². Sicuramente, quindi, lo scopo pubblico non deve costituire un

⁴⁷⁰ Cass., 20.10.2010, in *Dir. & giust.*, 2010, la quale annulla così la sentenza della Corte di Appello che aveva escluso il delitto di cui all’art. 323 c.p. sulla base di un presunto interesse pubblico, sulla base dell’avvenuta “scelta politica” da parte dell’ente in questione, tra l’altro attribuendo secondo la Suprema Corte valenza probatoria a meri resoconti sommari di sedute del Consiglio Comunale o di Commissioni, senza neppure avvertire l’esigenza di assumere almeno le dichiarazioni dei protagonisti attraverso i poteri di integrazione probatoria riconosciuti dall’art. 422 c.p.p. Al di là, comunque, dei rilievi in ordine agli elementi probatori circa l’accertamento del dolo, la Corte ha sottolineato che erroneamente era stata attribuita la qualifica di interesse pubblico ad un fine politico, asseritamente perseguito dai rappresentanti delle forze politiche locali e non dal direttore generale. Allo stesso modo, Trib. Pescara, 4.3.2010, in *PQM*, 2010, 1, 101; e, ancora, Cass., VI, 22.11.2002, in *C.E.D. Cass.* 2002, n. 42839.

⁴⁷¹ In taluni casi, tuttavia, la Corte di Cassazione ha riconosciuto la sussistenza del fine pubblico anche ove venissero provati rapporti personali tra soggetto attivo e beneficiario del vantaggio, dimostrando quindi che il criterio anzi detto non costituisce certamente una regola. Così in Cass., 29.4.2009, in *Guida al dir.*, 2009, fasc.26, 81, è osservato che il reato va escluso quando l’intento principale perseguito dall’agente sia stato quello di soddisfare un fine pubblico, pur nella consapevolezza di recare in tal modo anche un ingiusto favore a un singolo soggetto privato (nel caso di specie tuttavia la Corte ravvisava poi il reato poiché il principio si applica solo a coloro che sono incaricati dell’interesse pubblico in questione, mentre all’autore – segretario di reparto – non risulta demandato di occuparsi del fine dallo stesso addotto). Ma sul punto, si veda anche Cass., 6.5.2003, in *Cass. pen.*, 2004, 464 e 3204, con note di FANTUZZI F. e NATALINI A., nella quale si ravvisava la presenza dello scopo pubblico nonostante i rapporti personali tra autore e beneficiario del vantaggio. In questo caso cioè si riconosceva la sussistenza di una finalità pubblica nella tutela e nell’implemento del turismo, perseguita nel concedere una licenza in assenza dei requisiti. Tuttavia, nel caso di specie, risultavano provati delle frequentazioni tra il sindaco e il titolare della licenza.

⁴⁷² Questi sono i criteri rinvenibili in Cass., 22.11.2002, n. 42839, in *C.E.D. Cass.* 2002, nella quale si giudicava la condotta di un sindaco di un comune sito in zona turistica che aveva rilasciato un certificato di abitabilità e di agibilità di un complesso turistico in violazione delle norme in materia urbanistica e sanitaria che imponevano il previo rilascio di una concessione edilizia in

mero pretesto, dietro al quale venga mascherato il vero obiettivo dell'autore del delitto⁴⁷³.

Nonostante simili affermazioni della giurisprudenza volte ad apporre dei confini alla nozione di pubblicità dell'interesse, risulta chiaro comunque come facilmente per il giudice sarà possibile negare ovvero riconoscere la presenza di un interesse pubblico, e di conseguenza ravvisare il delitto *de quo* o meno. E tale dato è riscontrabile da un'analisi della giurisprudenza, poiché - come si è appena indicato - in talune ipotesi è stato ritenuto integrato il delitto, mentre in altre esso è stato invece - a volte anche discutibilmente⁴⁷⁴ - escluso sulla base appunto del dolo intenzionale.

Sintetizzando, dunque, non si può tacere che il requisito del dolo intenzionale - così come interpretato dalla giurisprudenza - sembra portare, prima di tutto, ad un annullamento del reato, nel senso che risulterà assai difficile giungere concretamente ad una condanna, anche quando sussista l'elemento oggettivo; in secondo luogo, i principi volti ad individuare l'elemento soggettivo appaiono troppo indeterminati e vaghi, riportando il sindacato del giudice ad un estensione pericolosa.

Tali critiche sono state mosse, infatti, anche da alcuna dottrina che ha accusato il dolo, così come costruito, di sterilizzare la fattispecie, precludendo in pratica le declaratorie di responsabilità⁴⁷⁵. 'E stato osservato⁴⁷⁶, infatti, che non può

sanatoria, subordinata a nulla osta ambientale, allo scopo di perseguire il fine pubblico di assicurare la stagione turistica del comune che fonda la sua economia esclusivamente sul turismo. La Corte, infatti, nella pronuncia ritiene che il sindaco, preposto a soddisfare le pubbliche esigenze della comunità, tra le attribuzioni della sua carica ha anche quella della cura dell'economia territoriale. Ed, inoltre, non rinviene alcun elemento che colleghi personalmente lo stesso ai titolari del complesso beneficiario.

⁴⁷³ Cass., 19.5.2010, n. 23421, in *Dir. & giust.*, 2010; Cass., 17.10.2007, n. 40891. Conforme anche Cass., 17.6.2008, in *Dir. & giust.*, 2008.

⁴⁷⁴ Ci si riferisce all'appena citata Cass., 22.11.2002, cit., la quale propone dei criteri volti ad individuare la sussistenza del fine pubblico, escludendo così i meri fini collettivi, o politici, o i cd. pretesti. Essa al contempo finisce però per ravvisare un interesse pubblico nel turismo di cui ogni sindaco dovrebbe avere cura. E, ancora di più, Cass., 6.5.2003, cit., giunge alle medesime conclusioni nonostante i rapporti di natura personale del sindaco con il beneficiario, e nonostante il fatto che la giurisprudenza in questi casi avesse precedentemente affermato che l'assenza del fine pubblico.

⁴⁷⁵ INFANTE E., *L'abuso d'ufficio*, cit., 360 e ss.; NATALINI A., *Intenzionalità del dolo ex art. 323 c.p. e pretesa esclusività della finalità tipica: l'avvallo della Cassazione ad una discutibile assimilazione ermeneutica*, cit., 3207; SEGRETO A. – DE LUCA G., *I delitti*, cit., 548; BENUSSI C., *I delitti*, cit., 619.

convincere tale tesi che conferisce natura esimente all'interesse pubblico. Non a caso, tale criterio non risulta presente in altri delitti di evento, risultando troppo pericoloso e indeterminato un giudizio che escluda la responsabilità nel caso in cui si ritenga sussistere una cd. "azione a fin di bene". Portato infatti agli estremi, simile orientamento potrebbe comportare una totale rinuncia alla punibilità di alcune condotte di cui all'art. 323 c.p., poiché - volendolo - potrebbe sempre ravvisarsi uno scopo di natura pubblica: si pensi, ad esempio, al rilascio di permessi di costruire che potrebbero sempre giustificarsi nel perseguimento di finalità connesse al territorio (sviluppo, turismo, etc).

D'altra parte, la lettura giurisprudenziale proposta per il dolo intenzionale appare assai estremistica nel momento in cui si richiede che l'unico scopo perseguito dall'agente debba essere quello della realizzazione dell'evento, in via principale e diretta⁴⁷⁷. In effetti, non si rinvencono elementi da cui desumere tale principio, considerato anche che normalmente il nostro ordinamento non prevede processi motivazionali tipizzati: ma anche dove ciò raramente accade, essi sono allora espressamente previsti (si pensi ad esempio agli artt. 508 c.p., 427 o 431 c.p. che presentano la locuzione "al solo scopo di").

Si condivide, piuttosto, l'idea che il dolo intenzionale debba essere caratterizzato dal perseguimento dell'evento, e non della sola condotta come invece accade nel dolo diretto: tuttavia, è sufficiente che sia presente tale rappresentazione e volontà (della condotta e dell'evento, in un rapporto tra di loro di mezzo a fine), senza che esse debbano essere anche caratterizzate dall'elemento dell'esclusività e che quindi la sussistenza di altri interessi possa escludere l'elemento soggettivo. Altrimenti, si rischia di confondere il dolo intenzionale con il movente, tra i quali invece non deve verificarsi alcuna identificazione⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ Così, INFANTE E., *L'abuso d'ufficio*, cit., 362.

⁴⁷⁷ Ancora INFANTE E., *L'abuso d'ufficio*, cit., 362; NATALINI A., *Intenzionalità del dolo*, cit., 3211.

⁴⁷⁸ In questi termini sempre INFANTE E., *L'abuso*, cit., 362; NATALINI A., *Intenzionalità*, cit., 3211; BENUSSI C., *I delitti*, cit., 619. Si evidenzia infatti che il movente non deve rientrare ovviamente tra gli elementi costitutivi del reato e dunque non può ricondursi il dolo intenzionale ad esso. PROSDOCIMI S., *Il reato doloso*, in *Dig. pen.*, XI, Torino, 1996, 246, infatti, ricorda che deve parlarsi di "dolo intenzionale a prescindere dal fatto che tale risultato comporti il soddisfacimento ultimo delle aspirazioni dell'agente o costituisca soltanto un anello intermedio in vista di ulteriori sviluppi, correlati, peraltro, da nuovi contegni. La connessione, il nesso

Se, infatti, appare apprezzabile la volontà di selezionare il penalmente rilevante in un reato che era senza dubbio troppo esteso, come dall'inizio dell'elaborato si va ripetendo, è evidente che già il dolo intenzionale così come appena descritto avrebbe lasciato al di fuori dell'art. 323 c.p. il dolo eventuale e quello diretto. Portare invece nell'area dell'irrilevanza tutti i casi caratterizzati da un interesse pubblico sembra assai discutibile, perché comporta un'eccessiva selezione dell'art. 323 c.p.; ma, soprattutto, tale selezione appare non fondata su criteri predeterminati, oggettivi e certi ma solo su principi indeterminati ed elastici, suscettibili di una valutazione concreta di volta in volta soggetta ad un'eccessiva discrezionalità giudiziale.

Nonostante quindi l'orientamento della giurisprudenza sul punto sia ormai pacifico, non si condivide tale direzione che allontana la norma dal tracciato della certezza del diritto e riporta il sindacato del giudice penale a una potenziale espansione troppo discrezionale.

3.8.3 (segue) l'errore.

L'ultimo aspetto che merita di essere evidenziato in relazione all'elemento soggettivo è costituito dal problema dell'errore.

La questione, infatti, riguarda l'errore del soggetto attivo che nell'ambito dell'art. 323 c.p. può cadere su vari elementi⁴⁷⁹.

In particolare, si intende fare riferimento al caso - tutt'altro che infrequente - che l'errore attenga alla norma di legge o di regolamento violata con la condotta tipica. In queste ipotesi, sarà dunque necessario stabilire se esse debbano inquadrarsi nell'ambito dell'errore su un elemento normativo del fatto – con conseguente unanime esclusione della punibilità ai sensi dell'art. 47 comma 3 c.p., stante l'insussistenza di un abuso colposo – ovvero dell'*error juris* ex art. 5 c.p., irrilevante tranne nei casi di cui alla celebre sentenza della Corte

teleologico, che, in tale ultimo caso, si porrà tra i diversi contegni non inciderà sul fatto che il primo risultato è stato comunque determinante, dal lato psicologico, nel motivare il reo alla relativa condotta”.

⁴⁷⁹ I casi tipici sono, innanzi tutto, l'errore attinenti alle qualifiche personali del soggetto attivo. In secondo luogo, esso potrà cadere sulla violazione di legge o di regolamento. E infine, esso potrà riguardare l'evento di danno o di vantaggio.

costituzionale 364/1988.

Una parte della dottrina⁴⁸⁰ si è pronunciata nel senso della riconducibilità all'errore *ex art. 47, comma 3, c.p.*, con la conseguente assenza del dolo. In particolare, essa ha sostenuto che per l'esistenza del dolo occorra la consapevolezza di adoperare, per commettere il fatto, poteri inerenti alla funzione pubblica, nonché la consapevolezza dell'illegittimità del fatto. Pertanto, il dolo sarebbe escluso se l'agente, per un errore su norma extrapenale, credesse di agire al di fuori dell'ambito della pubblica funzione o del pubblico servizio ovvero credesse di agire in modo conforme ai doveri di ufficio o alle norme di legge o di regolamento.

