

## QUESITI

---

**SILVIA MASSI**

### **Parametri formali e “violazione di legge” nell’abuso d’ufficio**

L’abuso d’ufficio ha subito frequentemente un’estensione applicativa dell’elemento della “violazione di norma di legge”, a seguito del venir meno di una verifica dei suoi parametri formali. La giurisprudenza ha fatto al riguardo ricorso all’idea fuorviante di un generico contrasto con gli scopi della norma e dell’atto amministrativo, con il rischio di sottrarre alla legge la definizione della tipicità penale.

*The abuse of office has frequently undergone an extended application of the element of "violation of law or regulation", following the failure of a verification of its formal parameters. In this regard, the jurisprudence has resorted to the misleading idea of a generic contrast with the aims of the law and the administrative act, with the risk of removing the definition of the penal type from the law.*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. - 2. Il rilievo del ‘soggettivo’ nella definizione della legittimità oggettiva della condotta. Il sindacato del giudice penale. - 3. La violazione di legge (e di regolamento) nell’abuso d’ufficio quale parametro oggettivo di definizione della condotta tipica. - 4. Il problema del rilievo specifico dell’art. 97 Cost. - 5. Verso una corretta interpretazione dell’abuso d’ufficio. - 6. Un’interessante applicazione giurisprudenziale. - 7. Prime conclusioni. L’impostazione delle Sezioni unite del 2011 nel quadro della giurisprudenza precedente e successiva. - 8. Considerazioni conclusive. - 9. Segue. La ‘violazione di legge’ quale elemento discrezionale di fattispecie? Esclusione. Riflessioni sistematiche.

#### **1. Premessa.**

Tra i temi controversi che la dottrina e la giurisprudenza impongono, allo stato, di riconsiderare nel campo dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione si colloca senz’altro il fondamentale quesito dei limiti in cui la concreta applicazione della norma penale si sottragga a una (possibile) non ortodossa ingerenza del giudice penale nell’attività amministrativa. Si tratta - è risaputo- di evitare uno squilibrio tra poteri che dovrebbero in via di principio considerarsi separati; ma al di là dei più elevati profili istituzionali, non si può in ogni caso ignorare la squisita natura tecnico-interpretativa del quesito medesimo sul piano non solo teorico, ma anche pratico, per la verifica del significato concreto che esprima la concreta applicazione della fattispecie incriminatrice, fondata sull’illegittimità dell’atto amministrativo.

Il problema è particolarmente vivo (e quanto mai evidente) nella fattispecie di abuso d’ufficio che da sempre, almeno “di fatto”, costituisce la ‘via privilegiata di accesso’ al sindacato del magistrato penale sull’azione amministrativa sino alle pure valutazioni di merito<sup>1</sup>. Nonostante la figura criminosa sia stata riform-

---

<sup>1</sup> Sull’abuso di ufficio dopo la riforma del 1997, con riferimento al profilo della verifica del presupposto della “violazione della norma di legge o di regolamento”, si considerino i contributi di GAMBARDELLA,

mata a più riprese nel tentativo di arginare improprie incursioni<sup>2</sup>, continuano a generarsi ipotesi di un miglioramento della sua formulazione anche per l'esigenza di fronteggiare il fenomeno della c.d. "amministrazione difensiva". Per quanto possa apparire infondata l'eventualità del di una condanna nel concreto e specifico comportamento del pubblico amministratore, il "difensivismo" del pubblico agente appare crescente per il temuto rischio di subire un procedimento penale appunto a titolo di abuso d'ufficio, promosso da una fattispecie che molti continuano a considerare di applicazione incontrollabile perché eccessivamente generica. Tanto da riproporsi persino l'ipotesi di una drastica eliminazione della stessa figura delittuosa o almeno l'altra di una sua radicale rifondazione<sup>3</sup>. Collegandosi alla questione di fondo della relazione intercorrente tra illiceità penale e discrezionalità amministrativa, l'oggetto particolare del presente contributo si concentra sull'efficacia tipicizzante dell'elemento della 'violazione di legge' (o di regolamento), una delle novità più significative della riforma dell'abuso concepita nel 1997.

---

*Considerazioni sulla "violazione di norme di legge" nel nuovo delitto di abuso d'ufficio (art. 323), in Cass.pen., 1998, 2335; MANNA, Abuso d'ufficio e conflitto d'interesse nel sistema penale, Torino, 2004; ID., Luci ed ombre della nuova fattispecie d'abuso d'ufficio, in Ind.pen., 1998, 13; PARODI GIUSINO, Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa, in Riv.trim.dir.pen.ec., 2009, 4, 879 ss.; PAGLIARO, L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio, in Dir. pen. proc., 1997, 1394; ROMANO, I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali, Milano, 2013, 296 ss. Sulla fattispecie nella formulazione precedente alla riforma, tra i molti autorevoli contributi, cfr., in particolare, PADOVANI, L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1989, 21; PISA, Abuso d'ufficio, in Enc.giur.Treccani, vol. 1, 1995.*

<sup>2</sup> Il fenomeno della forte ingerenza della giurisprudenza penale nelle scelte di merito della pubblica amministrazione si è particolarmente accentuato a partire dai primi anni Novanta, epoca meglio nota come quella della 'tangentopoli' italiana, periodo in cui la magistratura penale ha iniziato ad esercitare un controllo più incisivo di diversi settori della pubblica amministrazione. Sul problema, cfr., PADOVANI, *Il problema tangentopoli tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1996, 461; PAGLIARO, *La lotta contro la corruzione e l'esperienza italiana "mani pulite"*, in Riv.trim.dir.pen.ec., 1997, 1109. Più di recente, VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, 2009, 51; MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio*, Napoli, 2012, 22 ss.

<sup>3</sup> Sul tema, cfr., CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione, riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, in particolare con riferimento ai contributi di PERONGINI, *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio*, 13 ss.; e STORTONI, in *op.cit.*, 117 ss., che giunge a proporre una eliminazione della fattispecie. Molte sono comunque le voci che auspicano una riforma della fattispecie. Lo stesso Presidente dell'Anac, durante la presentazione del master in "Compliance e prevenzione della corruzione" tenutasi presso la Luiss nel febbraio 2018, ha prospettato l'esigenza di una riforma della fattispecie di abuso d'ufficio, per scongiurare "la cosiddetta paura della firma da parte dei funzionari pubblici".

## 2. Il rilievo del “soggettivo” nella definizione della legittimità oggettiva della condotta. Il sindacato del giudice penale.

È superfluo rimarcare che è proprio in ordine all’attività discrezionale che l’accertamento dell’illegittimità dell’azione amministrativa da parte del giudice penale, è passato dall’ istituzionale controllo di legalità (in rapporto ai parametri formali di giudizio) a un vero e proprio controllo di merito (rispetto ai parametri sostanziali del giudizio medesimo), con rilevanti, conseguenti pericoli di rottura della legalità penale.

Uno dei percorsi che ha consentito l’improprio slittamento è transitato per la deviazione in sede penale da un accertamento che dovrebbe essere di carattere eminentemente ‘oggettivo’, fondato cioè sulla ‘esterna’ difformità dell’atto dai presupposti di ordinamento, ad un accertamento di carattere ‘soggettivo’, basato *tout court* sui motivi (più o meno virtuosi) che avrebbero guidato l’agente pubblico nella propria attività funzionale. La questione si è posta in misura saliente anche per figure diverse dall’abuso d’ufficio. Si pensi alla corruzione, con eminente rilievo rispetto all’indirizzo che ravvisa una Corruzione “per atto contrario ai doveri” (art. 319 c.p.) ove il pubblico agente accetti una retribuzione privata, con ciò perdendo la capacità di orientare la sua scelta discrezionale secondo l’interesse pubblico, proiettandosi fatalmente verso l’atto contrario ai doveri d’ufficio. Non rileverebbe in tale prospettiva che l’attività risulti, oggettivamente, comunque in linea con gli interessi pubblici<sup>4</sup>. L’indirizzo, se non ben calibrato, finirebbe con l’assumere, per la corruzione, una visione della stessa norma penale come se essa incriminasse la mera infedeltà dell’agente ai più generici doveri propri della funzione pubblica; in definitiva semplicemente quello della sua “gratuità”.

La prospettiva si rivela tuttavia disancorata da una corretta concezione del diritto penale del fatto, fondato sui principi di materialità e offensività. Anche rispetto all’atto discrezionale occorre invero escludere ogni criterio di accertamento meramente presuntivo<sup>5</sup>, dovendo semmai considerare rilevante la

---

<sup>4</sup> Sul punto ci permettiamo di rinviare a MASSI, *Qui in corruptione versatur etiam pro licito tenetur*. Offesa e infedeltà nella struttura della corruzione propria, Torino, 2004, 51. Tra le più recenti pronunce della Suprema Corte che si esprimono in questo senso, cfr., Cass., Sez. VI, 14 giugno 2017, n. 35940, in *Diritto & Giustizia* 2017, 21 luglio, la quale ribadisce il principio secondo cui «integra il delitto di corruzione propria la condotta del pubblico ufficiale che, dietro elargizione di un indebito compenso, esercita i poteri discrezionali rinunciando ad una imparziale comparazione degli interessi in gioco, al fine di raggiungere un esito predeterminato, anche quando questo risulta coincidere, *ex post*, con l’interesse pubblico, e salvo il caso di atto sicuramente identico a quello che sarebbe stato comunque adottato in caso di corretto adempimento delle funzioni, in quanto, ai fini della sussistenza del reato in questione e non di quello di corruzione impropria, l’elemento decisivo è costituito dalla «vendita» della discrezionalità accordata dalla legge».

<sup>5</sup> Al proposito, autorevolmente, VASSALLI, *Corruzione propria e impropria*, in *Giust. pen.*, 1979, 329,

sola “motivazione obiettivata”<sup>6</sup>, nel senso di respingere l’idea che la “motivazione soggettiva” contraria ai doveri d’ufficio possa rilevare in sé e per sé. Ciò non solo per eludere l’aleatorietà di un accertamento del tutto “psicologizzato”, ma anche per consacrare la conclusione che la verifica della stessa motivazione sia preceduta dall’altra di un significativo riscontro materiale che valga a definire ‘oggettivamente’ la contrarietà dell’atto ai doveri d’ufficio<sup>7</sup>.