Tale tesi però è contrastata da altra parte della dottrina⁴⁸¹, ma soprattutto dalla giurisprudenza prevalente, che ritengono che l'errore dell'agente in merito sia irrilevante, risolvendosi in realtà in errore su norma integratrice di quella penale⁴⁸². In particolare, inoltre, la giurisprudenza sostiene che il soggetto attivo non potrebbe mai invocare a propria giustificazione l'errore o l'ignoranza di tali norme, in quanto, trattandosi di norme richiamate dalla legge penale a completamento dell'ipotesi criminosa, l'errore o l'ignoranza insisterebbero sulla stessa legge penale completata con il richiamo, per cui sarebbero inammissibili. D'altra parte, tale incorporazione delle norme di legge e di regolamento nella norma penale di cui all'art. 323 c.p. rientra nella complessiva tendenza seguita dalla giurisprudenza da tempo, e da alcuni ritenuta una sorta di concreta abrogazione tacita dell'art. 47 comma 3 c.p.

‘E ben noto, infatti, come ai fini dell'errore, la giurisprudenza abbia ritenuto che per norma penale debba intendersi non soltanto quella che stabilisce la punibilità di un determinato fatto, ma ogni altra norma che, pur essendo contenuta in una legge civile o amministrativa, è richiamata da quella penale e la integra, determinando il precetto.

⁴⁸⁰ Vedasi sul punto PAGLIARO A. – PARODI GIUSINO M., *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 304.

⁴⁸¹ ALBAMONTE A., *Abuso generico d'ufficio*, cit., 382; CHIAROTTI M., *Sulla legittimità di un oratorio non autorizzato*, in *Arch. pen.*, II, 644. E ancora MANNA A., *Abuso*, cit., 39, il quale ritiene che si tratti di errore di cui all'art. 5 c.p., sul presupposto anche che l'art. 323 c.p. costituisca una norma parzialmente in bianco.

⁴⁸² Cass., 7.3.1995, in *Giust. pen.*, 1996, II, 201; Cass., 4.1.1997, *Mass. Uff.* 209771.

Sulla base di tali premesse, la giurisprudenza e la dottrina minoritaria, dunque ritengono sistematicamente errore su norme integratrici di precetto penale, e quindi irrilevante, qualsiasi errore su norme qualificatrici di elementi normativi della fattispecie criminosa in tema di abuso⁴⁸³. Questa posizione, dunque, tenuta nei confronti della problematica di cui all'art. 47 c.p., III co., porta ad escludere la rilevanza dell'errore o dell'ignoranza che il pubblico ufficiale abbia circa la propria facoltà di compiere determinati atti o fatti⁴⁸⁴, che la legge non gli consente di compiere⁴⁸⁵.

Tale orientamento giurisprudenziale non appare condivisibile poiché si resta convinti che l'errore sulla violazione di legge o di regolamento integri in realtà un errore su legge extrapenale che comporta quella tipica situazione

⁴⁸³ Così, Cass., 17.10.1997, in *Guida al dir.*, 1998, fasc. 1, 103; Cass., 16.6.1999, in *Cass. pen.*, 2000, 2636.

⁴⁸⁴ Si veda ad esempio Cass., 19.12.2000, in *Cass. pen.*, 2001, 3027. Qui si è affermato che la violazione da parte del notaio degli obblighi imposti dagli art. 7 e 8 della L. 349/73 disciplinanti i diritti spettanti per ogni titolo protestato, e l'indennità di accesso, comprensiva del rimborso spese, per ogni atto compiuto fuori dalla sede, è rilevante ai fini della configurabilità del reato di abuso d'ufficio, atteso lo specifico contenuto prescrittivo delle norme in parola, poste a tutela degli interessi dei soggetti debitori. La fattispecie era relativa a un notaio che si era autoliquidato ulteriori compensi rispetto a quelli previsti, e la Corte ha rigettato l'eccezione difensiva circa la sussistenza dell'errore dovuto a prassi generalizzata, su una legge diversa da quella penale e affermava che l'art.323 c.p., obbligando il pubblico ufficiale al rispetto di leggi e regolamenti nell'esercizio delle sue funzioni, recepisce nella struttura del reato ogni disciplina dei doveri del pubblico ufficiale medesimo.

⁴⁸⁵ FIERRO CENDERELLI F., *Il problema dell'errore sulla legge diversa dalla penale nel reato di abuso innominato d'ufficio*, in *Arch. pen.*, 1972, II, 348, - ovviamente con riferimento alla precedente versione dell'art. 323 c.p., - ha effettuato un tentativo di risolvere il problema in maniera diversa. L'Autore sosteneva infatti che l'art. 323 c.p. non costituiva una norma penale in bianco da integrare con disposizione extrapenale sulla qualità di pubblico ufficiale e sui poteri di questo. La norma, invece, definirebbe compiutamente il precetto e dalle norme extrapenali andrebbero attinti solo gli elementi destinati a precisare la fattispecie in concreto. Tali norme concorrerebbero alla definizione del fatto costitutivo non colmando la lacuna di una norma penale in bianco ma introducendo un elemento che funziona come presupposto indispensabile perché possa configurarsi il suo significato di disvalore penale. In definitiva, nel quadro dell'art. 323 c.p. si potrebbe sostenere la scusabilità dell'errore relativo a norme extrapenali del pubblico ufficiale dal momento che i principi normativi in esse contenuti sono chiamati a conferire elementi al fatto ed hanno lo stesso carattere delle altre componenti oggettive.

La tesi di Fierro si riconduce all'ottica dell'antigiuridicità speciale. L'antigiuridicità speciale, o l'illiceità in base a norme extrapenali, si ha quando la legge tra gli elementi costitutivi del fatto, ne richiede anche l'illiceità in base a norme extrapenali. Poiché nei casi di illiceità speciale il fatto di reato è costituito non solo dal fatto materiale ma dal fatto materiale anche illegittimo, abusivo, arbitrario, etc., per la sussistenza del dolo occorre anche la coscienza dell'illiceità speciale extrapenale. Se detta coscienza manca, uno degli elementi materiali del fatto non sarà investito dal dolo. Pertanto, quando l'agente per errore sulla legge extrapenale crede di agire legittimamente, egli vuole un fatto diverso da quello previsto dalla norma penale e perciò trattasi di errore sul fatto.

psicologica presente nelle ipotesi di errore sul fatto e non di errore di diritto, secondo il quale invece il soggetto è consapevole di ciò che compie ma ritiene che esso sia penalmente irrilevante⁴⁸⁶. Vi è chi ha poi efficacemente rilevato, inoltre, che quand'anche non si volesse riconoscere un errore che esclude il dolo, quest'ultimo dovrebbe comunque venir meno, considerando che il soggetto che non sa di violare una legge o un regolamento sicuramente non si rappresenta e vuole l'evento tipico, quanto meno nel suo requisito dell'ingiustizia⁴⁸⁷.

Ulteriormente, è stato affermato da alcuni che in ogni caso, ove anche si ritenesse fondata tale tesi secondo cui l'errore sulla legge extrapenale nel caso di reato di abuso di ufficio in effetti si risolverebbe in un errore sulla legge penale, si dovrebbe dare ingresso quanto meno alla scusabilità dell'errore inevitabile⁴⁸⁸.

In ordine, poi, all'errore che investe le qualifiche soggettive di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio, ci si è chiesti se l'agente debba essere o meno consapevole di esercitare una pubblica funzione o un pubblico servizio. Alcune dottrina⁴⁸⁹ ha risposto affermativamente, poiché ritiene che la qualifica soggettiva debba considerarsi come facente parte della fattispecie obiettiva e quindi riflettersi nel momento conoscitivo del dolo, con la conseguenza

⁴⁸⁶ In letteratura, favorevoli alla configurazione dell'errore sulla violazione di legge o di regolamento nei termini di cui all'art. 47 comma 3 c.p., e quindi critici nei confronti della giurisprudenza contraria, anche BENUSSI C., *I delitti*, cit., 621; PICOTTI L., *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 299; TESAURO A., *Violazione*, cit., 268 e ss.; FURIN N., *I reati*, cit., 155.

⁴⁸⁷ In questo senso, TESAURO A., *Violazione*, cit., 268.

⁴⁸⁸ Così SEGRETO A. - DE LUCA G., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 552. Secondo gli Autori, infatti, andrebbero ritenuti come espressione di errore che esclude la punibilità i comportamenti del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che sia stato compiuto senza coscienza di detta illegittimità, ma uniformandosi ad una prassi amministrativa, ovvero a causa delle disposizioni impartite dai superiori.

In questo senso si è espresso sul punto COCCO G., *Osservazioni sull'elemento soggettivo del reato di abuso innominato*, in *Riv. giur. Sarda*, 1987, 175. E, la giurisprudenza meno recente si era così espressa ritenendo che il dolo resta escluso se il fatto obiettivamente illegittimo è commesso con l'intenzione di uniformarsi ad una prassi amministrativa ancorché formata in violazione di disposizione di legge o regolamento concernenti le modalità di disbrigo di pratiche di ufficio, Cass., 15.10.1983, in *Cass. pen.*, 1985, 620; e Cass., 14.10.1984, in *Cass. pen.*, 1975, 1297.

⁴⁸⁹ Così DELITALA G., *Il "fatto" della teoria generale del reato*, Padova, 1930, 213 e ss.; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale, parte speciale*, ed. II., cit., 180; FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, Torino, 2008, 218; GRISPIGNI F., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 130 e ss.; PAGLIARO A., *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957, 139; PAGLIARO A. - PARODI GIUSINO M., *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 28; BENUSSI C., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 156.

che, per la punibilità dell'agente, questi dovrà conoscere le regole giuridiche in base alle quali la sua attività si qualifica come esercizio di pubblica funzione o di pubblico servizio. Secondo tale orientamento, comunque, non sarebbe richiesta una conoscenza tecnico-giuridica del significato delle qualifiche stesse, ma sarebbe sufficiente quella proiettata, per così dire, nella sfera "laica". Altra dottrina⁴⁹⁰, soprattutto del passato, sosteneva invece che il soggetto e le note che lo contraddistinguono non parteciperebbero del fatto costitutivo del reato. In tal modo, erano state prospettate due soluzioni: una prima proposta⁴⁹¹ negava che di per sé l'ignoranza della propria condizione personale valesse ad impedire la responsabilità penale; la seconda⁴⁹², invece, ammetteva la rilevanza dell'errore quando essa si traduceva in un'inesatta percezione della stessa struttura oggettiva del fatto.

Per quanto riguarda, infine, l'errore che cade sull'ingiustizia del vantaggio o del danno⁴⁹³, ci si è interrogati se l'agente debba rappresentarsi anche il carattere illecito del vantaggio o del danno. La dottrina⁴⁹⁴ si è espressa per lo più in senso favorevole, mentre la giurisprudenza si è schierata in senso contrario, considerando irrilevante l'errore sull'ingiustizia del vantaggio o del danno, nel rilievo che la norma che qualifica l'ingiustizia o meno costituirebbe - ancora una volta - una norma integratrice di quella penale. Sempre con riferimento all'ingiustizia del vantaggio, la giurisprudenza ha affermato anche che tale requisito andrebbe valutato in base ai principi oggettivi regolanti la materia e non in base alle considerazioni dell'agente⁴⁹⁵.

⁴⁹⁰ In tal senso GALLO M., *Dolo*, cit., 763; GROSSO C.F., *Lineamenti dell'interesse privato in atti di ufficio*, cit., 173; GROSSO C.F., *Dolo*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, 5; NUVOLONE P., *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1953, 91.

⁴⁹¹ MAIANI G., *In tema di reato proprio*, Milano, 1965, 252.

⁴⁹² BARTULLI A., *L'interesse privato in atti d'ufficio*, cit., 321; GROSSO C.F., *Lineamenti dell'interesse privato in atti d'ufficio*, cit., 174. Ad esempio, si pensava al caso del pubblico ufficiale che, avendo presentato le proprie dimissioni dall'ufficio, ritenesse erroneamente che questo suo atto fosse immediatamente risolutivo del rapporto da cui la sua qualità derivava.

⁴⁹³ Tale distinzione dei vari tipi di errore è stata formulata da BENUSSI C., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 155 e ss.

⁴⁹⁴ Nello stesso senso FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte speciale*, cit., 246; PICOTTI L., *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 299.

⁴⁹⁵ Cass., 19.4.1995, *C.E.D. 201262*, nella quale la Cassazione ha annullato la sentenza dei

9 Considerazioni conclusive sul sindacato giudiziario in materia di abuso d'ufficio.

Dopo aver ripercorso gli elementi del delitto di cui all'art. 323 c.p., e aver posto in evidenza le principali questioni tuttora controverse sul tema, gioverà trarre le fila e individuare in che modo quindi – a seguito della riforma – il sindacato del giudice penale possa ancora espletarsi, e quali limiti esso incontri.