La cautela va enfatizzata per l’abuso d’ufficio, visto che la giurisprudenza, per la particolare fattispecie, finisce spesso col ridurre l’accertamento alla motivazione soggettiva, ricostruendo in definitiva la legittimità o meno dell’attività discrezionale a prescindere dall’accertamento di una *obiettiva* “violazione di legge o regolamento”, conferendo ad un generico sviamento di potere o funzionale privo di sicuro riscontro oggettivo, semplicemente risalendo alla “parzialità” dell’atto. La distorsione applicativa emerge soprattutto nelle pronunce che danno per accertato l’abuso sol che la condotta dell’agente, pur risultando formalmente aderente alla norma che disciplina l’esercizio delle sue attribuzioni, «si estrinsechi in assenza delle ragioni legittimanti e produca intenzionalmente un danno al soggetto passivo”<sup>8</sup>. Proprio l’approssimativo riferimento al difetto delle “ragioni” legittimanti dell’esercizio del potere, nella sua ambiguità, sembra risolversi in un richiamo alla pura sfera soggettiva dei motivi dell’agente, la cui effettiva “intenzione” risulterebbe perciò decisiva, sostituendosi alla necessaria verifica della contrarietà ai parametri oggettivi della legittimità/illegittimità dell’atto, sulla cui precisa portata ci soffermeremo nel prosieguo della trattazione. È opportuno subito precisare che nel solco di tale indirizzo finiscono altresì col muoversi sentenze che ritengono insufficiente il

---

precisava che «anche per l’atto discrezionale (...) occorre guardare all’atto in se stesso, all’atto nella sua oggettività». PAGLIARO, *Principi di diritto penale, pt. sp.*, I, Milano, 2000, 194 s., correttamente critica la tesi secondo cui ove venga in rilievo un atto discrezionale, l’accettazione di una retribuzione privata farebbe perdere «la capacità di orientare» la scelta discrezionale secondo l’interesse pubblico, trascurandosi la possibilità che «nel caso concreto, l’interesse del privato coincida con l’interesse della pubblica amministrazione». Né potrebbe essere presa in considerazione la motivazione del soggetto, nella prospettiva del “favoritismo” del privato, rilevando per la legge solo la c.d. «motivazione obiettivata» (p. 195).

<sup>6</sup> In tal senso cfr., ROMANO, *Fatto di corruzione e atto discrezionale del pubblico ufficiale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 1314 ss., spec. 1322 s.

<sup>7</sup> Al proposito PAGLIARO, *op. e loc. ultt. citt.*, ha rilevato che il criterio anche se vicino al vero, tuttavia non offre soluzioni soddisfacenti nel caso in cui il pubblico ufficiale accetti la retribuzione ma abbia deciso comunque di compiere l’atto illecito richiesto, oppure l’ipotesi in cui il pubblico ufficiale lasci intendere che l’utilità influirà sulla decisione, che tuttavia sarebbe stata la medesima anche a un esame imparziale della pratica.

<sup>8</sup> Cfr., Cass., Sez. VI, 13 maggio 2014, n. 36125, su *Foro it.* 2015, 3, II, 185, relativa ad un caso in cui i vertici di un ente pubblico che hanno nominato un proprio consulente per svolgere compiti che sarebbero potuti essere svolti da un soggetto, vincitore di concorso, non ancora assunto.

perseguimento di interessi pubblici, pur “obiettivamente esistenti”, per escludere l’ipotesi criminosa.

L’anomalia si riflette poi, inevitabilmente, nell’accertamento imperfetto del dolo, che rischierebbe con l’essere dedotto dalla insussistenza o meno nell’agente di una finalità pubblicistica, comunque discrezionalmente valutata. A fronte di alcune sentenze che ricavano dalla realtà di un interesse pubblico l’esclusione (quanto meno) del dolo di abuso d’ufficio<sup>9</sup>, altra giurisprudenza, prevalente, rileva che la tensione verso un interesse pubblico non escluderebbe l’elemento soggettivo<sup>10</sup>, salvo che quest’ultimo interesse fosse stato il ‘principale’ obiettivo dell’agente, profilo quest’ultimo di indagine comunque incerto, valutabile in base ad un giudizio ‘quantitativo’ rimesso in definitiva anch’esso all’apprezzamento discrezionale del giudice, al quale verrebbe consegnata in esclusiva la conclusione sulla configurabilità o meno del reato.

Una simile valutazione si rifletterebbe altresì sull’ ‘ingiustizia’ dell’evento, che verrebbe automaticamente desunta dalla vera o presunta violazione di legge (o regolamento) presupposto della condotta<sup>11</sup>; violazione ricostruita, in definitiva, alla sola luce dell’elemento psicologico.

### **3. La violazione di norma di legge (o di regolamento) nell’abuso d’ufficio quale parametro oggettivo di definizione della condotta tipica.**

Al di là del criticabile slittamento dall’ “oggettivo” al “soggettivo” nella verifica degli elementi dell’abuso d’ufficio, per rimediare alla “deriva” dell’accertamento della legittimità/illegittimità dell’attività discrezionale del pubblico amministratore per come viene concepito dalla prevalente giurisprudenza in materia, va ripristinato con precisa attenzione il corretto percorso voluto dai principi fondamentali di ordinamento.

Centrale al riguardo si rivela una corretta interpretazione proprio dell’elemento di fattispecie di cui si occupa specificamente il presente scritto, consistente nella ‘violazione di norma di legge (o di regolamento)’ - che costituisce un elemento di illiceità speciale della figura dell’abuso d’ufficio<sup>12</sup> - po-

---

<sup>9</sup> Cfr., ad esempio, Cass., Sez. VI, 17 novembre 2009, n. 4979, in *Guida al diritto*, 2010, 11, 92, che ha escluso il dolo intenzionale in presenza di un interesse pubblico.

<sup>10</sup> Cfr., Cass., Sez. II, 5 maggio 2015, n. 23019, in *Riv. pen.*, 2016, 3, 238, considera integrato il dolo anche in presenza di un interesse pubblico, ancorché subordinato.

<sup>11</sup> Cfr., Cass., Sez. VI, 4 novembre 2015, n. 48913, *Cass. pen.*, 2016, con riferimento al caso di un direttore di una Asl che aveva affidato alla moglie un incarico in violazione dell’obbligo di astensione, procurandole così l’ingiusto vantaggio patrimoniale rappresentato dagli emolumenti spettanti ad ogni componente della predetta Commissione, anche se tale compenso era in linea con quanto imposto dai criteri regolamentari.

<sup>12</sup> Per il rapporto che corre tra gli elementi di illiceità speciale e gli elementi normativi, cfr., l’attenta

nendosi, a mio avviso, anzitutto, la questione se la formula vada intesa secondo le categorie amministrativistiche dei vizi dell'atto (incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere<sup>13</sup>) oppure in ossequio ad una accezione autonomistica della norma incriminatrice. L'autonomia giustificerebbe un allontanamento dai percorsi del diritto amministrativo nella definizione dell'elemento, con corrispondente divaricazione delle conclusioni da trarre nella prospettiva della ricostruzione della specifica fattispecie penale<sup>14</sup>. Un' iniziale interpretazione tendeva a far coincidere la formula "violazione di legge" con il corrispondente vizio dell'atto amministrativo per superare proprio la tesi che il giudice penale potesse sindacare altri vizi che comportassero un riesame della valutazione discrezionale dell'amministratore<sup>15</sup>. In particolare l'idea della coincidenza mirava ad escludere che il giudice penale potesse ricostruire la fattispecie concreta a partire dalla verifica di un "eccesso di potere" del pubblico agente<sup>16</sup>. La netta distinzione tra le categorie peraltro non trova conferma nella dottrina amministrativistica che assume la c.d. triade con

---

analisi di RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale, profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004, 102 ss.

<sup>13</sup> In particolare nell'accezione amministrativistica la violazione di legge si ha quando si violi una qualsiasi norma relativa all'agire amministrativo che non attenga alla competenza, e ciò a prescindere che la norma sia contenuta in una legge in senso formale o in altra fonte. Le ipotesi possono essere molteplici, dalla violazione delle norme procedurali, ai vizi di forma, alla carenza di presupposti fissati dalla legge, alla violazione delle norme sulla formazione della volontà collegiale e, secondo parte della dottrina, anche per violazione del principio di parità di trattamento, che si evince dal combinato disposto dei precetti costituzionali contenuti agli artt. 3 e 97 Cost. Naturalmente la violazione di legge si ha sia in caso di mancata applicazione della norma sia in caso di applicazione erronea della medesima. Il vizio in particolare si integra quando un elemento dell'atto contrasti con una specifica norma o principio, ovvero quando siano violate le regole sulla forma o sul procedimento. Ad esempio possono integrare tale vizio: l'invalidità nella investitura dell'agente, nel caso di concorso svolto da una commissione illegittimamente formata; la mancanza dell'oggetto dell'atto di uno dei requisiti prescritti, ad esempio in caso di nomina a un impiego in mancanza del titolo di studio necessario. Cfr., il classico manuale, SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1974, 488. Sulla categoria dei vizi dell'atto amministrativo, cfr., altresì, CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2002, 577 ss.; SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna 2014, 468 ss.

<sup>14</sup> Sul punto, cfr., le interessanti considerazioni di MERLI, *op.cit.*, 65 ss.

<sup>15</sup> Solitamente il vizio dell'eccesso di potere viene inquadrato come tipico vizio dell'attività discrezionale, sul punto, per tutti, cfr., CERULLI IRELLI, *op.cit.*, 582. Dal punto di vista penalistico, sempre riferendosi alla discrezionalità amministrativa, BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 219, rileva che «il connotato della vincolatività dello scopo è riscontrabile nella discrezionalità amministrativa e la difformità del medesimo integra il vizio di eccesso di potere, pienamente sindacabile nella gamma delle sue forme di manifestazione».