Indubbiamente, con la L. 234/1997 il Legislatore ha selezionato notevolmente la sfera di applicabilità della norma, conferendo maggiore tipicità e disegnando più nettamente i confini tra illiceità penale ed illegittimità amministrativa, troppo spesso altrimenti confuse e sovrapposte. I requisiti introdotti sicuramente hanno garantito una definizione della fattispecie, fino a giungere al rischio - quasi al contrario - di rendere assai difficile in concreto la configurabilità del delitto *de quo* (si è detto di come, nella pratica, sia piuttosto arduo arrivare ad una sentenza di condanna per abuso d'ufficio⁴⁹⁶).

Il bilancio complessivo, dunque, per molti versi risulta positivo, quanto meno dal punto di vista della trasformazione dell'ipotesi delittuosa in reato di evento, che garantisce ai fini della rilevanza penale il necessario verificarsi di un evento di danno ovvero di vantaggio patrimoniale ingiusto. Sembra altresì positiva anche l'avvenuta definizione della condotta, nonostante le problematiche insite nel concetto di norma di legge e di regolamento, troppo ampio per certi versi e suscettibile di ricomprendere al suo interno innumerevoli casi.

Non si conviene, invece, con le critiche di eccessivo formalismo rivolte a tale nozione, poiché - per quanto formalistica essa possa rivelarsi -, il delitto si

giudici di merito che avevano escluso l'ingiustizia del conteggio attribuito ad alcuni assegnatari di alloggi pubblici in base alla considerazione che, pur risultando violate la graduatoria e le norme regolamentari dell'assegnazione, tuttavia la condotta degli imputati non era priva di oggettiva giustificazione fondata nelle gravi necessità abitative dei beneficiari.

⁴⁹⁶ In ordine ai dati statistici riferiti al numero di denunce e di condanne per abuso d'ufficio, oltre che i dati ISTAT riportati nel primo capitolo, si richiamano i dati – riferiti alla regione Sicilia – secondo cui non solo sono diminuite a partire dal 1997 le condanne ma anche le denunce (6475 nel 1997, 5762 nel 1998, 4898 nel 1999, 4190 nel 2000, 4313 nel 2001, 3918 nel 2002). Così, PARODI GIUSINO M., *Aspetti problematici*, cit., 914 e ss. Le ragioni – secondo l'Autore di tale diminuzione sarebbero rinvenibili nella precisa scelta politico - criminale del Legislatore, ovverosia il dichiarato mutamento della norma che ha reso irrilevanti un'ampia gamma di casi prima riconducibili all'art. 323 c.p.

integrerà comunque solo in presenza degli elementi dell'evento e del dolo che connoteranno certamente la condotta del necessario disvalore sostanziale.

Di stampo diverso, perciò, sono le note critiche che si muovono all'art. 323 c.p. (*in primis*, con riferimento alla risposta sanzionatoria che oggi appare inadeguata, soprattutto a seguito della notevole selezione del penalmente rilevante, che abbisognerebbe ora di una sanzione penale più efficace).

Concentrando però l'attenzione sul sindacato del giudice penale, pare opportuno rilevare che senza dubbio l'elemento oggettivo ha ridotto e posto alcuni confini all'ingerenza troppo spinta da parte dei giudici penali, per quanto la nozione di violazione di legge e di regolamento resti comunque assai ampia: essi infatti incontrano i limiti della condotta, attualmente definita nelle due sole forme tipiche alternative, e dell'evento necessario e doppiamente ingiusto.

Alla luce di tali elementi – nonostante quindi la violazione di norma di legge o regolamento rischi un'applicazione indiscriminata, soprattutto in considerazione della cd. violazione mediata di norme - si ritiene che sia stato pur sempre posto un invalicabile confine, ossia quello dell'insindacabilità del merito amministrativo, e -ancora di più- dell'eccesso di potere quale vizio di legittimità che si trova in una posizione assai vicina a quella della discrezionalità amministrativa. Si è ampiamente esposto, infatti, che non si condivide l'interpretazione di chi ancora oggi tenta di ricondurre l'eccesso di potere nell'ambito della violazione di legge: tranne i casi in cui specifiche ipotesi di eccesso di potere siano state normativamente riconosciute (perché in queste ipotesi allora si potrà ovviamente parlare di violazione di legge), per il resto si preferisce escludere tale rilevanza, accettando che la nuova norma abbia espunto dalla violazione di legge l'eccesso di potere.

Purtroppo, però, si deve anche rilevare che parte dei buoni risultati raggiunti con riferimento all'elemento oggettivo, sono stati annullati dall'interpretazione elaborata dalla giurisprudenza in ordine all'elemento soggettivo dell'art. 323 c.p. Se la previsione del dolo intenzionale poteva rappresentare, infatti, un ulteriore filtro nei confronti di quella pericolosa osmosi tra illegittimità amministrativa ed illiceità penale, la lettura affermata sul punto ha consentito una ri-estensione del sindacato del giudice - si ritiene - assai

rischiosa. In buona sostanza, infatti, non ci si è limitati a richiedere che il dolo venisse intensificato rispetto al dolo diretto – ossia pretendendo la rappresentazione e volontà direttamente dell'evento – ma si è altresì preteso praticamente che l'evento fosse il solo o quanto meno il principale scopo dell'agente. Si assiste, in questo modo, oggi all'esclusione del reato in presenza di un interesse pubblico.

Questo dato, oltre a consentire in concreto di annullare la norma, poiché ne seleziona a questo punto quasi eccessivamente l'ambito di applicazione, preoccupa dal punto di vista dell'incisività dell'indagine che si concede nuovamente al giudice. 'E a lui, in effetti, che ora spetta il compito di individuare le finalità del soggetto attivo, di volta in volta, senza criteri ben definiti. Il concetto di interesse pubblico, evidentemente, è suscettibile di essere ravvisato – così come di essere escluso – troppo facilmente a causa della sua elasticità, e si è visto infatti come spesso la giurisprudenza sia giunta a risultati diversi.

Si tratta, si crede, di una prospettiva che rischia di confondere l'accertamento del dolo con quello del movente – il quale dovrebbe restare invece al di fuori – conferendo al giudice un'eccessiva discrezionalità. L'analisi degli scopi perseguiti dall'autore, d'altronde, più che mai rischia di causare una sostituzione da parte del giudice, o quanto meno un'ingerenza, nell'area del merito amministrativo. Ben noto è, infatti, che proprio nell'individuazione dell'interesse concreto da perseguire (e poi di quello perseguito) si annida l'insidia dello sconfinamento del giudice: per valutare di che tipo sia l'interesse avuto di mira, egli potrebbe compiere valutazioni a lui non spettanti, poiché attinenti alla discrezionalità amministrativa. D'altra parte, sono questi i motivi che hanno condotto il Legislatore ad impedire al giudice penale l'accertamento dell'eccesso di potere. In verità, – in modo certo del tutto mascherato – si ravvede il rischio della riapparizione proprio di un accertamento di una sorta di “assenza di sviamento di potere”, pur senza nominarlo mai: di fatto, però, sotto altra veste la giurisprudenza sembra finire per condannare la violazione di legge solamente quando questa sia caratterizzata da un interesse privato e non invece quando vi sia un interesse pubblico. E allora, in fondo, sarà proprio il distorto fine che ha mosso l'agente a

stabilire la soglia dell'integrazione del reato⁴⁹⁷.

La nota positiva di tale tipo di sindacato, comunque, consiste nel fatto che esso può espletare i propri effetti solo *in bonam partem* (nel senso che potrà - al massimo - escludere il reato), e mai nel senso inverso. Ciò nonostante, si critica ugualmente tale indirizzo, poiché pare che già i requisiti dell'elemento oggettivo, unitamente all'accertamento di un dolo limitato al riscontro della rappresentazione e volontà dell'evento come conseguenza diretta della condotta, dovrebbero bastare per configurare il delitto.

Se proprio si ritenesse indispensabile effettuare un accertamento dell'interesse pubblico, sembra allora che esso dovrebbe al massimo essere limitato ai casi in cui risulti in modo talmente manifesto da escludere di per sé il reato nonostante la presenza degli altri elementi. Si crede, infatti, che solo il criterio di una manifesta finalità pubblica potrebbe arginare il sindacato troppo profondo da parte del giudice, che allora resterebbe vincolato nell'alveo dell'evidenza. Solo in questo modo, oltretutto, si eviterebbe il rischio di un annullamento della norma insito nel riconoscimento di un interesse pubblico che faccia venir meno il reato.

Ancora di più, però, si resta nella convinzione che sarebbe opportuno escludere *tout court* l'indagine in tema di finalità perseguite, poiché esse appartengono alla sfera del movente e non al dolo. Si auspica, perciò, un ritorno ad un'interpretazione del testo normativo, la quale limiti l'accertamento giudiziale agli elementi oggettivi, e soggettivamente ravveda nel dolo intenzionale quel dolo in cui il soggetto non solo prevede ma vuole realizzare direttamente l'evento tipico. Se, infatti, l'autore del delitto si rappresenta e vuole il danno ingiusto ovvero il vantaggio patrimoniale, appare superfluo procedere anche ad una verifica di un eventuale intento di tipo pubblico, che possa far venir meno il reato. In effetti, pare che la finalità pubblica sia già di per sé esclusa quando oltre al dolo

⁴⁹⁷ Tra le varie pronunce richiamate in tema di elemento soggettivo, si ricordano ora Cass., 11.3.2005, in *C.E.D. Cass.*, 231194, che espressamente fa riferimento all'espressione dello sviamento di potere. E, ancora, Cass., 24.11.2006, in *Riv. pen.*, 2007, 390, afferma che "la dizione 'violazione di legge' (...) implica che la violazione possa riguardare anche l'elemento teleologico della norma e possa valutarsi anche sotto il profilo finalistico". In termini simili, d'altronde, pur sostenendo tesi del tutto opposte e partendo da una prospettiva diversa, PARODI GIUSINO M., *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio*, cit., 913.

della condotta si verifichi l'intenzionalità di arrecare il danno o il vantaggio ingiusti.

Conclusioni.

Nel presente elaborato si è tentato di porre in esame il profilo del sindacato del giudice penale in materia amministrativa, evidenziando la necessità - che affonda le sue radici nel principio cardine del nostro ordinamento della separazione di poteri - di individuare un limite all'indagine dello stesso.

Si è sin da subito sottolineato, a tal fine, che il tema si differenzia – quanto meno nella prospettiva di analisi – dalla questione attinente al potere-dovere di disapplicazione del provvedimento amministrativo ai sensi dell'art. 5 dell'all.E della L. 2245/1865. In effetti, è mutato nel tempo il punto di vista anche da parte della dottrina e della giurisprudenza: mentre in passato il tema veniva di fatto ricondotto totalmente alla questione della disapplicazione, con il passare degli anni - poi - il diverso dibattito in tema di sindacato del giudice penale ha, sempre più, assunto rilievo ed autonomia. A tale processo si è accompagnata, pertanto, la contestuale riduzione dell'ambito della disapplicazione, e dei casi in cui essa si ritiene consentita. Come si è visto nel corso dell'analisi, attualmente dunque la disapplicazione (che certamente non può considerarsi un tema strettamente penalistico) in ambito penale trova un riconoscimento ormai ben più ristretto, per non dire, in definitiva, pressoché inesistente.

Mentre - si è visto - il sindacato riguarda comunque l'attività amministrativa in senso lato, ivi compresa quella materiale, la disapplicazione concerne squisitamente le ipotesi in cui vi sia la presenza di un provvedimento amministrativo illegittimo. Ma - come si è rilevato - anche in questi casi il giudice penale non si trova necessariamente ad applicare o meno un provvedimento – benché illegittimo –, poiché il suo compito si esaurisce nell'accertamento degli elementi del reato e nella verifica, in concreto, della corrispondenza degli stessi alla fattispecie tipica.

Da una rapida disamina di alcune tra le copiose ipotesi in cui la questione dell'attività amministrativa assume rilevanza in ambito penale, si è allora

riscontrato come il provvedimento viziato all'interno della fattispecie finisca per diventare oggetto di verifica da parte del giudice al fine di accertare la presenza dell'atto – nonché la sua legittimità – e così di determinare la sussistenza o meno del reato, o di un suo requisito.