<sup>16</sup> Come noto, autorevole dottrina ha escluso la sindacabilità del merito, cfr., per tutti, VASSALLI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *Giust. pen.*, 1979, II, 329; PAGLIARO, *Principi*, cit., 196. CONTENTO, *Il sindacato del giudice penale sugli atti e sulle attività della pubblica amministrazione*, in *Scritti 1964-2000*, a cura di Spagnolo, Bari, 2002, 406 s., estende il sindacato all'attività che si connota per una illegittimità manifesta.

una valenza onnicomprensiva, integrandosi una violazione di legge anche nelle ipotesi di incompetenza e di eccesso di potere. Il vizio pertanto è unico e coincide proprio con la violazione di legge, da intendersi quale illegittimità dell'atto<sup>17</sup>.

Senonché una verifica oggettivamente fondata non può non muovere dal constatare che la valutazione dei diversi vizi dell'atto amministrativo - compreso l'"eccesso di potere" - è ormai considerata dalla giurisprudenza e da parte della dottrina come rientrante nelle prerogative del giudice penale; in particolare là dove tale eccesso venga inteso nella specifica declinazione dello "sviamento di potere"<sup>18</sup>, che andrebbe sempre rapportato, come meglio vedremo in seguito, a parametri legali di riferimento.

Il punto merita la massima attenzione. È fuor di dubbio che la riforma dell'abuso d'ufficio del '97 fu dettata proprio dall'esigenza di limitare le ingerenze del potere giudiziario nella sfera di competenza dell'esecutivo e dell'attività della pubblica amministrazione, soprattutto a contenuto discrezionale. Da qui la restrizione della verifica ai soli parametri di legalità, contrassegnati dal richiamo espresso alla «violazione di norma di legge»<sup>19</sup> (o regolamento<sup>20</sup>). Sembra pertanto doversi ritenere precluso un sindacato nel merito, che -

<sup>17</sup> Cfr., GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, 183. Tra le conferme più recenti a tale autorevole assunto, cfr., DE FELICE, *Performance della pubblica amministrazione e possibili riforma dei reati della Pubblica Amministrazione*, in CASTALDO (a cura di), *op.cit.*, 10, secondo cui «dire violazione di leggi o regolamenti significa individuare ogni tipologia di vizi degli atti amministrativi».

<sup>18</sup> In questo senso si sono espresse, come vedremo meglio in seguito, anche le Sezioni unite della Cassazione: Cass., Sez. un., 29 settembre 2011, n. 155, in *Cass.pen.* 2021, 7-8, 2410. In dottrina cfr., GAMBARDILLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002, 261 ss.; MANNA, *Abuso d'ufficio*, cit., 57; PAGLIARO, *Principi*, cit., 243 s.; STORTONI, *Delitti contro la Pubblica amministrazione*, in *Diritto penale- lineamenti di parte speciale*, a cura di Canestrari-Gamberini-Insolera-Mazzacava-Sgubbi-Stortoni-Tagliarini, Bologna, 2000, 137 s.

Nella stessa prospettiva si valuta anche la condotta consistente nella violazione dell'obbligo di astensione per conflitto di interessi, configurabile pure in mancanza di una espressa violazione di legge o di regolamento, essendo sufficiente che tale violazione si sostanzi nella "strumentalizzazione dell'ufficio stesso che denota uno sviamento di potere, ossia un uso distorto dei poteri funzionali ovvero un cattivo esercizio dei compiti inerenti un pubblico servizio".

<sup>19</sup> Il concetto violazione di norma di legge è comprensivo sia della legge formale che della legge in senso materiale. Rientrerebbero nella categoria, secondo la dottrina, anche le norme a contenuto disciplinare, le norme procedurali che si trovino in rapporto causale con il vantaggio o il danno (cfr., BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, Padova, 1998, 75). In giurisprudenza, in questo senso, cfr., Cass., Sez. VI, 22 giugno 2017, n. 41768, in *Cass. pen.*, 2018, 6, 2091, in che considera la violazione delle norme procedurali sufficienti a integrare il reato di abuso d'ufficio. *Contra* cfr., Cass., Sez. II, 4 dicembre 1997, Tosches, in *Cass. pen.*, 1998, 2332 n. 1279; Cass. Sez. VI, 7 aprile 2005, n. 18149, in *Cass. pen.* 2007, 1, 178. Dibattuta è invece la rilevanza delle norme di principio e segnatamente delle norme costituzionali (v. par.4).

<sup>20</sup> Cfr., BENUSSI, *sub art.* 323 in MARINUCCI-DOLCINI, *Codice penale commentato*, ed. IV, 491, là dove precisa che "con il termine regolamento si deve intendere sia quello emanato secondo il modello deli-

come accennato - non atterrebbe alla regolarità formale dell'atto ma alla sua funzione, col rischio di consegnare al giudice penale una valutazione che consisterebbe nel verificare se non sia stata "la potestà nel suo complesso a non essere esercitata correttamente"<sup>21</sup>.

La preclusione sembrava essere condivisa dalla giurisprudenza all'indomani della riforma del '97<sup>22</sup>, presto tuttavia riconvertitasi, in un drastico mutamento di rotta, ad un'estensione indeterminata del riferimento dell'art. 323 c.p. alla "violazione di legge" (o regolamento), nel senso di intenderlo come se potesse interpretarsi alla genericissima stregua di una violazione della causa tipica dell'atto amministrativo, rapportandosi semplicemente all'«elemento teleologico della norma»<sup>23</sup>.

#### 4. Il problema del rilievo specifico dell'art. 97 Cost.

L'estensione dell'elemento della violazione di legge, oltre il suo significato letterale, è stato oggetto, come noto, di un tentativo di copertura formale con il richiamo all'art. 97 Cost. Tale disposizione, oltre ad avere una portata programmatica, per parte della dottrina e della giurisprudenza sarebbe dotata altresì di efficacia precettiva nel suo rivolgersi agli organi amministrativi, prescrivendo l'obbligo di imparzialità<sup>24</sup> e dunque il divieto di ingiustificati favoritismi<sup>25</sup>.

E per quanto volesse considerarsi tale estensione "adattabile" - ma con notevoli forzature - a una interpretazione "testuale", non dovrebbe sfuggire che

---

neato nella Legge 23 agosto 1988, n. 400, sia quello che deriva da ogni altra disposizione di legge con la quale viene conferita una potestà normativa in capo ad un ente pubblico es. i regolamenti organici di cui alla Legge 20 marzo 1975, n. 70 ed i regolamenti comunali e provinciali di cui all'art. 5 L. 8.6. 1990, n. 142 ora art. 7 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, t.u.l.o.e.l.).

<sup>21</sup> Cfr., MERLI, *Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>22</sup> Cfr., l'importante sentenza Cass., Sez. II, 4 dicembre 1997, Tosches, cit.; nonché Cass., Sez. VI, 9 novembre 1998, n. 786, in *Cass. pen.* 2000, 2241, la quale esclude la configurazione dell'art. 323 c.p. in rapporto all'autorizzazione da parte di un sindaco ad installare un manufatto in contrasto con il contenuto della concessione, non integrandosi alcuna violazione di legge o regolamento.

<sup>23</sup> Cass., Sez. V, 1 ottobre 2010, in *Mass. Ull.*, n. 35501; Id., Sez. VI, 18 ottobre 2006, n. 38965, in *Riv. pen.* 2007, 4, 390. Si pone in contrasto con tale indirizzo Cass., Sez. III, 23 marzo 2016, n. 38704, in *Cass. pen.* 2017, 3, 1122, che invece sottolinea il contrasto con il principio di legalità ove non sia indicata la norma specificamente violata.

<sup>24</sup> In tal senso cfr., GAMBARDILLA, *Il controllo*, cit., 279 s.; PARODI GIUSINO, *op.cit.*, 905.

<sup>25</sup> Sottolinea tale aspetto in giurisprudenza Cass., Sez. VI, 17 febbraio 2011, n. 27453, in *Foro it.* 2012, 6, II, 398. Per il valore problematico della formula "o negli altri casi prescritti" contenuta nell'art. 323 co. 1 c.p., con il possibile effetto "di riportare entro l'ambito della tipicità ogni condotta del funzionario, la quale consista nella violazione di un qualsiasi dovere posto da una prescrizione normativa comunque contenuta", cfr., PAGLIARO, *Principi*, cit., 243.

essa entrerebbe comunque in contrasto con la volontà del legislatore<sup>26</sup>. Mettendosi in rilievo da parte di autorevole dottrina che il parametro della violazione di legge vada inteso rispetto a norme che “prescrivano modalità proprie delle attività della p.a., che vincolino cioè il pubblico agente a un dato contegno”<sup>27</sup>; dovendosi guardare pertanto solo a regole che attengano alla funzioni o al servizio esercitati «non a principi generali cui pure deve conformarsi la p.a.»<sup>28</sup>. E questo è «il risultato dello sforzo legislativo diretto a ridurre l’impatto pratico della figura criminosa quale in precedenza nota al sistema», con lo scopo dunque di sostituire «un abuso «innominato» e generico» con «un abuso a suo modo «nominato» e tipico»<sup>29</sup>; e ciò a costo naturalmente di espungere dal rilevante penalistico importanti fette della discrezionalità amministrativa, proprio perché svincolate da parametri formali<sup>30</sup>. Senza dimenticare che l’allargamento della formula del 323 c.p. ai principi costituzionali si risolverebbe comunque in un *vulnus* rispetto al principio di legalità fissato dall’art. 25 Cost.

È dunque sul piano della stretta legalità della norma incriminatrice che si critica da più parti l’estensione alle norme costituzionali del parametro formale della violazione di norme di legge, con l’inevitabile effetto di generare indeterminatezza ai danni della fattispecie di abuso d’ufficio<sup>31</sup>; un’“eccessiva elasticità” che si tradurrebbe «nell’attribuzione ad ogni singolo giudice del ruolo di “legislatore del caso per caso”» favorendosi così il passaggio da «uno “Stato delle leggi” ad uno “Stato dei giudici”»<sup>32</sup>. Proprio quest’ultimo profilo dell’indagine, come a breve vedremo, merita un particolare approfondimen-

<sup>26</sup> Cfr., CATENACCI, *Abuso d’ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione e amministrazione della giustizia*, a cura di Catenacci, Torino, 2011, 124, che oltre a richiamarsi alla originaria volontà legislativa fa altresì riferimento «ai canoni interpretativi imposti a livello costituzionale».

<sup>27</sup> Cfr., ROMANO, *I delitti*, cit., 301 s.

<sup>28</sup> Tale conclusione è condivisa anche dalla dottrina amministrativistica, in particolare PERONGINI, *Le ragioni che consigliano*, cit., 16 s., considera il richiamo all’art. 97 Cost. del tutto sbagliato, per la sua inconsistenza argomentativa. Una verifica rispetto a tale principio richiederebbe inoltre «una complessa attività interpretativa, riservata al giurista, non ascrivibile né imputabile al cittadino». Ma soprattutto rileva l’autore la differenza tra i principi generali del diritto e i principi costituzionali, non potendo questi ultimi «essere assunti a base della fattispecie penale».

<sup>29</sup> Cfr., ROMANO, *op.cit.*, 302.

<sup>30</sup> Sempre ROMANO, *op e loc. ultt.citt.* Nello stesso senso CATENACCI, *op. cit.*, 124. Anche SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale* Padova, 2014, 147, evidenzia che l’indirizzo estensivo sull’abuso d’ufficio consente un «sindacato estremamente incisivo, disegnando il potere di accertamento del giudice penale in modo così ampio da permettergli di verificare tutti i vizi di legittimità ed anche l’aspetto teleologico di ogni norma», finendo in definitiva con il «sostituirsi all’amministrazione nello stabilire il rispetto o meno da parte del soggetto attivo delle finalità delle norme».

<sup>31</sup> Cfr. CARMONA, *La nuova figura dell’abuso d’ufficio: aspetti di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 1998, 1845.

<sup>32</sup> Cfr., BENUSSI, *Il nuovo delitto*, cit., 97.

to.

### **5. Verso una corretta interpretazione dell'abuso d'ufficio.**

Il significato di quanto precede si coglie appieno seguendo la scia di una interpretazione autonomistica della formula in questione, scevra dalle risonanze dei vizi amministrativi dell'atto.

Proprio la detta logica della nuova fattispecie dimostra che il legislatore penale del 1997 ha voluto stabilire un argine formale all'ingerenza del giudice nell'accertamento del merito amministrativo, immettendo un elemento che "circoscrivesse" realmente il suo sindacato. La strada non è stata quella del ricorso alla nomenclatura dei vizi dell'atto amministrativo, ma l'altra della ricerca di un aggancio 'determinato' a norme la cui violazione segnasse il superamento della liceità (anche) penale. In una ricostruzione dei termini del problema, dovrebbe allora essere chiaro che il conflitto tra sindacato del giudice penale e discrezionalità amministrativa può essere compreso e avvicinato a soluzione, nell'art. 323 c.p., a partire dalla ricerca dei limiti 'oggettivi' della specifica fattispecie, i quali delimitano anche il raggio d'azione del giudice penale nel rispetto del quale non si dovrebbe porre un problema di indebita ingerenza rispetto alla attività amministrativa.

Di converso, come già rilevato, nell'abuso d'ufficio, ove risultino osservati i parametri formali di fattispecie, anche in rapporto al perseguimento degli interessi coinvolti, da stabilirsi in concreto, il giudice penale non dovrebbe concedere alcun rilievo alla motivazione dell'agente nel compimento dell'atto. Al riguardo nessuno dovrebbe dubitare che sia fondamentale, per definire l'accesso all'area dell'illecito penale, il parametro oggettivo della "violazione di norma di legge" (o di regolamento), volto appunto a preconstituire un limite di fattispecie; con lo scopo di 'guidare' il giudice nell'accertamento, impedendo che la fattispecie sia rimessa alla pura valutazione discrezionale del giudice, con conseguente violazione del principio di stretta legalità<sup>33</sup>. Sotto tale profilo andrebbe comunque stabilito se il riferimento al parametro legislativo vada inteso in senso stretto, oppure possa essere inteso in senso più ampio, considerando gli interessi specificamente coinvolti nell'attività svolta in concreto dal pubblico agente, soprattutto nell'ipotesi in cui un parametro 'legislativo' (o regolamentare) manchi, ma l'attività realizzata risulti in contrasto con parametri formali di natura diversa.

---

<sup>33</sup> Sui rapporti tra "determinatezza" e "discrezionalità" cfr., PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 14 ss. Sul tema, più di recente, sotto un profilo particolare, cfr., SARTARELLI, *Sulle "tracce" del favor rei nella discrezionalità penale*, Bologna, 2012, 93 ss.

Ove l'atto si discosti da un simile più generico parametro, potrebbe porsi il problema dei limiti in cui possa allora il giudice penale valutare anche il 'merito' dell'attività amministrativa al fine di stabilire se emerga un contrasto con gli interessi pubblicistici cui l'atto dovrebbe ispirarsi<sup>34</sup>. Vale ricordare al proposito il caso giurisprudenziale in cui, in un concorso per il reclutamento di personale (es. docenti dell'università), il bando specificava alcuni requisiti, non ritenuti però in concreto, dalla commissione valutatrice, da considerare per la corretta scelta del candidato più valido. Nella peculiare situazione non veniva in considerazione l'inosservanza di una norma di legge o di regolamento<sup>35</sup>; pur potendo integrare il bando di concorso un limite oggettivo. La Cassazione avrebbe potuto far capo ad esso per ammettere il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa espressa nel caso particolare. Ma ciò non è stato. Il limite fissato dall'art. 323 c.p. è stato riconosciuto nella sua funzione preclusoria, sicché in assenza di una specifica violazione di legge o di regolamento, la Cassazione ha respinto la configurabilità dell'abuso. Rimanendo semmai aperto anche l'altro profilo consistente nell'eventuale rilievo secondo cui un certo criterio formale, come nell'esempio la regola del bando, risulti comunque una mera espressione del merito amministrativo, la cui applicazione sia suscettibile di una valutazione da parte dell'amministratore, comunque insindacabile<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Anche se con riferimento alla fattispecie di abuso d'ufficio precedente la riforma del 1997, nel senso di escludere il sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa, cfr., con perspicua notazione, COCCO, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cagliari, 1996 257 s.; il quale ha messo altresì in rilievo come il richiamo al comportamento genericamente ingiusto, nella formulazione dell'art. 323 c.p. precedente alla riforma del 1997, avrebbe finito col consentire un sindacato sul merito dell'atto; con la conseguenza che la «genericità della ingiustizia e, dunque, la indeterminatezza della condotta sanzionata» cui poteva corrispondere «l'ampiezza del sindacato del giudice penale» potesse risolversi nella «censura costituzionale per violazione del principio di tassatività e determinatezza» (259).

<sup>35</sup> È costante l'orientamento secondo cui, in tema di abuso d'ufficio, la violazione di norme di leggi o di regolamento contemplata dalla fattispecie di cui all'art. 323 c.p. non può essere integrata dall'inosservanza delle disposizioni inserite nel bando di concorso il quale è atto amministrativo e, quindi, fonte normativa non riconducibile a quelle tassativamente indicate dal succitato art. 323 («*id est*» legge o regolamento) (Cass., Sez. VI, 01 luglio 2015, n. 27823, in *Guida al diritto* 2015, 42, 80; Cass., Sez. VI, 19 ottobre 1999, n. 13795, in *Cass. pen.* 2001, 841; Cass., Sez. VI, 26 maggio 2009, n. 24480, in *Cass. pen.* 2010, 5, 1828).

Diversamente Cass., Sez. VI, 17 novembre 2009, n. 4979, *Cass. pen.* 2010, 10, 3450, con riferimento ad un caso in cui erano state modificate le regole del bando contenute nel regolamento comunale per assumere un soggetto già individuato come vincitore ancor prima della pubblicazione del bando, non ha escluso la violazione di legge, invocando il parametro posto dall'art. 97 Cost. Tuttavia ha escluso il dolo per la circostanza che la scelta di quel soggetto sulla scorta del diverso requisito dell'esperienza in luogo del riferimento ai titoli di studio rispondeva ad esigenze dell'amministrazione comunale e dunque ad esigenze di carattere pubblicistico.

<sup>36</sup> Il limite posto dalla regola di bando potrebbe essere ridimensionato nella sua portata ove sia accertato

Quanto precede aiuta a comprendere come, proprio in relazione all'art. 323 c.p., risulti che il riferimento alla "violazione di norma di legge o di regolamento" non escluda l'accertamento da parte del giudice del vizio dell'eccesso di potere. Il suo significato tecnico sembra piuttosto faccia risaltare la volontà della legge di riconoscere un 'primo limite' dell'estensione dell'area dell'insindacabilità penale: ciò che non integra tale parametro di illegittimità - cioè quel che non integra la contrarietà alla legge o al regolamento - non può essere sindacato, per la semplice, assorbente e preliminare ragione che risulta irrilevante per la stessa circoscrizione che la legge ordinaria fa del 'tipo' del reato.