Indipendentemente quindi che l'atto costituisca presupposto (positivo o negativo) della condotta, elemento definitorio della stessa, ovvero consista proprio nella condotta criminosa, esso comunque sembra entrare a far parte del precetto, determinandolo: si è fatto riferimento a quelle teorie dottrinali⁴⁹⁸ che riconducono tali diverse possibilità ad un'unica ipotesi, nella quale quindi l'atto può considerarsi “interno” alla fattispecie stessa. ‘E così che la prospettiva del giudice penale dovrà essere semplicemente quella di escludere o ritenere consumato il reato *de quo*, senza giungere però a disapplicarlo. Si è detto come poi – secondo alcuna dottrina che si condivide – permangano comunque alcuni casi (seppur marginali) in cui la disapplicazione possa considerarsi un meccanismo ancora consentito, ossia quei casi in cui il provvedimento si è definito, invece, come “esterno” al precetto, non integrando quindi lo stesso⁴⁹⁹.

In ordine dunque al sindacato del giudice penale, è parso di doversi soffermare soprattutto sui delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, non solo perché in essi inevitabilmente il giudice si trova a sindacare dell'attività amministrativa, ma anche perché si tratta di reati in cui la discrezionalità del giudice trovava maggiore sviluppo a causa della genericità ed indeterminatezza di alcuni di essi. Dopo aver evidenziato come in tale materia si sia registrato nel tempo un abuso da parte del giudice, che troppo spesso ha sconfinato nell'ambito del merito esclusivo della pubblica amministrazione - sostituendosi alla stessa - a causa anche dell'eccessiva genericità delle norme così come disegnate dal Codice Rocco (con conseguente inevitabile aumento dello spazio lasciato al giudice), nel primo capitolo si sono descritte le riforme susseguitesi in materia, e le questioni che tuttora – a seguito delle novelle

⁴⁹⁸ Ci si è riferiti anche alle tesi proposte da PETRONE M., *La disapplicazione*, cit.; e PETRONE M., *Attività amministrativa e controllo penale*, cit.

⁴⁹⁹ Si rinvia ai capitoli precedenti per i rilievi effettuati in merito a tali ipotesi, enucleate ad esempio nelle cause di non punibilità ovvero nei fatti estintivi del reato nonché – da alcuni – nelle cause di giustificazione, su cui si è espressa tuttavia qualche perplessità.

legislative – lasciano un ampio spazio di discrezionalità al giudice penale, poiché restano piuttosto controverse.

Se certamente il sindacato era giunto, in modo assolutamente pericoloso, ad una cd. “supplenza giudiziaria”⁵⁰⁰, caratterizzata da un’eccessiva discrezionalità, è altrettanto vero che tale prassi aveva rappresentato una risposta alla dilagante cattiva amministrazione presente in Italia, cui la pubblica amministrazione non poneva rimedio, costringendo i giudici ad intervenire, in un modo però loro non consentito. Allo stesso tempo, l’apparato normativo manifestava sempre più i suoi limiti, non solo di scarsa determinatezza, ma anche di pressoché inesistente effettività - derivante dall’insufficiente impianto sanzionatorio -; ad essi si aggiungeva, poi, l’ulteriore problema rappresentato dal confine pressoché inesistente tra illegittimità amministrativa ed illiceità penale, a causa del quale troppo ampia diventava poi - di fatto - l’area del penalmente rilevante.

Alla luce di queste considerazioni, l’analisi si è soffermata sulle tematiche coinvolte dalla L.86/1990, e poi dalla L. 234/1997, sulle quali, peraltro, si riversava principalmente tale indiscriminato sindacato giudiziale: in particolare, ci si è occupati brevemente dell’abrogazione dell’interesse privato in atti d’ufficio e del peculato per distrazione, del rifiuto e omissione in atti d’ufficio, della figura giurisprudenziale della cd. concussione ambientale, e - infine - in via principale, dell’abuso d’ufficio. Rilevata, inoltre, l’attuale situazione di permanenza ed aumento incessante di un sistema di illegalità nell’amministrazione pubblica, si sono anche sommariamente percorsi i due disegni di legge attualmente presentati in Parlamento⁵⁰¹, che – in modi diversi – propongono una revisione complessiva del sistema.

Per quanto attiene dunque al sindacato del giudice penale, si è sottolineato come inizialmente la dottrina – soprattutto in passato – abbia tentato di affrontare il tema in modo trasversale ed in via complessiva, ossia con riferimento a

⁵⁰⁰ La locuzione, si è già detto, è stata utilizzata da FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte speciale*, cit., I.

⁵⁰¹ Si tratta dei d.d.l. n. 2145 (presentato dall’on. Alfano) e d.d.l. n. 2174 (presentato dall’on. Finocchiaro).

qualsiasi fattispecie in cui esso potesse assumere rilevanza. Il dibattito, così, concerneva in buona sostanza la determinazione di un limite - generale per tutti i reati - che il giudice avrebbe dovuto incontrare: esso sicuramente veniva individuato nel merito, precluso al giudice; quanto invece alla legittimità, non era chiaro se la verifica della stessa fosse consentita o se invece quanto meno il vizio dell'eccesso di potere dovesse restare al di fuori del sindacato.

A differenza di tale risalente prospettiva, il Legislatore ha scelto – come visto – di intraprendere una strada diversa da quella di una definizione del sindacato *tout court*. Nel corso del presente elaborato, d'altra parte, si è condivisa simile decisione: si crede, infatti, che il vero limite che incontra il sindacato del giudice sia quello che stabilisce il Legislatore stesso, di volta in volta, per ogni singolo reato. Molto più semplicemente, quindi, è possibile affermare che egli si potrà spingere fin dove gli sarà consentito spingersi⁵⁰². In questo modo, non si ritiene rilevante determinare quale vizio di legittimità sia o meno sindacabile da parte del giudice penale in via generale: ogni vizio - compreso l'eccesso di potere - sarà accertabile qualora la norma penale lo consenta (e si è visto come sostanzialmente la problematica si sia posta con riferimento all'abuso d'ufficio, poiché fino al 1997 il testo normativo non imponeva limiti in tal senso, mentre si è escluso che nell'attuale versione dell'art. 323 c.p. l'eccesso di potere possa essere ancora sindacabile).

Diventa compito del Legislatore, pertanto, individuare i confini dell'attività del giudice, tramite interventi legislativi differenziati a seconda della norma che egli intenda regolare. Questa è la strada che di fatto è stata percorsa nel nostro ordinamento, con modifiche delle singole ipotesi delittuose, attribuendo loro maggiore tipicità, definendo nozioni che erano troppo ampie e restringendo l'area del penalmente rilevante. Per quanto alcuna dottrina auspicasse un percorso di diverso tipo ed abbia sostenuto che tale scelta sia stata presa dal Legislatore solo perché assai più semplice e comoda⁵⁰³, sembra che questo tipo di intervento sia

⁵⁰² In termini simili, si esprimeva già PADOVANI T., *L'abuso d'ufficio e il sindacato*, cit., 93, secondo il quale in effetti per escludere il rischio di un indiscriminato sindacato altro non servirebbe che fattispecie determinate e ben costruite intorno a note di disvalore pienamente corrispondenti alle esigenze di tutela.

⁵⁰³ Questo il pensiero espresso da CONTENUTO G., *Il sindacato del giudice*, cit., 109, che

molto più mirato ed idoneo ad adattarsi alle specifiche esigenze di ogni delitto.

Come descritto e più volte ribadito, è parso così che il Legislatore abbia tracciato un percorso seguendo la duplice via del rafforzamento sia dell'elemento oggettivo che di quello soggettivo.

La fattispecie su cui - così- si è misurata principalmente la “buona riuscita” delle riforme legislative, e su cui si è concentrata la ricerca, è stata quella dell'art. 323 c.p., tormentato reato che nel 1997 ha visto una profonda modifica, grazie alla quale ha guadagnato una struttura di reato di evento, a condotta vincolata, e con dolo intenzionale. Nelle conclusioni del precedente capitolo si è tentato di evidenziare, pertanto, che sicuramente il bilancio sulla riforma dell'art. 323 c.p. pare essere positivo per molti aspetti poichè il delitto oggi presenta maggiore determinatezza e una serie di requisiti che vincolano di molto il sindacato giudiziale. Tuttavia, si è verificato che anche nell'art. 323 c.p. restano ancora delle questioni controverse che consentono al giudice un ampio spazio di intervento e di discrezionalità, non solo con riferimento all'ampia nozione di violazione di norma di legge (e le conseguenti problematiche da essa scaturenti), ma soprattutto – come in questo lavoro si è tentato di sottolineare – in relazione al dolo intenzionale ed all'accertamento delle finalità perseguite dal soggetto attivo.

Pare, quindi, che sia nell'art. 323 c.p. (che in questa sede si è utilizzato come metro di misura) sia in altri casi che si sono solamente abbozzati (l'art. 328 c.p. o la concussione, con riferimento principalmente alla figura della cd. concussione ambientale) permangano alcuni elementi controversi che consentono tuttora un incisivo sindacato giudiziale.

A tale situazione è da aggiungere, poi, l'evidente insufficienza di un sistema che fatica ad arginare l'incessante aumento dell'illegalità nella pubblica amministrazione, come si è visto sin dall'inizio del lavoro anche dai dati riportati.

Alla luce di quanto dunque sinora evidenziato, molteplici sono le esigenze di riforma avanzate da più lati dalla dottrina.

reputa tale scelta insufficiente e manifesta un apprezzamento per quei disegni di legge che invece si erano espressi nel senso di regolare il sindacato del giudice (in particolare il d.d.l. Vassalli n. 1250 precludeva con apposita norma la valutazione da parte del giudice dei fini perseguiti dall'amministrazione qualora questi fossero stati sottoposti a controllo, con esito positivo, dagli organi a ciò preposti.

In primo luogo, vi è ancora chi⁵⁰⁴ sente la necessità di introdurre una norma espressa – nell’ambito di parte generale – che regoli i rapporti tra giudice penale e pubblica amministrazione in modo sistematico, nei confronti cioè di tutti i reati in cui tale profilo potrebbe acquistare rilievo. Si tratta di una proposta già sostenuta dalla dottrina più risalente⁵⁰⁵, che nei tempi più recenti è stata nuovamente avanzata. Tale orientamento propone, infatti, l’introduzione di una norma che regoli detti rapporti perché si tratterebbe di un ambito troppo importante ed esteso per non essere regolato, tra l’altro afferente alla libertà e alla certezza del cittadino.

Simile eventualità, tuttavia, non risulta percorribile, poiché si resta - circa una possibile futura riforma - della medesima convinzione manifestata in ordine alla passata riforma del 1990. Non sembra, infatti, possibile riuscire a regolare in modo unitario una problematica che assume peculiarità specifiche in relazione alle singole ipotesi in cui essa rileva⁵⁰⁶. In secondo luogo, come alcuni autori hanno correttamente osservato, già si è ricordato che l’art. 2 c.p.p. prevede in via generale il potere-dovere del giudice di accertare autonomamente ed incidentalmente tutto ciò che rileva ai fini di accertare la responsabilità penale, con esclusione di qualsiasi pregiudizialità amministrativa obbligatoria⁵⁰⁷.

Abbandonata pertanto la via di una regolamentazione – in pratica – dei poteri del giudice, si propende – ancora una volta – nel senso di effettuare singole modifiche legislative con riferimento a quei reati che più di altri presentano questioni irrisolte.

⁵⁰⁴ GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice*, cit., 303 e ss.

⁵⁰⁵ Si fa riferimento, cioè, alle già citate osservazioni effettuate da CONTENTO G., *Il sindacato del giudice penale*, cit., 109.

⁵⁰⁶ Sostiene tale impossibilità, poiché contrario ad una previsione di parte generale in materia di sindacato, PETRONE M., *Attività amministrativa e controllo penale*, cit., 26 e ss. A tale osservazioni, in realtà, Gambardella, sostenitore dell’introduzione di una norma generale sul tema, replica affermando che in realtà ben sarebbe possibile creare dei gruppi generali, unendo i vari casi a seconda della posizione che il provvedimento o l’attività amministrativa assume all’interno della norma. Così, GABARDELLA M., *Il controllo del giudice*, cit., 309.

⁵⁰⁷ Tale argomento è portato sempre da PETRONE M., *Attività amministrativa e controllo penale*, cit., 27. E, anche in questo caso, in senso contrario si esprime Gambardella, il quale esprime invece l’idea secondo cui (GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice*, cit., 309) tale richiamo all’art. 2 c.p.p. non sarebbe sufficiente, poiché non prende alcuna posizione circa il contenuto di tale potestà né sul suo concreto ambito applicativo. L’articolo, continua l’Autore, non riuscirebbe a risolvere le problematiche relative al problema.