#### **6. Un'interessante applicazione giurisprudenziale.**

Tale approccio interpretativo è stato seguito in termini molto rigorosi anche dalla Cassazione<sup>37</sup> in relazione al noto caso del sindaco di Salerno, De Luca, nominato commissario straordinario per far fronte all'emergenza rifiuti in Campania, il quale, istituendo la figura "nuova" di *project manager* avrebbe realizzato, secondo l'accusa, un abuso d'ufficio. In particolare l'accusa aveva fatto riferimento alla violazione dell'art. 10 d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 7 del d.p.r. n. 554 del 1999, che avrebbero prescritto la nomina di un "responsabile *unico*" del procedimento nel settore dei contratti pubblici, figura già nominata. Mentre in primo grado la sentenza aveva ravvisato gli estremi dell'abuso d'ufficio a carico del sindaco De Luca, in appello gli imputati venivano assolti sul presupposto della violazione di legge. L'art. 10 del d.lgs. n. 163 del 2006 nel prevedere la nomina del responsabile unico, non avrebbe esplicitamente vietato quella di altre figure. Pertanto la creazione della figura del *project manager* non poteva ritenersi illegittima, semplicemente perché figura nuova, non tipizzata. La sentenza citata ha anche argomentato che la figura del responsabile unico dello specifico procedimento non era stata svuotata di significato né dal punto di vista sostanziale né dal punto di vista formale, non violando pertanto il principio disciplinante la nomina del Responsabile unico del procedimento. Si sarebbe in breve trattato di nomina di una figura ulteriore, da assumere dunque quale mera espressione della discrezionalità amministrativa, non confliggente con specifiche disposizioni di legge e come tale insindacabile ai sensi dell'art. 323 c.p. La conclusione della Corte d'appello veniva avallata dalla Cassazione, concependo essa la violazione di

---

il soddisfacimento dell'interesse in concreto rilevante che nello specifico consisterebbe nella scelta del candidato più valido. Quanto poi alla rilevanza dell'interesse del privato dovrebbe valutarsi se tale sia soccombente rispetto alla tutela dei prevalenti beni della p.a.

<sup>37</sup> Cfr., Cass., Sez. VI, 13 settembre 2016, n. 8395, *Cass. pen.*, 2017.

norme di legge (o di regolamento) quale limite formale di verifica da parte del giudice che di ciò poteva essere sindacato; con esclusione ulteriore, in ogni caso, del puro merito amministrativo dalla sfera dei poteri di accertamento del giudice penale<sup>38</sup>.

La Corte d'appello e la Cassazione hanno così mostrato, nel caso De Luca, di concepire in termini rigorosi il parametro di una specifica violazione di legge (o regolamento), concordando entrambe sulla mancanza di tale violazione rispetto all'attività particolare. La Corte d'appello e la Cassazione hanno considerato altresì la specifica attività, contestata al De Luca una tipica espressione della discrezionalità amministrativa, finalizzata alla gestione più efficiente dell'emergenza, perciò stesso non sindacabile<sup>39</sup>.

È anche degno di nota che nel caso in questione non è stato riconosciuto alcun rilievo, nell'ottica della Cassazione, all'eventuale concorso di interessi privati, riferiti alla circostanza che il sindaco sarebbe stato legato da rapporti di amicizia con il predetto *project manager* o all'altra della retribuzione percepita da quest'ultimo. Nel rilevare, tra l'altro, che quest'ultima era comunque dovuta e come tale non 'ingiusta', la stessa Cassazione ha preso le distanze dall'indirizzo giurisprudenziale che ravvisa l'evento di ingiusto vantaggio anche in caso di compresenza di un interesse pubblico ed un interesse privato, desumendo in definitiva l'ingiustizia dell'evento da quella della condotta<sup>40</sup>.

### **7. Prime conclusioni. L'impostazione delle Sezioni unite nel 2011, nel quadro della giurisprudenza precedente e successiva.**

Dunque, al di là delle letture più o meno rigorose del parametro della violazione di norma di legge o di regolamento, a mio sommesso avviso, non può revocarsi in dubbio che il legislatore nel concepirlo non abbia voluto riferirsi al concetto tecnico di "violazione di legge" quale tipico vizio dell'atto amministrativo. Piuttosto ha considerato il parametro della "violazione" secondo una prospettiva 'autonomistica', improntata ad una nozione peculiare di 'legittimità della condotta' ai fini di una più 'determinata' circoscrizione della particolare incriminazione. Invero, la violazione di una specifica disposizione normativa, non di legge (né di regolamento), non può integrare di per sé l'ipotesi di

<sup>38</sup> Considerando il carattere innovativo della figura, nemmeno sarebbe emersa l'illegittimità per il difetto di una procedura concorsuale per l'affidamento dell'incarico; concorso a titoli peraltro incompatibile con il carattere urgente della procedura che giustificava la scelta *intuitu personae*.

<sup>39</sup> Mette in rilievo questo aspetto COPPOLA, *La persistente ambiguità dell'abuso d'ufficio. Alcune (amare) riflessioni a margine del 'caso termovalorizzatore'*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>40</sup> Cfr., sul punto COPPOLA, *op. cit.*, 46, con riferimento alla decisione di primo grado relativa al caso De Luca, la quale ha riconosciuto la violazione di legge, e da quella ha desunto l'evento di ingiusto vantaggio patrimoniale, conseguente alla assunzione illegittima.

illegittimità prevista dall'art. 323 c.p.<sup>41</sup>, anche se là dove il riferimento ad eventuali parametri formali potesse accordarsi con il principio di determinatezza della fattispecie penale. In altri termini l'elemento della violazione di norma di legge (o di regolamento) è oggi un limite da rispettare che 'circoscrive' la figura dell'abuso d'ufficio; limite da intendere nel rispetto della natura 'oggettiva' dei limiti di legge e della 'determinatezza' della fattispecie incriminatrice<sup>42</sup>.

In secondo luogo è chiaro che il dibattito sull'elemento della "violazione di norma di legge" (o di regolamento) riproponga il tema della misura in cui il legislatore possa "formulare" il precetto per impedire al giudice di 'invadere' il terreno esclusivo delle scelte amministrative. Al proposito non si può mettere in discussione il potere legislativo di definizione della fattispecie; né - come visto - può condividersi il richiamo giurisprudenziale alle disposizioni di rango costituzionale, in specie all'art. 97 Cost., che finirebbe con l'annullare l'esigenza di concepire l'elemento in questione quale limite oggettivo di fattispecie determinato attraverso un 'puntuale' richiamo alla legge (ovvero al regolamento) e alla relativa inosservanza.

Un interessante, ma non sufficiente avanzamento, negli indirizzi giurisprudenziali, lo dobbiamo a mio parere alle Sezioni unite del 2011, le quali, riprendendo un filone giurisprudenziale attento a non estendere eccessivamente il parametro della violazione di norma di legge o di regolamento, lo ha sviluppato in chiave di maggiore determinatezza almeno - come vedremo - dal punto di vista del procedimento logico di verifica della fattispecie concreta. In

---

<sup>41</sup> In prospettiva invece restrittiva si evidenziava che il riferimento contenuto nell'art. 323 c.p. agli "altri casi prescritti" avrebbe indicato che il presupposto dell'abuso sia integrato dalla inosservanza di previsioni specifiche: In questo senso, cfr., G. DE FRANCESCO, *Le fattispecie dell'abuso di ufficio: profili di ermeneutica e di politica criminale*, in *Cass. pen.*, 1999, 1633. L'interpretazione restrittiva del parametro normativo, fatto coincidere con il vizio della violazione di legge o di regolamento, aveva rappresentato motivo di disagio per una parte della dottrina che, subito dopo la riforma del '97, aveva paventato addirittura una sorta di "sterilizzazione" della fattispecie di abuso d'ufficio, come se fosse stata trasformata almeno parzialmente in una norma penale in bianco Cfr., sul punto, MANNA, *Abuso d'ufficio*, cit., 34 ss.

<sup>42</sup> Secondo PAGLIARO, *Principi*, cit., 242, l'estromissione dell'eccesso di potere produrrebbe «un serio danno alla giustizia» dal momento che «le forme più gravi e diffuse di sfruttamento dell'ufficio a fini privati» riguarderebbe l'attività discrezionale. Nello stesso senso più di recente DONINI, *Osservazioni sulla proposta "Castaldo -Naddeo" di riforma dell'art. 323 c.p. La ricerca di un'ultima ratio ancora più tassativa contro il trend generale dell'espansione penalistica*, in CASTALDO (a cura di) *Migliorare le performance della pubblica amministrazione*, cit., 97, il quale rileva come proprio «attraverso il controllo della discrezionalità» può esserci spazio per perseguire gli abusi d'ufficio. Tali considerazioni, per quanto meritevoli della massima considerazione, si muovono su un piano diverso da quello proprio del problema del significato 'dirompente' che potrebbe avere l'esclusione *tout court* del controllo del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa.

particolare la citata sentenza ha ritenuto integrato l'elemento della "violazione di norme di legge o di regolamento" quando "l'atto di ufficio non sia stato posto in essere nel rispetto delle norme di legge che regolano un'attività ovvero che attribuiscono al pubblico ufficiale il "potere" di compierla"; cioè sia là dove «la condotta di un qualsivoglia pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere (profilo della disciplina), ma anche quando difettino le condizioni funzionali che legittimano lo stesso esercizio del potere (profilo dell'attribuzione), ciò avendosi quando la condotta risulti volta alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è conferito». Si realizzerebbe in tal caso uno «sviamento di potere», tale da integrare una violazione di legge perché «la potestà non è stata esercitata secondo lo schema normativo che legittima l'attribuzione».

Il punto saliente della motivazione pare emerga tuttavia là dove le Sezioni unite del 2011 considerano in senso 'estensivo' l'elemento di fattispecie in analisi assumendolo integrato non solo rispetto all'ipotesi di violazione di una specifica violazione di legge, ma anche nel caso in cui sia accertato che la condotta sia stata diretta «alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è conferito». Quest'ultima formula richiama una delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, che si esplica appunto nel non tener conto degli interessi di altre entità umane rilevanti rispetto all'attività in concreto svolta e dunque ai poteri che per l'esercizio di tale attività sono stati conferiti al pubblico agente medesimo.

Un importante effetto limitativo della posizione delle Sezioni unite del 2011 si deve però al rilievo, dalle medesime conferito, all'interesse perseguito dal pubblico agente che dovrebbe risultare in contrasto con lo scopo della legge attributiva del potere: contrasto che dovrebbe considerarsi significativo soltanto se 'radicale', visto che la condotta viene considerata rilevante dalle Sezioni Unite nell'unico caso in cui sia indirizzata alla "sola" realizzazione di un interesse privatistico. Dovendosi in ciò stesso escludere la rilevanza degli atti che siano (almeno) parzialmente in sintonia con l'interesse pubblico di riferimento.