Nonostante con riferimento all'abuso d'ufficio siano ancora molte le voci di insoddisfazione⁵⁰⁸ che si levano, in questa sede non pare invece che esso presenti particolari necessità di ulteriori riforme. Certamente si tratta di un delitto che di per sé risulta di difficile delimitazione, attesi i comportamenti che egli vuole sanzionare e la residualità del reato. Tuttavia, sembra anche che esso sia stato ritagliato nel miglior modo possibile, e che - anzi - oggi forse sia diventata addirittura troppo difficile una sua integrazione.

Si crede anche che i rischi di uno sconfinamento giudiziale sinora evidenziati in tema di art. 323 c.p. potrebbero essere ben arginati per il tramite di un'equilibrata applicazione giurisprudenziale della norma, la quale riporti la stessa nell'alveo di una lettura ancorata al dato testuale (e ciò viene detto sia in ordine all'eventuale rilevanza dell'eccesso di potere, sia in tema di indagine sulle finalità perseguite dall'agente, nel dolo intenzionale), senza abbisognare di nuovi interventi legislativi.

L'esigenza di riforma, allora, più che all'abuso d'ufficio andrebbe ricondotta ad altri delitti (che si sono già ricordati, come ad esempio quello di concussione), soprattutto tenendo in considerazione il dilagare della criminalità nella pubblica amministrazione.

In ogni caso, in via più generale, la revisione del sistema che si propone è quella che persegua una duplice strada: i due diversi disegni di legge (cd. Progetto Alfano e Finocchiaro) cui si è fatto riferimento all'inizio dell'elaborato raccolgono in sé – pare – le due linee guida che andrebbero perseguite in contemporanea: da un lato, quella di intervenire nel codice penale, ridisegnando alcune norme e soprattutto aumentando le risposte sanzionatorie; dall'altro canto, quella di predisporre nell'ambito dell'amministrazione stessa e al di fuori del sistema penale una semplificazione dell'eccessiva burocratizzazione e, al contempo, una maggiore regolamentazione volta a creare un'incisiva prevenzione. Plurime volte si è ripetuto che il principio democratico di separazione di poteri richiede, in verità, un equilibrio fra le varie espressioni del potere sovrano dello Stato.

⁵⁰⁸ Si fa riferimento, tra i vari a PARODI GIUSINO M., *Aspetti problematici*, cit., 919 e ss., che propone una rinnovazione del reato in oggetto tramite la formulazione di alcune linee guida.

Come è stato sapientemente osservato⁵⁰⁹, dunque, il potere giurisdizionale esiste “solo perché, appunto, è necessario, ed anzi inevitabile, che ci sia un ‘terzo’, chiamato ad apprezzare fatti, situazioni e comportamenti alla stregua di norme precostituite, e non già chiamato, invece, a creare altre norme, o a realizzare in concreto gli scopi dell’ordinamento. (...) A ciascuno il suo, dunque: e non dovrebbe ormai essere più oscuro per chicchesia che non si supplisce, né si produce utilità sociale, appropriandosi di ciò che non compete, sol perché altri non fa compiutamente il suo dovere, o fa male il suo mestiere. (...) Il fatto però che la magistratura debba perseguire – e debba farlo con la stessa energia e con la stessa equanime scrupolosità con la quale perseguendo gli autori di ogni altro tipo di reato – anche i pubblici ufficiali colpevoli di alcuno dei delitti che il nostro ordinamento espressamente contempla in questa materia, non significa però che essa – al di fuori di tale ambito – si debba ritenere investita di un potere surrogatorio nei riguardi dell’amministrazione, impersonalmente e complessivamente considerata, quasi che i poteri e le scelte dell’esecutivo, in via generale, debbano intendersi sempre sottordinati alla valutazione del potere giudiziario, da porre invece, al vertice della piramide statuale.”

Alla luce anche di tali osservazioni, si può riconoscere che l’eccessivo sindacato del giudice penale in materia amministrativa rappresenti il rovescio della medaglia e la reazione - seppur errata - ad una cattiva gestione interna alla pubblica amministrazione. Si vuole sottolineare, allora, che sarà possibile arginare l’intervento del giudice non soltanto tramite l’apporto - dal punto di vista penalistico - di un’imprescindibile tipicità alle fattispecie (come già è stato compiuto ad esempio nell’art. 323 c.p. o nell’art. 328 c.p.), ma anche mediante il contributo da parte della stessa amministrazione, teso a controllare e prevenire la commissione di illeciti – in una fase precedente.

Solo in questo modo, riuscendo ad evitare lo squilibrio di una costante intromissione giurisdizionale quale rimedio successivo ad un “distorto funzionamento” della fase precedente, quindi, sarà possibile avvicinarsi a quel sistema di equilibri di cui si manifesta l’esigenza.

⁵⁰⁹ CONTENTO G., *Giudice penale e pubblica amministrazione*, cit., 195 e ss.

Bibliografia.

- AAVV, *Il giudice ordinario ed il controllo di legittimità sugli atti della pubblica amministrazione*, in *Quaderni del CSM*, n. 1, 1987.
- ALBAMONTE A., *Dal "teorema" della disapplicazione degli atti amministrativi alla "novella" n. 234 del 1997. Il caso della concessione "illegittima"*, in *Riv. pen.*, 1998, 641.
- ALBAMONTE A., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione: problematiche interpretative e orientamenti della Corte di Cassazione*, in *Cass. pen.*, 1993, II, 1114.
- ALBAMONTE A., *Atti amministrativi illegittimi e fattispecie penale: poteri del giudice nella tutela penale del territorio*, in *Cass. pen.*, 1983, 1861.
- ALBAMONTE A., *La rilevanza penale dell'illegittimità della concessione edilizia alla luce della l. 28 febbraio 1985, n. 47*, in *Cass. pen.*, 1987, 2095.
- ALBAMONTE A., *Modifiche ai delitti contro la PA*, in *Cons. Stato*, 1990, 763.
- ALBAMONTE A., *Sindacato del giudice penale in materia di atti amministrativi*, in *Giust. pen.*, 1975, III, 213.
- ALBAMONTE A., *Sistema penale ed ambiente*, Padova, 1989, 371.
- ALBERTINI B., in *L'obiettivo su...l'abuso d'ufficio*, in *Indice pen.*, 1998, 42.
- ALCHOURRON C.E. – BULYGIN E., *Norma giuridica*, in *Analisi e diritto, Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1997.
- ALIBRANDI T., *A proposito di una discussa ipotesi di "abolitio criminis"*, in *Riv. pen.*, 1992, 47.

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

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

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

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

AMATO G., *La condotta illegittima del pubblico ufficiale non è sufficiente a far scattare il reato*, in *Guida al dir.*, 1999, fasc. 20, 80.

AMATO G., *Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'art. 25*, in *Giust. cost.*, 1966, 255.

AMATO G., *Tra intenzionalità e carattere patrimoniale si "riduce" il raggio d'azione della norma*, in *Guida al dir.*, 1998, fasc. 5, 70.

AMBROSETTI E.M., *Abolito criminis e modifica della fattispecie*, Padova, 2005.

AMBROSETTI E.M., *Brevi note in tema di configurabilità dell'abuso di ufficio nelle ipotesi di rilascio di concessione edilizia in difformità dello strumento urbanistico*, in *Riv. giur. urb.*, 1999, 339.

AMBROSETTI E.M., *Il t.u. sull'edilizia: profili di diritto penale*, in *Riv. amm. reg. Veneto*, 82.

AMENDOLA G., *Le ordinanze di urgenza nel nuovo decreto sui rifiuti: una parola chiara della Cassazione*, in *Foro it.*, 1999, II, 18.

ANTOLISEI F., *Colpa per inosservanza di leggi e responsabilità oggettiva*, in *Giust. pen.*, II, 1948, 1.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, I, XV ed., Milano, 2008.

- ARISTOTELE, *La Politica*, a cura di SARTORI F., Laterza, Bari, 2007.
- AZZALI G., *La tutela penale dell'ambiente*, Padova, 2001.
- BACHELET V., *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1987.
- BAJNO R., *La tutela penale del governo del territorio*, Milano, 1980.
- BALZELLONI P., *Immigrazione (reati in materia di)*, voce, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, 2004, Torino.
- BARONE G., *Discrezionalità (dir. amm.)* (voce), in *Enc. giur. it.*, XI, Roma, 1989.
- BARTOLI R., *La distinzione tra appropriazione e distrazione e le attuali esigenze di tutela patrimoniale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, II, 1137.
- BARTULLI A., *L'interesse privato in atto d'ufficio*, Milano, 1967, 267.
- BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1955, 17.
- BELFIORE E., *Concessione edilizia illegittima e reato di costruzione abusiva: una questione ancora irrisolta*, in *Foro it.*, 1996, II, 449.
- BENUSSI C., *Commento all'art. 328 c.p.*, in DOLCINI E. - MARINUCCI G. (a cura di), *Commentario*, II ed., Milano, 2006.
- BENUSSI C., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione, I, I delitti dei pubblici ufficiali*, Padova, 2001.
- BENUSSI C., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, Padova, 1998.
- BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1984.
- BERTOLINI L., *Reati urbanistici* (voce), in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XXVI, 1991.
- BETTIOL G., *In tema di interessi privati in atti d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 641.

- BOGNETTI G., *La divisione dei poteri*, Milano, 1990.
- BOIDO A., *Art. 650 (sub)*, in RONCO M. – ARDIZZONE S. – ROMANO B., *Codice penale commentato*, III ed., Torino, 2009.
- BONDI A. – DI MARTINO A. – FORNASARI G., *I reati contro la Pubblica Amministrazione*, II ed., Milano, 2008.
- BRESCIANO M. – PADALINO MORICHINI A., *I reati urbanistici*, Milano, 2000.
- BRICOLA F., *Il II e III comma dell'art. 25*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti civili (artt. 24-26)*, Bologna-Roma, 1981.
- BRICOLA F., *In tema di illegittimità costituzionale dell'art. 323*, in *Cass. pen.*, 1966, 985.
- BRICOLA F., *Interesse privato in atti d'ufficio*, in *Scritti di diritto penale*, II tomo, vol. I, Milano, 1997.
- BRICOLA F., *Interesse privato in atti di ufficio*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 84.
- BRICOLA F., *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Temi*, 1969, 563.
- BUONAURO C., *La disapplicazione degli atti amministrativi tra prassi e dottrina*, Napoli, 2004.
- CACCIAVILLANI I., *Il silenzio concludente e il diritto di omissione di atti d'ufficio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 1233.
- CADOPPI A. – VENEZIANI P., *Manuale di diritto penale. Parte generale e speciale*, Padova, 2007.
- CADOPPI A. – VENEZIANI P., *Omissione o rifiuto in atti d'ufficio*, in *Enc. giur. Treccani*, Aggiornamento, XXI, Roma, 1995.

CADOPPI A. – VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale, Parte speciale*, III ed., Padova, 2010.

CAGLI S., *Peculato e malversazione* (voce), in *Digesto pen.*, vol. IX, Torino, 1995.

CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1997.

CALLAIOLI A. – CERASE M., *Il testo unico delle disposizioni sull'immigrazione e delle norme sulla condizione dello straniero: una legge organica per la programmazione dei flussi, il contrasto alla criminalità e la lotta alla discriminazione*, in *Leg. pen.*, 1999, 277.

CAMAIONI S., *Abuso innominato d'ufficio, sindacato del giudice penale ed illiceità speciale*, in *Arch. Pen.*, 1983.

CAMAIONI S., *Il nuovo abuso d'ufficio: un'abrogazione mancata*, in AAVV, *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998.

CANNADA BARTOLI E., *La disapplicazione nel processo amministrativo, in Impugnazione e "disapplicazione" dei regolamenti (Atti del convegno di Roma, Palazzo Spada, 16 maggio 1997)*, Torino, 1998, 146.

CANNADA BARTOLI E., *Disapplicazione d'ufficio di norma regolamentare illegittima*, in *Giur. it.*, 1993, III, 653.

CANNADA BARTOLI E., *Giustizia amministrativa* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, VII, Torino, 1991.

CANNADA BARTOLI E., *Imparzialità e buon andamento negli scrutini per merito amministrativo*, in *Foro amm.*, 1964, II, 73.

CANNADA BARTOLI E., *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950.

CANNADA BARTOLI E., *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964.

CAPACCIOLI E., *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983.

- CAPUTO A., *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006.
- CARACCIOLI I. , *L'esercizio del diritto*, Milano, 1965.
- CARBONI G., *Norme penali in bianco e riserva di legge: a proposito della legittimità costituzionale del'art. 650 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 468.
- CARCANO D., *Armi ad aria compressa, lanciarazzi, "altri strumenti considerati armi comuni da sparo", e "giocattoli riproducenti armi" nella nuova legge 21 febbraio 1990, n. 36*, in *Cass. pen.*, 1991, 1148.
- CARINELLI, *Appunti sul concetto di distrazione nel delitto di peculato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 538.
- CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010.
- CARLASSARE L., *Regolamento (dir. cost.)*, cit., in *Enc. dir.*, XXXIX, 1988.
- CARNELUTTI F., *Il danno e il reato*, Milano, 1926.
- CARRARA, *Programma, parte speciale*, vol. V, Lucca, 1868.
- CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010.
- CASSESE S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2009.
- CASTALDO A., *Sindacato del giudice penale e sussistenza del reato di costruzione abusiva in presenza di concessione illegittima: critica*, in *Arch. pen.*, 1983, 125.
- CATENACCI M. – HEINE G., *La tensione tra diritto penale e diritto amministrativo nel sistema tedesco di tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 932.
- CATENACCI M., *La tutela penale dell'ambiente*, Padova, 1996.
- CAVALLO B., *I vizi classici di legittimità: l'incompetenza*, in SANTANIELLO G., *Trattato di diritto amministrativo, Atto e provvedimento amministrativo*,

vol. II, Padova, 1993.

CAVALLO PERIN R., *Violazione di legge (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, 1999.

CERQUA L.D., *Appropriazione e distrazione tra peculato ed abuso d'ufficio*, in *Giur. Merito*, 2006.

CERQUA L.D., in A.A.V.V., *L'obiettivo su...l'abuso d'ufficio*, in *Indice pen.*, 1998, 45.

CERRI A., *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. giur. treccani*, XXIII, Roma, 1990.

CHIAROTTI M. , *Sulla legittimità di un oratorio non autorizzato*, in *Arch. pen.*, II, 644.

CIANI G., *In tema di concussione ambientale*, in *Cass. pen.*, 1997, 3406.

CIANI G., *L'abuso d'ufficio: una fattispecie tormentata. Prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 1997, 45.

CICALA M., *Le trasformazioni urbanistiche ed edilizie*, Padova, 1983.

CINTIOLI F., *Disapplicazione (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, 269.

COCCO G., *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, CUEC, 1996,

COCCO G., *Osservazioni sull'elemento soggettivo del reato di abuso innominato*, in *Riv. giur. Sarda*, 1987, 175.

COGNETTI S., *Profili sostanziali della legalità amministrativa, indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993.

CONSO G. – GREVI V., *Compendio di procedura penale*, Padova, 2010.

CONTENTO G., *Altre soluzioni di previsioni normative della corruzione e*

concussione, in *Revisione e riformulazione delle norme in tema di corruzione e concussione*, Bari, 1995, 77.

CONTENTO G., *Giudice penale e pubblica amministrazione dopo la riforma*, in *Quaderni del CSM*, n. 59, 1992, 174.

CONTENTO G., *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, 1979.

CONTENTO G., *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi, con particolare riferimento agli atti discrezionali*, in *Quaderni del CSM*, n. 1, 1991, 13.

CONTENTO G., *Il sindacato del giudice penale sugli atti e sulle attività della pubblica amministrazione*, in AA.VV. (a cura di STILE), *Riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1987, 81.

CONTI L. (a cura di), *Il diritto penale dell'impresa*, Padova, 2001.

CONTIERI E., *Abuso innominato d'ufficio* (voce), in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958.

COPPI F. (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione, Studi in memoria di Angelo Raffaele Latagliata*, Torino, 1993.

CORAGGIO G., *Merito amministrativo* (voce), in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976.

CORLETTI D., *Opere abusive (Edilizia e urbanistica)*, voce, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995.

CORNETTA M., *I nuovi delitti di rifiuto ed omissione di atti di ufficio*, in *Riv. pen. econ.*, 1992, 379.

COTTA S., *Il pensiero politico di Montesquieu*, Roma, 1995.

CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1971.

CUPELLI C., *Abuso d'ufficio e tipologia delle fonti: sulla rilevanza penale della violazione di un "sistema di norme"*, in *Cass. pen.*, 2001, 1054.

CUPELLI C., *I delitti di peculato*, in FIORE C. (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004.

D'AVIRRO A., *L'abuso d'ufficio*, *La legge di riforma 16 luglio 1997 n. 234*, Milano, 1997.

D'AVIRRO A., *L'abuso d'ufficio*, Milano, 2009.

D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, *Legge 26 aprile 1990 n. 86, art. 13*, Milano, 1995.

DALIA A.A. – FERRAIOLI M. (a cura di), *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997.

DASSANO F., *Il delitto di rifiuto ed omissione in atti d'ufficio*, Torino, 1992, 130.

DASSANO F., *Il nuovo delitto di rifiuto e omissione di atti d'ufficio*, in AAVV (a cura di), *I delitti contro la Pubblica Amministrazione dopo la L. 86/90*, *Quaderni del CSM*, 1992, n. 59.

DE BELLIS M., *Abuso d'ufficio e concorso pubblico: la formulazione di un bando di concorso in modo tale da assicurare l'aggiudicazione di un posto ad un candidato non comporta necessariamente la commissione di reato*, in *Cass. pen.*, 2010, 3450.

DE BELLIS M., *L'abuso d'ufficio del pubblico ufficiale che esercita attività a favore di terzi senza autorizzazione dell'ente pubblico*, in *Cass. pen.*, 2007, 6, 2459.

DE BELLIS M., *Il principio di imparzialità nella condotta della pubblica amministrazione dettato dall'art. 97, comma 1, Cost. può avere efficacia precettiva ai fini del reato di abuso di uffici*, in *Cass. pen.*, 2009, 1025.

DE MARSICO A., *Colpa per inosservanza della legge o reato aberrante*, in *Annuali di dir. e proc. pen.*, 1940, 237.

DE MARSICO A., *Delitti contro il patrimonio*, Napoli, 1951.

DE MARSICO A., *Il danno patrimoniale nel peculato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*,

1964, 566.

DE VERO G., *Inosservanza di provvedimenti di polizia e manifestazioni sediziose e pericolose*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 79.

DELFINO F., *Osservazioni in tema di sindacato del giudice penale sull'eccesso di potere*, in *Foro it.*, 1962, II, 328.

DELITALA G., *Il "fatto" della teoria generale del reato*, Padova, 1930.

DELLA MONICA G., *L'ingiusto vantaggio patrimoniale*, in DALIA A.A. – FERRAIOLI M. (a cura di), *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997.

DELLA MONICA G., *La configurabilità del tentativo, del concorso dell'extraneus e del concorso di reati*, in DALIA A.A. – FERRAIOLI M. (a cura di), *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997.

DELLA MONICA G., *La non configurabilità dell'abuso d'ufficio per eccesso di potere*, in DALIA A.A. – FERRAIOLI M. (a cura di), *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997.

DELOGU T., *Il momento consumativo della truffa*, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1944, 68.

DELOGU T., *Le norme penali congiunte*, in *Annali*, 1936, 521.

DI GIOVINE O., *Concessione edilizia illegittima e abuso d'ufficio. Una questione aperta*, in *Foro it.*, 2000, II, 151.

DI MARTINO A., *Abuso d'ufficio*, in DI MARTINO A. – BONDI A. – FORNASARI G., *Reati contro la pubblica amministrazione*, II ed., Milano, 2008, 246.

DODARO G., *Ordinanze contingibili e urgenti in materia di rifiuti*, in *Riv. giur.*

amb., 2001, 800.

DOMENICHELLI V., *Potere giudiziale, potere amministrativo ed eccesso di potere. Ancora sul sindacato penale della discrezionalità amministrativa*, in *Riv. amm. Veneto*, 1996, 77.

EBNER G., *Dall'interesse privato all'abuso d'ufficio: una nuova disposizione per vecchie interpretazioni?* in *Cass. pen.*, 1993, II, 2516.

FANELLI A., *Il sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa*, in *Riv. amm.*, 1995, II, 833.

FANELLI A., *Sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa alla luce del disegno di legge sulla modifica dell'abuso d'ufficio*, in *Riv. amm.*, 1996, 827.

FANTINATO L., *Reati urbanistici* (voce), in RONCO M. – GAITO A. (a cura di), *Leggi penali complementari commentate*, II, Torino, 2009.

FANTUZZI F., *Abuso d'ufficio e dolo intenzionale* in *Cass. pen.*, 2004, 464.

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2009.

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, Parte speciale*, vol. I, Bologna, 2009.

FIANDACA G., *Considerazioni in tema di omissione di atti d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 606.

FIANDACA G., *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 889.

FIANDACA G., *Questioni di diritto transitorio in seguito alla riforma dei reati di interesse privato e abuso innominato d'ufficio*, in *Foro it.*, II, 1990.

FIANDACA G., *Rifiuto o omissione di atti d'ufficio: una riforma fallita?*, in *Foro it.*, 1991, V, 421.

FIERRO CENDERELLI F., *Il problema dell'errore sulla legge diversa dalla penale*

nel reato di abuso innominato d'ufficio, in *Arch. pen.*, 1972, II, 348.

IORE C. – IORE S., *Diritto penale, parte generale*, Torino, 2008.

IORE C., *La “concussione ambientale”, quale spazio normativo*, in AAVV (a cura di), *I delitti contro la P.A. Riflessioni sulla riforma*, Napoli, 1989.

FLICK G.M., *Il delitto di peculato*, Milano, 1971.

FORLENZA O., *Con il giudizio sulla legittimità dell'atto dimenticata la condotta del pubblico ufficiale*, in *Guida al dir.*, 1999, 10, 82.

FORLENZA O., *Necessario un check-up sulla giurisprudenza per la diversa configurazione del delitto*, in *Guida al dir.*, 1997, 29, 25.

FORNASARI G., *Sulla rilevanza penale delle costruzioni edilizie realizzate in base ad atti concessori illegittimi*, in *Foro it.*, 1986, 84.

FORSALI R.A., *Concorso di norme e concorso di reati*, Città di Castello, 1937.

FORTE G., *Concussione*, in CADOPPI A.-CANESTRARI S.-MANNA A.-PAPA M., *Trattato di diritto penale, I delitti contro la pubblica amministrazione*, Torino 2008.

FORTI G., *L'insostenibile pesantezza della “tangente ambientale: inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione – concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 476.

FRANCHINI C., *Giudice penale e sindacato dell'attività amministrativa (teoria e prassi nell'esperienza di un recente caso in materia di opere ferroviarie)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 3, 682.

FRANCHINI F., *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 337.

FURIN N., *I reati dei pubblici amministratori*, Piacenza, 2007.

GALIANI T., *Il sindacato del giudice penale sugli atti del pubblico ufficiale in riferimento al reato di abuso innominato d'ufficio*, in *Arch. pen.*, 1962, II, 443.

GALIANI T., *Sindacato giudiziario sugli atti amministrativi e norme penali*, in *Arch. pen.*, 1968, I, 301.

GALLENCA G., *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale nel sistema della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1990.

GALLO M., *Colpa penale*, in *Enc. dir.*, 1960, 642.

GALLO M., *Delitto di peculato e illecito amministrativo*, in *Arch. pen.*, 1966, 402.

GAMBARDELLA M., *Abuso d'ufficio e concessione illegittima: il problema delle norme di legge a precetto generico o incompleto*, in *Cass. pen.*, 2000, 186.

GAMBARDELLA M., *Considerazioni sulla "violazione di norme di legge" nel nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 1998, 2336.

GAMBARDELLA M., *Disapplicazione degli atti amministrativi (dir. pen.)*, voce, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 2004.

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

GAMBARDELLA M., *Legittimità e merito dell'atto amministrativo nell'abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 1994, 1378.

GAMBARDELLA M., *Lottizzazione abusiva e disapplicazione dell'autorizzazione amministrativa*, in *Cass. pen.*, 2002, 2017.

GAMBARDELLA M., *Sul requisito dell'ingiustizia del vantaggio o del danno nel delitto di abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 1997, 2693.

GASPARRI P., *Competenza in materia amministrativa*, in *Enc. dir.*, 1961.

GHIRELLI A., *Storia di Napoli*, Torino, 1973, 155.

GIANNINI M.S. - PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, 1970, 255.

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, I, Milano, III ed., 1993.

GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939.

GIARDA A., *Art. 2*, in GIARDA A – SPANGHLER G. (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2004.