Come ho già accennato, nel giungere a tale soluzione le Sezioni unite del 2011 citano precedenti giurisprudenziali, che tuttavia sembrano seguire itinerari argomentativi non propriamente in sintonia<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Cfr., Cass., Sez. un., 29 settembre 2011, n. 155 cit., che cita le seguenti sentenze che seguirebbero lo stesso indirizzo: Cass., Sez. VI, 9 febbraio 1998, Mannucci, in *Mass. Uff.*, n. 211110; Id., Sez. VI, 19 maggio 2004, Vetrella, *ivi*, n. 229594; Id., Sez. VI, 11 marzo 2005, Delle Monache, *ivi*, n. 231194; Id., Sez. VI, 18 ottobre 2006, Fiori, *ivi*, n. 235277; Id., Sez. VI, 25 settembre 2009, D'Agostino, *ivi*, n. 245287; Cass., Sez. V, 16 giugno 2010, De Luca, *ivi*, n. 248496; Id., Sez. VI, 5 luglio 2011, Barbera n.

I precedenti si rifanno per lo più ad una sentenza del 2001, ricorrente Bocchiotti, che, con riferimento alla condotta tenuta dai componenti di una commissione esaminatrice di un concorso per l'accesso ad una scuola di specializzazione universitaria - i quali, pur consapevoli della mancanza di copie del questionario oggetto della prova, avevano comunque espletato il concorso - ha ritenuto che l'elemento della violazione di norma di legge (o di regolamento) si integra non solo quando sia ravvisabile un contrasto «con il significato letterale, logico o sistematico della disposizione di riferimento, ma anche quando essa contraddica lo specifico fine perseguito dalla norma, concretandosi in uno “svolgimento della funzione o del servizio” che oltrepassi ogni possibile opzione attribuita al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio per realizzare tale fine”<sup>44</sup>. In altri termini l'indirizzo estende l'elemento di fattispecie consistente nella “violazione di norma di legge” (o di regolamento) in misura tale da comprendersi ogni comportamento contrario al “fine perseguito dalla norma”, cioè sino a contenerci ogni opzione operativa attribuita al pubblico ufficiale in contrasto con il fine predetto, che sia stata accertata nel caso concreto. In tal caso si integrerebbe, appunto, lo sviamento del potere connesso alla funzione esercitata.

Tali principi sono stati talvolta intesi in una prospettiva decisamente soggettivista, come in una sentenza del 2005, relativa a condotte abusive, poste in essere da poliziotti ai danni di minori trattenuti per accertamenti, poiché avrebbero agito gli imputati «non per esigenze d'ufficio ma al fine di soddisfare il proprio ego turbato dal dilleggio degli studenti»<sup>45</sup>.

In altri casi la corretta e più circoscritta interpretazione della fattispecie è stata sconfessata dall'eccessiva enfasi con cui si è fatto riferimento al «l'elemento teleologico della norma»<sup>46</sup>, parametro quest'ultimo fortemente indeterminato. Più vicina all'indirizzo seguito nel 2001 dalla sentenza Bocchiotti, e poi sviluppato dalle Sezioni unite nel 2011, una sentenza di Cassazione del 2009, relativa ad un caso attinente alla formazioni di commissioni comunali eccedenti il numero stabilito dalla legge, ha rilevato da un lato la violazione del “Regolamento sul decentramento amministrativo”, ma anche la circostanza che il potere sarebbe stato esercitato “non tanto per assicurare l'aderenza dell'operato dell'ente stesso alle finalità ed agli obiettivi di legge, quanto invece al solo fine di procacciare vantaggi patrimoniali”<sup>47</sup>. Il riferimento agli inte-

---

35597.

<sup>44</sup> Cfr., Cass., Sez. VI, 10 dicembre 2001, n. 1229, in *Cass. pen.* 2003, 119.

<sup>45</sup> Cfr., Cass., Sez. VI, 11 marzo 2005, n. 12196, in *Cass. pen.*, 2005.

<sup>46</sup> Cfr., Cass., Sez. VI, 18 ottobre 2006, n. 38965, cit.

<sup>47</sup> Cfr., Cass., sez. VI, 25 settembre 2009, n. 41402, in *Guida al diritto* 2010, Dossier 2, 88.

ressi privatistici si avvicina a quello fatto agli “interessi collidenti”, presi poi in considerazione dalla sentenza delle Sezioni unite nel 2011, pur non venendo in rilievo nella citata sentenza del 2009 il carattere esclusivo, che dovrebbero possedere gli interessi privatistici nel motivare l’agente, per l’integrazione della fattispecie; l’esclusività che le Sezioni unite segnalano come essenziale. Inoltre la citata sentenza del 2009 assume l’interesse in senso soggettivistico, quale mero contenuto della finalità dell’agente, eludendo così il dovuto preliminare vaglio oggettivo.

Anche a seguito della pronuncia delle Sezioni unite del 2011 la giurisprudenza rimane diversificata. Alcune sentenze condividono i principi espressi dalle Sezioni unite. Tanto accade quando la giurisprudenza ravvisa l’abuso d’ufficio ove «il pubblico ufficiale faccia uso dei poteri riconosciutigli per uno scopo diverso da quello per cui i poteri stessi gli sono stati conferiti e, dunque, per il perseguimento di interessi privati distonici rispetto all’interesse della pubblica amministrazione»<sup>48</sup>. Riprende i principi delle Sezioni unite anche la giurisprudenza, secondo la quale basterebbe, per l’abuso d’ufficio, «un interesse collidente con quello per quale il potere è conferito», realizzando con ciò l’agente un vero e proprio sviamento della funzione<sup>49</sup>. Non mancano altresì sentenze che, per definire la illegittimità dell’attività del pubblico agente, fanno ancora richiamo all’art. 97 Cost.<sup>50</sup>.

Altra decisione, all’opposto, concepisce la violazione della norma di legge (o di regolamento) in maniera rigorosa e - pur ammettendo che l’abuso d’ufficio sia configurabile «non solo quando la condotta si ponga in contrasto con il significato letterale o logico-sistematico di una norma di legge o di regolamen-

---

<sup>48</sup> Cfr., Cass., Sez. VI, 3 luglio 2017, n. 39348, in *Guida al diritto* 2017, 37, 96, relativa ad un «affidamento a una società regionale in house della gestione di un fondo comunitario, al posto di una finanziaria controllata dall’ente»; nonché Cass., Sez. VI, 22 giugno 2017, n. 41768, cit., la quale ha annullato con rinvio la sentenza che, in merito all’utilizzo da parte del Presidente di una Regione del fondo per “spese di rappresentanza”, non aveva distinto le erogazioni disposte per finalità istituzionali, ma riconducibili ad altri capitoli di spesa, da quelle aventi finalità meramente private e ricollegabili alla campagna elettorale.

<sup>49</sup> In questo senso di recente, cfr., Cass., Sez. VI, 13 aprile 2018, n. 19519, *Cass.pen.*, 2018, che ha riconosciuto gli estremi dell’abuso d’ufficio nella condotta di un sindaco che ha revocato un incarico dirigenziale ricoperto da un dipendente candidatosi in una lista contrapposta, scelta che secondo i giudici sarebbe stata “apparentemente” giustificata da esigenze di contenimento di spesa. Cfr., altresì, Cass., Sez. VI, 18 ottobre 2012, 43789, la quale ha ravvisato gli estremi dell’abuso d’ufficio nella condotta del Presidente del consiglio comunale, in concorso con altri, consistente nell’aver rinviato strumentalmente l’adunanza del Consiglio Comunale allo scopo di impedire l’insediamento di tre consiglieri dichiarati eletti a seguito di pronunzia del giudice amministrativo, consentendo così l’abusiva permanenza nello stesso Consiglio di quelli sostituiti.

<sup>50</sup> Cfr., ad esempio, Cass., Sez. VI, 24 giugno 2014, n. 37373, *Cass. pen.* 2015; Cass., Sez. VI, 23 giugno 2015, n. 40320, in *Guida al diritto* 2015, 48, 82.

to, ma anche quando la stessa contraddica lo specifico fine perseguito dalla norma» - essa chiarisce al contempo che l'abuso d'ufficio presuppone uno svolgimento (della funzione o del servizio) «che oltrepassi ogni possibile scelta discrezionale attribuita al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio»; escludendo così in concreto, nel caso di specie, la sussistenza del reato, per la presenza «di un quadro normativo disorganico e suscettibile di contrapposte letture interpretative, che impedisca di individuare con certezza una condotta violativa del contenuto precettivo di una precisa disposizione di legge o di regolamento»<sup>51</sup>. Con ciò tale sentenza sembra senz'altro porre l'accento sul necessario rispetto dello specifico parametro normativo di riferimento (legge o regolamento) della violazione rilevante, con una portata inclusiva che sembra estendersi anche all'ulteriore modalità consistente nello «sviamento della funzione», che risulterebbe rilevante proprio e soltanto là dove esso sia accompagnato dall'indicata, tassativa violazione.

Particolare rigore nella definizione del parametro oggettivo della violazione di legge (o di regolamento) si ravvisa in un'altra sentenza che esclude la fattispecie di abuso d'ufficio non avendo la contestazione fatto riferimento alle norme violate o quantomeno alle «indicazioni necessarie per l'individuazione delle stesse»<sup>52</sup>.

### 8. Considerazioni conclusive.

In sintesi e concludendo, sembra che l'apporto dato dalle Sezioni unite, nella definizione del parametro normativo richiesto dalla fattispecie di abuso d'ufficio, abbia permesso un primo passo in avanti conferendo maggiore determinatezza alla fattispecie rispetto agli indirizzi precedenti che, come visto, apparivano non sempre limpidi e lineari. Le Sezioni unite abbandonano il ricorso a parametri incerti come quello del puro e semplice «elemento teleologico della norma», ma estendono l'elemento della violazione di una norma legge (o di regolamento) oltre il suo significato letterale e formale, ricomprendendo in esso anche le ipotesi di «eccesso di potere»<sup>53</sup>, riferibili ai casi in cui «difettino le condizioni funzionali che legittimano lo stesso esercizio del potere»; ipotesi che si avrebbe ove la condotta sia stata realizzata per il perseguimento di un «interesse collidente» con quello pubblico. Negli stessi termini

<sup>51</sup> Cass., Sez. VI, 13 marzo 2014, n. 32237, in *Cass. pen.* 2015, 4, 1347.

<sup>52</sup> Cass., Sez. III, 23 marzo 2016, n. 38704, cit.

<sup>53</sup> La dottrina ha condiviso la scelta delle sezioni unite di estendere all'eccesso di potere l'ambito della tipicità segnata dall'art. 323 c.p. Cfr., al proposito le considerazioni espresse da DONINI, *op.cit.*, 97 s.; e da D'ASCOLA, in *Migliorare le performance della pubblica amministrazione*, a cura di Castaldo, Torino, 2018, 103 ss.

anche le ritenute deviazione dal corretto esercizio del potere discrezionale possono integrare gli estremi dell'abuso d'ufficio, ma sempre nella misura in cui siano espressione di un superamento degli schemi normativi che legittimano l'esercizio stesso del potere<sup>54</sup>.

Si tratta dunque di una nozione di illegittimità più ampia, rispetto a quella tipizzata dalla legge, che può ricollegarsi forse, almeno nella sua sostanza logica, alla categoria della 'macroscopica illegittimità', coniata dalla dottrina, poi ripresa dalla stessa giurisprudenza. Ciò in particolare, a partire dalla nota sentenza Giordano a Sezioni unite (1987)<sup>55</sup>, con formule analoghe riprese anche dalla giurisprudenza più recente<sup>56</sup>, per stabilire i limiti della disapplicazione<sup>57</sup> dell'atto amministrativo. In definitiva sembra infatti che l'illegittimità concepita dalle Sezioni unite del 2011 sia da considerare 'macroscopica' proprio quando, a seguito di una rigorosa verifica della possibile conformità dell'atto agli interessi pubblicistici, si finisca con l'escludere una qualsiasi compatibilità con questi ultimi, risultando che l'"unica" ragione del compimento dell'atto sia il perseguimento di interessi privati.

L'accento posto sulla necessità di un simile puntuale e ultimativo accertamento sembra dunque rappresentare uno stato di avanzamento nel senso di una più sensibile applicazione dell'art. 323 c.p. Le Sezioni unite del 2011 mostrano tuttavia, a mio sommosso avviso, il limite di non ribadire la necessità della rigorosa verifica della violazione dello specifico parametro normativo richiesto dalla fattispecie: la legge (o il regolamento). Il mancato riconoscimento

<sup>54</sup> Di recente DI LANDRO, *La responsabilità per l'attività autorizzata nei settori dell'ambiente e del territorio*, Torino, 66, si è espresso nel senso dell'ammissione di un sindacato sull'attività discrezionale nel quadro dell'art. 323 c.p. pur sempre riferito ai «parametri di legittimità», entro cui tale azione si iscriva e «nei limiti in cui la norma giuridica di riferimento abbia natura immediatamente precettiva e la sua applicazione risulti controllabile con gli strumenti probatori del processo penale».

<sup>55</sup> Cass., Sez. un., 31 gennaio 1987, n. 3, Giordano, poi contraddetta dalla successiva sentenza Cass., Sez. un., 12 novembre 1993, n. 11635, Borgia, sul presupposto dell'accertamento di tutti gli elementi della fattispecie, estese il sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa.

<sup>56</sup> Cfr., Cass., Sez. IV, 20 luglio 2017, n. 38610, secondo cui "in materia di edilizia, ai fini della configurabilità del reato di lottizzazione abusiva non è sufficiente che l'atto concessorio sia meramente illegittimo per mancato rispetto delle norme che regolano l'esercizio del potere, ma è necessario che esso sia illecito, perché frutto dell'attività criminosa del soggetto che lo rilascia, o viziato da illegittimità macroscopica per contrarietà a norme imperative, tale da potersi ritenere sostanzialmente inesistente". Cfr., altresì Cass., Sez. III, 18 dicembre 2014, n. 7423, in *Cass. pen.*, 2015.

<sup>57</sup> Anche la dottrina si uniforma all'impostazione della sentenza Giordano, in particolare cfr., GAMBARDILLA, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 2, 742 ss., secondo cui la disapplicazione da parte del giudice penale dell'atto amministrativo illegittimo non può agire *in malam partem*, ovvero in tutti quei casi in cui lo stesso rappresenta un presupposto negativo della fattispecie di reato; altrimenti si violerebbe il principio di legalità *ex art 25 Cost.* e del suo corollario della tassatività e della tipicità di fattispecie.

dell'elemento di fattispecie, in assenza altresì di ogni altro oggettivo e formale criterio di selezione dell'abuso, comporta, invero, anche il rischio della valorizzazione delle semplici motivazioni, reali o presunte, dell'agente<sup>58</sup>.

Deve invece rimanere fermo che l'atto che si iscriva nel perimetro di legittimità, segnato dalle norme di legge (o di regolamento), comunque rientrante nelle possibili scelte opzionali rimesse alla valutazione discrezionale del pubblico amministratore per la tutela dell'interesse pubblico di riferimento, non potrà comunque integrare un abuso d'ufficio.

Le Sezioni unite del 2011, nella scia delle predette scelte interpretative, lasciano altresì in ombra il profilo del sindacato sui contenuti di puro merito. Ora, nonostante questi ultimi nella legislazione e nella prassi applicativa della legislazione amministrativa si vadano sempre più riducendo, emergendo una nota e consistente tendenza a limitare l'attività dell'amministrazione entro cornici di legalità formale, ove e nella misurati profili di puro merito permangono non può dubitarsi che debbano essere sottratti al sindacato del giudice penale, là dove si tenga conto del limite imposto dall'osservanza dei principi fondamentali della materia. Tuttavia il limite non poche volte non appare rispettato nella concreta applicazione delle fattispecie che presuppongono un'attività amministrativa illegittima, per l'amplissimo potere che spesso si finisce con il riconoscere al giudice penale nell'accertamento delle fattispecie medesime.

In sede di conclusioni, occorre perciò ribadire che l'unico rimedio efficace - che consenta di preservare l'applicazione della norma incriminatrice dal rischio di non controllabili percorsi interpretativi, a seguito di un sindacato di puro merito nell'abuso d'ufficio - risiede nel concepire una rigorosa verifica giudiziale del rispetto di parametri oggettivi e formali di illegittimità fissati dall'art. 323 c.p.

In prospettiva di riforma si potrebbe proporre il ricorso a parametri diversi da quelli attuali, anche parametri fissati dalla stessa pubblica amministrazione, che tengano conto degli interessi coinvolti e delle modalità utili per consentire il loro perseguimento<sup>59</sup>. Ma allo stato lo strumento messo a disposizione e

---

<sup>58</sup> Nel senso di una 'soggettivizzazione' dell'accertamento nella definizione del rilievo penalistico delle attività discrezionali (*Ermessenhandlungen*), in relazione alla figura della *Rechtsbeugung*, secondo il § 339 dello StGB, cfr., KUHLEN, in *NKStGB*, 5770, Rn 61, là dove rileva come talora il *BGH* consideri sufficiente che una "effettiva (nel senso di obiettiva), violazione del diritto, connessa allo sviamento del potere discrezionale, pur di per sé "non obiettivamente afferrabile" risulti tale alla stregua dei motivi e degli scopi del pubblico agente.

<sup>59</sup> Le riscontrate difficoltà interpretative hanno sollecitato proposte di riforma della fattispecie. Particolarmente significativa è quella proveniente dalla *Commissione di Studio e Riforma dell'abuso d'ufficio*, presieduta dal Prof. Castaldo, la quale ha ideato una fattispecie che meglio specificherebbe il parametro

imposto dal legislatore, per l'abuso d'ufficio è quello che si indentifica con il richiamo fatto dall'art. 323 c.p. della violazione di norma di legge (o di regolamento), (oppure l'altro parametro, qui non esaminato dell'omessa astensione, che violi specifiche disposizioni normative). Parametri da intendersi in maniera rigorosa.

**9. Segue. La “violazione di legge” quale elemento discrezionale di fattispecie? Esclusione. Riflessioni sistematiche.**

L'indirizzo che si discosta dalla necessità di una verifica di difformità oggettiva dell'atto amministrativo, realizzato dal pubblico agente, rispetto al parametro normativo, letteralmente fissato dall'art. 323 c.p. con la formula della 'violazione di legge' - indirizzo parzialmente avallato anche dalle Sezioni unite del 2011 - finisce col rinvenire nella fattispecie dell'abuso d'ufficio un vero e proprio elemento di 'natura discrezionale', nel senso di interpretare l'art. 323 come se testualmente prevedesse il reato anche nei casi in cui il pubblico agente "non avesse correttamente o adeguatamente esercitato il proprio potere discrezionale". Con la conseguenza che la definizione e l'accertamento di un simile elemento sarebbe di volta in volta, inesorabilmente, rimessa alla ricognizione discrezionale del giudice, in aperta violazione del principio di stretta legalità. Competerebbe cioè al giudice penale di riprodurre la valutazione discrezionale, alla radice dell'atto, per stabilire se ritenerlo o meno opportuno in vista degli interessi pubblicistici. Dalla ritenuta 'inopportunità' *discrezionalmente acquisita* dal giudice discenderebbe l'accertamento dell'elemento di fattispecie<sup>60</sup>.