GIUNTA F., *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1097.

GOYARD C., *La compétence des tribunaux judiciaires*, Editions Montchrestien, Paris, 1962.

GRISPIGNI F., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Roma, 1953.

GROSSO C.F., *Condotte ed eventi nel delitto di abuso d'ufficio*, in *Foro it.*, 1999, V, 334.

GROSSO C.F., *Dolo*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989.

GROSSO C.F., *L'abuso d'ufficio*, in AAVV, *I delitti contro la PA dopo la L. 86/90*, in *Quaderni del CSM*, n. 59, 1992.

GROSSO C.F., *L'abuso innominato d'ufficio*, in BRICOLA F. - ZAGREBLESKY G. (a cura di), *Codice Penale commentato*, Torino, 1984.

GROSSO C.F., *L'iniziativa Di Pietro su tangentopoli. Il progetto anticorruzione tra utopia punitiva e suggestione premiale*, in *Cass. pen.*, 1994, 2341.

GROSSO C.F., *Lineamenti dell'interesse privato in atti d'ufficio*, Milano, 1966.

GUARINO G., *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, 357.

- GUASTINI R., *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 1995.
- GUASTINI R., *Ordinamento giuridico* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, X, Padova, 1995.
- GUGLIELMINI C., *Il capoverso dell'art. 323 c.p., come novellato dall'art. 13 Legge 26 aprile 1990, n. 86 – Reato autonomo o reato circostanziato?*, in *Giust. pen.*, II, 1993, 76.
- HAYO A.A., *La motivazione dell'ordine di allontanamento del questore*, in *Cass. pen.*, 2007, 247.
- IADECOLA G., *In tema di continuità di fattispecie tra peculato per distrazione ed abuso d'ufficio a fini patrimoniali*, in *Giust. pen.*, 1991, II, 121.
- IADECOLA G., *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1992.
- INFANTE E., *Disciplina intertemporale delle fattispecie di abuso d'ufficio*, in *Indice pen.*, 1998, 847.
- INFANTINI F., *Abuso innominato d'ufficio*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, I.
- INFANTINI F., *L'abuso delle qualità e delle funzioni di pubblico ufficiale in diritto penale*, Milano, 1974.
- JÄGER P.G., *L'interesse sociale*, Milano, 1974.
- JUSO R., *Lineamenti di giustizia amministrativa*, Milano, 2008.
- LA GRECA G., *La nuova figura di abuso d'ufficio: questioni applicative*, in *Foro it.*, 1998, 382.
- LATTANZI G. – LUPO E., *Art. 323, Abuso d'ufficio*, in *Codice penale*, vol. 7.2, Milano, 2010.
- LAUDI M., *L'abuso d'ufficio: luci ed ombre di un'attesa riforma*, I, *Profili sostanziali*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, 1049.

- LAZZARA P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001;
- LAZZARA P., *Discrezionalità e merito (voce)*, in PATTI S. (a cura di), *Il Diritto-Enciclopedia Giuridica*, vol. V, Milano, 2007.
- LEONE G., *Il reato aberrante*, Napoli, 1964.
- LEONE G., *Sulla distinzione tra usurpazione di funzioni pubbliche ed abuso innominato in atti d'ufficio*, in *Annali*, 1934, 1040.
- LEONI M., *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, Padova, 1998.
- LEVI N., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in FLORIAN E. (a cura di), *Trattato di diritto penale*, 1935.
- LICCI G., *Art. 323 (sub)*, in RONCO M. – ARDIZZONE S. – ROMANO B. (a cura di), *Codice penale commentato*, III ed., Torino, 2009.
- LOAKE J., *Due trattati sul governo*, a cura di PAREYSON L., Torino, 2010.
- LONGOBARDI C., *La disciplina delle espulsioni dei cittadini extracomunitari: presidi penali e amministrativi al fenomeno dell'immigrazione*, in *Dei delitti e delle pene*, 3, 1999, 219.
- LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2007.
- LUCIBELLO P.M., *I delitti di peculato*, in AAVV, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Padova, 1999.
- LUCIBELLO P.M., *Il giudice penale e la pubblica amministrazione*, Rimini, 1994.
- MACRILLO' A., *Il dolo*, in DALIA A.A. – FERRAIOLI M. (a cura di), *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997.
- MAGGIORE G., *Diritto penale, parte speciale*, II, Bologna, 1948.
- MANES V., *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro it.*,

1998, 390.

MANES V., *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, cit., 393.

MANES V., *La concussione "ambientale" da fenomenologia a fattispecie extra legem*, in *Foro it.*, 1999, I, 644.

MANNA A., *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, 44.

MANNA A., *Art. 328- Rifiuto di atti d'ufficio. Omissione*, in PADOVANI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali*, Torino, 1996, 344.

MANNA A., *La riforma del delitto di omissione di atti d'ufficio, alla ricerca della "offensività perduta"?*, in COPPI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993.

MANNORI L. – SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma – Bari, 2004.

MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966.

MANTOVANI F., *Diritto penale, delitti contro il patrimonio*, Padova, 2009.

MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2009.

MANTOVANI F., *Esercizio di un diritto*, in *Enc. Dir.*, XV, 1966, 627.

MANZINI V., *Trattato di diritto penale*, V, Torino, 1948.

MANZIONE D., *Le forme di manifestazione della condotta*, in DALIA A.A. – FERRAIOLI M. (a cura di), *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997.

MANZIONE D., *Abuso d'ufficio*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, Torino, 2000.

MARINI G., *Urbanistica (Reati in materia di)*, voce, in *Dig. disc. pen.*, XV, Torino, 1999.

- MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Milano, 2001.
- MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2009.
- MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965.
- MASCARO D. – MARAZZA S., *La concussione ambientale tra vuoto legislativo e prassi giurisprudenziale*, in *Giur. merito*, 1998, 92.
- MASULLO M.N., *L'abuso d'ufficio nell'ultima giurisprudenza di legittimità, tra esigenze repressive e determinatezza della fattispecie: "la violazione di norme di legge*, in *Cass. pen.*, 1999, 1762.
- MATTARELLA G., *Discrezionalità amministrativa (voce)*, in CASSESE S. (a cura di), in *Diz. dir. pubbl.*, III, Milano, 2006, 1993.
- MAUGERI A.M., *Peculato per appropriazione e condotte distrattive*, in *Indice pen.*, Padova, 1993, 699.
- MAZZAROLLI L., *Attività amministrativa e giustizia penale*, in *Dir. e soc.*, 1978, 663.
- MAZZAROLLI L., *Diritto amministrativo, Parte speciale e giustizia amministrativa, II*, Bologna, 2005.
- MENDOZA R., *Le sezioni unite affermano la rilevanza penale della concessione edilizia emessa in difformità della normativa urbanistica e dalle previsioni di piano*, in *Cass. pen.*, 1994, 901.
- MENDOZA R., *Le sezioni unite affermano la rilevanza penale della concessione edilizia emessa in difformità della normativa urbanistica e dalle previsioni di piano*, in *Cass. pen.*, 1994, 901.
- MENEGHELLI R., *La funzione del giudice e il principio della divisione dei poteri*, in *Giur. cost.*, 1994, 3223.

- MICHELI P., *Giudice penale e concessione edilizia illegittima*, in *Cass. pen.*, 1997, 3143.
- MIGLIORINI L., *Disapplicazione e inapplicabilità*, in *Impugnazione e "disapplicazione" dei regolamenti*, Torino, 1998.
- MILONE M., *Il mancato intervento delle sezioni unite penali della cassazione sul grave problema, ancora aperto, della sindacabilità dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario*, in *Riv. giur. ed.* 1995, 985.
- MILONE M., *Sulla sindacabilità dell'atto amministrativo*, cit., 411.
- MISIANI A., *Il sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa*, in *Riv. pen. amm. rep. it.*, 1995, 187.
- MOCCIA S., *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 348.
- MODUGNO F., *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1976.
- MONTESQUIEU C.S., *Lo spirito delle leggi*, a cura di COTTA S., Torino, 1995.
- MORBIDELLI G., *Il contributo dell'amministrazione alla riforma (e all'interpretazione) del reato di abuso d'ufficio*, in AAVV, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Milano, 2000.
- MORBIDELLI G., *Impugnazione e "disapplicazione" dei regolamenti*, Torino, 1998.
- MORBIDELLI G., *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 663.
- MORTATI C., *Discrezionalità (voce)*, in *Nss. dig. it.*, V, Torino, 1960.
- MUSCO E., *Le attuali proposte individuate in tema di corruzione e concussione*, in AAVV, *Revisione e riformulazione delle norme in tema di corruzione e concussione*, Bari, 1995.

NANNUCCI U., *Rifiuto o omissione di atti d'ufficio: è scomparso un delitto o un principio costituzionale?*, in *Foro it.*, 1991, V, 417.

NATALINI A., *Intenzionalità del dolo ex art. 323 c.p. e pretesa esclusività della finalità tipica: l'avvallo della Cassazione ad una discutibile assimilazione ermeneutica*, in *Cass. pen.*, 2004, 3204.

NATALINI A., *Scommesse online: è ancora disapplicazione della legge penale*, in *Merito*, 2007, n. 6, 58.

NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Torino, 1994.

NOVARESE F., *La concessione in sanatoria. Profili penalistici*, in *Riv. giur. edil.*, 1992, II, 18.

NUVOLONE P., *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1953.

NUVOLONE P., *L'infedeltà patrimoniale*, Milano, 1941.

OBERDAN F., *Il patrimonio della pubblica amministrazione tra i beni giuridici tutelati dalla norma*, in *Guida al dir.*, 1997, fasc. 39, 81.

OTTAVIANO V., *Merito (diritto amministrativo) (voce)*, in *Nss. dig. it.*, Torino, 1963.

PABUSA A., *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1994.

PABUSA A., *Note sulle tendenze dell'eccesso di potere alla luce della L. 7 agosto 1990, n. 241*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, II, Milano, 1993, 1099.

PADOVANI T., *Commento alla L. 26 aprile 1990, n. 86*, in *Corr. giur.*, 1990, 540.

PADOVANI T., *Commento alla modifica dell'art. 323 c.p.*, in *Leg. pen.*, 1997, 744.

PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 2008.

PADOVANI T., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1996.

PADOVANI T., *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti fra corruzione e concussione ed esigenze "improcrastinabili" di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1313.

PADOVANI T., L. 16-7-1997 n. 234 – *Modifica dell'art. 323 del codice penale, in materia di abuso di ufficio, e degli articoli 289, 416, 555 del codice di procedura penale*, in *Leg. pen.*, 1997, 742.

PADOVANI T., *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, 78.

PADOVANI T., *La riforma dell'abuso innominato e l'interesse privato in atti d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 1060.

PADOVANI T., *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, 673.

PAGLIANI G., *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel giudizio penale*, in *Giur. merito*, 1998, 1103.

PAGLIARO A – PARODI GIUSINO M., *Principi di diritto penale, Parte speciale, I, Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 2008.

PAGLIARO A., *Commento all'art. 1 della legge 86/90*, in *Leg. pen.*, 1990, 266.

PAGLIARO A., *Contributo al dibattito sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 1405.

PAGLIARO A., *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957, 139.

PAGLIARO A., *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere ed abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 106.

PAGLIARO A., *La legge penale tra irretroattività e retroattività*, in *Giust. pen.*, II,

1991, c. 1.

PAGLIARO A., *Nuovi spunti sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, 502.

PAGLIARO A., *Studi sul peculato*, Palermo, 1964.

PAGLIARO A., *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, 1395.

PAGLIARO A., *Per una riforma delle norme sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 534.

PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 2000.

PALAZZO F.C., *Ai confini tra peculato e abuso d'ufficio*, in STILE A. (a cura di), *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1987.

PALAZZO F.C., *Il concetto di distrazione nel delitto di peculato*, Milano, 1972.

PALAZZO F.C., *La riforma dei delitti dei Pubblici Ufficiali: un primo sguardo di insieme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 823.

PALAZZO F.C., *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 815.

PALLOTTA L., *La necessaria rilevanza della disciplina extrapenale nell'omissione di atti d'ufficio per una lettura costituzionalmente orientata del delitto*, in *Cass. pen.*, 2010, 4206.

PANNAIN R., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1966.

PANZAVOLTA M., *Diritto e processo nel nuovo reato di ingiustificato trattenimento del clandestino*, in *Giur. merito*, 2003, 2242.

PARODI GIUSINO M., *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, in *Riv.*

trim. dir. pen. econ., 879.

PATALANO V., *Difficile censurare le scelte del legislatore sulla base di improbabili casi limite*, in *Guida al dir.*, 1997, 77.

PATALANO V., *La sindacabilità dell'atto amministrativo e la configurazione del reato di abuso innominato di ufficio*, in *Foro pen.*, 1966, 61.

PATRONO P., *Diritto penale dell'impresa e diritti umani fondamentali*, Padova, 1993.

PATRONO P., *I reati in materia di ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, 676.

PEDRAZZI C., *Sui limiti dell'“appropriazione”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1435.

PERDONO', *Rifiuto di atti d'ufficio. Omissione*, in MANNA A. (a cura di), *Materiali sulla riforma dei reati contro la Pubblica Amministrazione. La tutela dei beni collettivi: i delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, Padova, 2007.

PETRONE M., *Attività amministrativa e controllo penale*, Milano, 2000.

PETRONE M., *Dalle prospettive di riforma dei delitti contro le PA alla L. 86/1990*, in *Quaderni del CSM*, 1992, n. 59, 15.

PETRONE M., *La disapplicazione dell'atto amministrativo: aspetti penali*, in *Quaderni del CSM*, 1987, n.1, 61.

PETRONE M., *La tutela penale degli ordini amministrativi*, Milano, 1980.

PETRONE M., *Segreti (contravvenzioni concernenti la tutela preventiva dei)*, in *Nss. dig. it.*, XVI, Torino, 1976.

PICOTTI L., *Continua il dibattito sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, 350.

PICOTTI L., *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, 286.

- PICOTTI L., *Il dolo specifico*, Milano, 1993.
- PIRAS A., *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964.
- PISA P., *Abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza commentata di diritto penale*, vol. II, *Delitti contro la pubblica amministrazione e la giustizia*, Padova, 1994.
- PITTARO P., *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, in AAVV, *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998.
- PIZZORUSSO A., *Fonti (sistema costituzionale delle)*, voce, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino, 1991.
- PLATONE, *Repubblica*, a cura di LAURENTI R., Bari, 2007.
- POLIBIO, *Storie*, a cura di MUSTI D, Milano, 2006.
- POTETTI D., *La legittimità amministrativa dei provvedimenti del prefetto e del questore nel reato di cui all'art. 14, comma 5-ter del t.u. n. 286 del 1998*, in *Cass. pen.*, 2009, 3, 1208.
- PROSDOCIMI S., *Peculato per distrazione e rischio di impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 855.
- PULITANO' D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976.
- PULITANO' D., *La formulazione delle fattispecie di reato: oggetti e tecniche*, in AAVV, *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano, 1987.
- PUTINATI S., *Omissione. Rifiuto di atti d'ufficio*, in *Digesto disc. pen.*, VIII, Torino, 1994.
- QUARANTA, *Atto amministrativo e poteri del giudice penale*, in *Riv. pen. econ.*, 1993, 199.
- RAMPIONI R., *L'abuso d'ufficio*, in COPPI F. (a cura di), *Reati contro la pubblica*

amministrazione, Torino, 1993.

RENZETTI C., *Osservazioni a Corte di Cass., sez. II, n. 2754, 11 dicembre 2009*, in *Cass. pen.*, 2010, 10, 3402.

REZZONICO S., *I reati edilizi*, ne *Il sole 24 ore*, 2000, 209.

RICCIOTTI R. – M.M., *Espulsione degli stranieri* (voce), in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, Torino, 2000.

RISICATO L., *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004.

RIZ R., *L'abuso d'ufficio nella pianificazione urbanistica*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, I, Milano, 2000, 875.

ROCCO A., *Sul così detto diritto penale amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, 418.

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004.

ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2002.

ROMANO M., *I delitti di rifiuto ed omissione di atti di ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 17.

ROMANO M., *Repressione della condotta antisindacale. Profili penali*, Milano, 1974.

RUSSO D., *Disapplicazione del provvedimento amministrativo nel processo penale*, in *24h avvocato*, 2008, n. 10, 81.

RUSSO M., *La violazione di legge e di regolamento*, in DALIA A.A. – FERRAIOLI M. (a cura di), *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997.

- RUSSO V., *Rifiuto e omissione di atti di ufficio*, in CADOPPI A.-CANESTRARI R.-MANNA A.-PAPA M., *Trattato di diritto penale*, Milano, 2008.
- SALA G., *L'eccesso di potere amministrativo nella L. n. 240/90: un'ipotesi di ridefinizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 171.
- SALCUNI G., *Quando l'autore incute paura. Riflessioni sull'aggravante dell'uso dell'arma nel delitto di rapina impropria: "basta il pensiero?"*, in *Giur. merito*, 2005, 2412.
- SANDULLI A.M., *Fonti di diritto*, in *Nss. Dig. It.*, VII, 1961, 525.
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989.
- SANTANIELLO G., *Trattato di diritto amministrativo, Atto e provvedimento amministrativo*, vol. II, Padova, 1993.
- SANTORIELLO C., *Concessione edilizia in violazione del piano regolatore e abuso d'ufficio*, in *Giur. it.*, 2000, 1102.
- SANTORO, *Abuso innominato d'ufficio, usurpazione di funzioni ed interesse privato in atti d'ufficio*, in *Scuola pos.*, 1970, 98.
- SCARLATO M., *La tutela penale della Pubblica Amministrazione tra diritto positivo e prospettive di riforma*, in *Arch. Pen.*, 1995, 101.
- SCARPETTA G., *Il danno ingiusto*, in DALIA A.A. – FERRAIOLI M. (a cura di), *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997.
- SCORDAMAGLIA V., *Il peculato per distrazione*, Milano, 1966.
- SCORDAMAGLIA V., *L'abuso d'ufficio*, in COPPI F.(a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993.
- SCORDAMAGLIA V., *Peculato* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982.

SEGRETO A. – DE LUCA G., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999.

SEMINARA S., *Abuso d'ufficio*, in PADOVANI T. (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1997.

SEMINARA S., *Il delitto di abuso d'ufficio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 579.

SEMINARA S., *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, in *Studium Juris*, 1997, 1253.

SEMINARA S., *L'omissione di atti d'ufficio nella riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in STILE A.M. (a cura di), *La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1987.

SEMINARA S., *Art. 323 (sub)*, in CRESPI A. – FORTI G. – ZUCCALA' G. (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2008.

SEVERINO DI BENEDETTO P., *Il criterio di distinzione tra distrazione e appropriazione nel peculato*, in *Cass. pen.*, 1976, 709.

SEVERINO DI BENEDETTO P., *Pubblica Amministrazione (delitti contro la)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991.

SILVESTRI G., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, 59.

SILVESTRI G., *Poteri dello stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 670.

SINISCALCO M., *La nuova disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali*, in *Leg. pen.*, 1990, 263.

SIRANI A., *Dolo specifico e deficit di tassatività*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1138.

SPENA A., *Art. 328 (sub)*, in RONCO M. – ARDIZZONE S. – ROMANO B. (a cura di), *Codice penale commentato*, III ed., Torino, 2009.

STILE A.M., *L'omissione di atti d'ufficio nella riforma dei delitti contro la pubblica*

amministrazione, Napoli, 1987.

STILE A.M., voce *Amministrazione pubblica (delitti contro la)*, in *Dig. pen.*, vol. I, Torino, 1987.

STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1978, 227.

STRANO LIGATO S., *I reati in materia urbanistica*, in CONTI L. (a cura di), *Il diritto penale dell'impresa*, Padova, 2001.

TAGLIARINI, F. *Il concetto di p.a. nel codice penale*, Milano, 1973.

TANDA P., *Abuso d'ufficio: eccesso di potere e violazione di norme di legge e regolamento*, in *Cass. pen.*, 1999, 2214.

TANDA P., *Abuso d'ufficio: eccesso di potere e violazione di norma di legge o di regolamento*, in *Cass. pen.*, 1999, 2133.

TANDA P., *Attività amministrativa e sindacato del giudice penale*, Torino, 1999.

TANDA P., *Giudice penale e disapplicazione*, in *Cass. pen.*, 1998, 2955.

TANDA P., *Il potere di disapplicazione del giudice penale: in particolare l'ipotesi di concessione edilizia illegittima*, in *Riv. giur. ed.*, 1990, II, 20.

TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.

TARELLO G., *Per una interpretazione sistematica de "L'esprit des lois"*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, I, 1971, Bologna.

TELLONE G., *La violazione delle norme sulla competenza*, in DALIA A.A. – FERRAIOLI M. (a cura di), *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997.

TERUSSI F., *Questioni incidentali* (voce), in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995, 596.

TESAURO A., *La riforma dell'art. 323 c.p. al collaudo della Cassazione*, in *Foro it.*, 1998, 261.

- TESAURO A., *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, Torino, 2002.
- TOVANI S., in DEGL'INNOCENTI L. (a cura di), *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2008.
- TRICOMI I., *Possibile la contestazione del reato se c'è un ingiusto vantaggio patrimoniale*, in *Guida al dir.*, 2001, fasc. 34, 69.
- TSEVAS D., *Le controle de légalité*, L.G.D.J., Paris, 1995.
- VENDITTI R., *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 28.
- VENDITTI R., *Questioni sulla sindacabilità degli atti amministrativi da parte del giudice penale*, in *Riv. it.*, 1964, 1137.
- VERGINE A.L., *Ambiente nel diritto penale (Tutela dell')*, voce, in *Dig. disc. pen.*, IX, Appendice, Torino, 1995.
- VERRIENTI L., *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione*, (voce), in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1991.
- VIGNALE L., *Concessione illegittima e contravvenzioni urbanistiche: un cerchio sempre più difficile da quadrare*, in *Cass. pen.*, 1987, 1711.
- VILLATA R., *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1980.
- VILLATA R., *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 176.
- VINCIGUERRA S., *"Distrazione" e peculato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 1032.
- VINCIGUERRA S., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008.
- VINCIGUERRA S., *Sul concetto di distrazione nel delitto di peculato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 983.

VIPIANA P.M., *Il dibattito giurisprudenziale sulla disapplicazione delle concessioni edilizie*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1998, 12, 1545.

VIPIANA P.M., *Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo*, Padova, 1997.

VIRGA P., *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi*, vol. II, Milano, 1989.

ZAGREBLESKY G., *L'iniziativa Di Pietro su tangentopoli: non tutto ciò che è lecito è anche opportuno*, in *Cass. pen.*, 1994, 2337.

ZAGREBLESKY G., *Manuale di diritto costituzionale, I, Il sistema delle fonti*, Torino, 1987.

ZANOTTI R., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione: inefficienze attuali e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2004, 1819.

ZUCCA E., *Oltre le sezioni unite 12 novembre 1993 (Borgia). Incertezze e coerenza della cassazione*, in *Riv. giur. edil.*, 1995, 954.

Abstract

L'elaborato si occupa del sindacato del giudice penale in materia amministrativa, con particolare riferimento ai delitti contro la pubblica amministrazione.

L'analisi si sviluppa, innanzi tutto, differenziando il tema rispetto al diverso e ben più ristretto argomento della disapplicazione del provvedimento amministrativo. Si pone in rilievo infatti come, al contrario che in passato, la prospettiva del giudice penale più che consistere nella disapplicazione debba limitarsi all'accertamento degli elementi del reato.

Dopo alcune considerazioni generali, e una disamina delle riforme legislative succedutesi in materia, con particolare riferimento alle figure di reato che presentano maggiori spunti critici in tema di sindacato del giudice penale, lo studio si sofferma principalmente sul delitto di abuso d'ufficio.

È su tale reato, infatti, che si intende verificare, in particolare, la permanenza – o meno – di un ampio sindacato del giudice anche a seguito della novella del 1997. Gli elementi più problematici su cui si incentra l'attenzione, così, sono la violazione di legge o regolamento, l'ingiustizia dell'evento e il dolo intenzionale.

The dissertation is on the syndacate of the penal judge as regards administrative field, taking in particular consideration the crimes against Public Government. The study is done distinguishing the subject from the different and more specific topic of the dis-enforcement of administative acts. The research underlines as, differently from the past, these days the perspective of the penal judge may rarely consist in diseinforcement since he must restrict himself merely to the investigation of the elements of the crime.

After some general considerations and an examination of the legislative reforms, regarding this subject, which have been made with specific reference to the syndacate of the penal judge, the report focuses mainly on the crime of abuse

of authority.

About this specific crime, it has been necessary to verify here whether a wide syndacate of the judge is still existing, considering also the reform of 1997. Consequently the research study pays particular attention to the problematic aspects of the offence of laws or regulations, the injustice of the event and the intention.