---

normativo che sarebbe così formulato «in violazione di formali norme di legge o di regolamento inerenti la disciplina di forme, procedure e requisiti imposti per l'esercizio della funzione o del servizio stesso». L'elemento di grande novità della proposta risiederebbe altresì nella introduzione di una causa di non punibilità nelle ipotesi in cui il pubblico amministratore agisca nel rispetto di linee guida stabilite dall'amministrazione, prevedendosi appunto che «non sono punibili le condotte che il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio adotti nel rispetto delle linee-guida e dei pareri formalmente resi dall'Autorità regionale di controllo». L'intervento di tali strumenti garantirebbe l'agire del pubblico amministratore medesimo, almeno dal punto di vista della insussistenza dell'elemento psicologico. Per un'analisi approfondita della proposta di legge, cfr., NADDEO, *Abuso d'ufficio: tipicità umbratile o legalità crepuscolare del diritto vivente? Dogmatica di categorie e struttura del tipo nella prospettiva de lege ferenda*, in CASTALDO (a cura di), *op. cit.*, 31 ss.

<sup>60</sup> In generale sul tema della discrezionalità, con posizioni diverse, sotto diversi profili, BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965; DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 369 ss.; DOLCINI, voce *Potere discrezionale*, in *End. dir.*, XXXIV, 744 ss.; LATAGLIATA, *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Il Tommaso Natale*, 1975; MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, 1948; PALAZZO, *op.cit.* 14 ss.; RISICATO, *op.cit.*, 84 ss.; SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 50 ss.; STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971. Nella

In altri termini, è assolutamente necessario chiarire, al proposito, in qual misura gli elementi della fattispecie penale siano definibili dal giudice, ripercorrendo il procedimento di valutazione e scelta del pubblico amministratore per stabilire la effettiva legittimità o mera ‘opportunità’ dell’atto contestato. In qual misura cioè una simile valutazione e scelta siano o meno censurabili per l’essere orientate secondo criteri o ragioni non in linea con il precetto penale. In questo senso emerge immediatamente come la stessa posizione del problema - richiamando il concreto rischio di lacune di astratta ‘tipicizzazione’ a vantaggio di percorsi ‘liberi’ lasciati al giudice nella definizione dell’illecito penale - faccia nascere il serio quesito se lo stesso eventuale ‘aggancio’ della fattispecie penale al ‘merito’ delle scelte amministrative non confligga con il principio di determinatezza della norma e della fattispecie penale; con le relative indicazioni di un necessario approfondimento del delicato profilo nella formulazione del ‘tipo’ di reato, che occorre portare a un possibile stato di avanzamento<sup>61</sup>, comunque cercando di porre nella luce più chiara come al giudice penale non appartenga alcun potere squisitamente ‘discrezionale’ nell’interpretazione e applicazione della fattispecie (il c.d. *Tatbestandsermessen*, nella formula tedesca); ma solo poteri di ‘valutazione’ più o meno ampi, sempre nel rispetto della necessaria determinatezza dell’incriminazione.

Per consolidare tale conclusione basterebbe prendere atto della circostanza che l’acquisizione, secondo cui la fattispecie penale non può essere composta di elementi di natura ‘discrezionale’ nel senso di lasciare al giudice la ‘libera’ determinazione dell’effettiva definizione degli elementi medesimi - è un dato sul quale si sono ormai formate convinzioni scientifiche non revocabili in dubbio. Può al riguardo sorprendere che almeno nella pratica applicativa, ma non solo, non poche volte manchi una precisa riflessione sulle categorie generali consacrate dalla teoria generale del diritto penale a muovere dal rilievo che al giudice penale non può riconoscersi alcun potere discrezionale non espressamente attribuito dalla legge - e certamente tale potere non gli è assegnato nella definizione delle fattispecie incriminatrici - non potendo poi mancare di far presente come illustre dottrina penalistica abbia rilevato in generale che l’essenza della discrezionalità penale consista nella rinuncia ad

---

dottrina tedesca cfr., la classica opera di ENGLISH, *Einführung in das juristische Denken*, nella traduzione italiana: *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. A. Baratta e F. Giuffrida Repaci, Milano, 1970, 180 ss. Cfr., altresì BRUNS, *Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung*, Köln-Bonn-Berlin-München, 1974; WARDA, *Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht*, Köln-Bonn-München, 1962. Nella prospettiva di una dottrina pura del diritto, cfr., ELSNER, *Das Ermessen im Lichte der reinen Rechtslehre*, Berlin, 2011.

<sup>61</sup> Sul principio di determinatezza della fattispecie penale, cfr., FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, Torino, 2018, 81 ss.

esprimere un significato astratto, mentre «l'unico dato normativamente fissato, e quindi astrattamente ricostruibile, è lo scopo in vista del quale viene attribuito al giudice un potere discrezionale»<sup>62</sup>; sicché nei limiti in cui «v'è discrezionalità, non è possibile parlare di fattispecie o, comunque, di elementi di fattispecie»<sup>63</sup>.

Sempre la dottrina, partendo dalla indiscutibile inconciliabilità tra la categoria degli elementi normativi di fattispecie - tra i quali va annoverata la "violazione di legge" dell'art. 323 c.p.- e quella degli elementi discrezionali, ha anche lucidamente specificato come «gli elementi normativi, per quanto *indeterminati*, non concedono spazio alla discrezionalità del giudice intesa come potere dell'interprete di definire *in concreto* concetti insuscettibili di una qualificazione astratta»<sup>64</sup>. Né può esservi, dunque incertezza su una conclusione decisiva: «ove risultassero definizioni propriamente 'discrezionali' nella fattispecie incriminatrice, lasciate al libero apprezzamento del giudice, esse risulterebbero illegittime per frontale contrasto con il corollario della determinatezza»<sup>65</sup>, corollario indiscusso del principio di stretta legalità consacrato dall'art. 25 co. 2 Cost.

D'altronde la più attenta giurisprudenza di Cassazione non è meno precisa nell'indicare il significato dell'attribuzione e dell'esercizio di un potere 'realmente' discrezionale al giudice penale. La mente corre al luogo in cui per eccellenza il potere discrezionale si esplica nella materia delle incriminazioni, vale a dire la c.d. discrezionalità delle conseguenze giuridiche (che corrisponde alla formula tedesca del *Rechtsfolgenmesssen*), in particolare sulla commisurazione della pena, naturalmente sempre nel rispetto dei limiti di legge.

È chiaro che in tal caso, come in generale nell'ipotesi in cui venga riconosciuto un potere discrezionale, starà al giudice di merito esercitarlo; né l'esercizio di detto potere può essere oggetto di censura in Cassazione, che, quale giudice della legittimità, potrà soltanto censurare il "mero arbitrio" o il "ragionamento illogico" o la "insufficiente motivazione"<sup>66</sup>.

Sicché ammettere un sindacato discrezionale del giudice nell'applicazione della fattispecie incriminatrice verrebbe a sottrarla allo stesso controllo di legittimità; conseguenza palesemente inaccettabile.

Si tratta di principi consacrati dalla stessa Corte costituzionale. Basti far rife-

<sup>62</sup> BRICOLA, *op.cit.*, 100.

<sup>63</sup> BRICOLA, *op.e loc. ult. citt.*

<sup>64</sup> Cfr., RISICATO, *op.cit.*, 84.

<sup>65</sup> Cfr., FIORELLA, *op.cit.*, 82.

<sup>66</sup> Cfr., Cass., Sez. V, 9 maggio 2017, 29885, in *Guida al diritto* 2017, 33, 78.

rimento al noto caso Taricco, in cui la Corte di giustizia dell'unione europea, affidando al giudice di merito, ai fini dell'applicazione della prescrizione, ogni 'valutazione' circa la concreta tutela degli interessi finanziari dell'Unione, è sembrato finisse col conferire al giudice medesimo il ruolo di un vero e proprio 'giudice di scopo'. Ciò in contrasto con i principi che ispirano gli ordinamenti costituzionali di *civil law* che, appunto, «ripudiano l'idea che i tribunali penali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire»<sup>67</sup>. È quanto ha ritenuto di ribadire, come noto, la nostra Corte costituzionale sul presupposto fondamentale che al giudice «non possono spettare scelte basate su discrezionali valutazioni di politica criminale». Ora, per quanto nel caso Taricco il giudice delle leggi faccia riferimento al profilo 'apicale' della stessa "politica criminale", rimane che l'aspetto più concreto da tener presente, sempre secondo la Corte costituzionale, è nel senso che il giudice deve poter fare riferimento a «regole legali sufficientemente determinate», altrimenti «il contenuto di queste regole sarebbe deciso da un tribunale caso per caso, cosa che è senza dubbio vietata dal principio di separazione dei poteri di cui l'art. 25, secondo co., Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale». Vi è da precisare che, pur trattandosi nel caso Taricco della materia delle cause di estinzione, attinente alla sfera della punibilità, la Corte costituzionale guarda ad una "fattispecie condizionante" della punibilità medesima, ancorché diversa dalla fattispecie incriminatrice, considerandola comunque sottratta alla discrezionalità del giudice. È superfluo aggiungere che, una discrezionalità giudiziale, strettamente intesa, vada a maggior ragione esclusa in riferimento alla ricognizione degli elementi strutturali della fattispecie incriminatrice.

Quanto appena precede suggella cioè, in definitiva, l'evidente errore di chi finisce con l'attribuire al giudice penale un potere discrezionale nella definizione di un elemento essenziale della fattispecie di abuso d'ufficio, qual è la "violazione di legge", sia pur nella scia di una interpretazione che vorrebbe astrattamente dar conto dell'effettivo procedimento decisionale del pubblico amministratore. Abbiamo invero osservato come un sindacato nel 'puro' merito dell'atto amministrativo permetterebbe al giudice penale di ripercorrere *ex novo* la via di una decisione presa nel caso concreto, discrezionalmente, alla stregua della mera opportunità dell'atto medesimo o comunque di una valutazione che prescinderebbe dal riferimento ad un parametro oggettivo e formale munito di sufficiente, astratta determinatezza. Se ciò fosse, la ritenuta

---

<sup>67</sup> Cfr., Corte cost. ord. n. 24 del 2017, par. 9.

configurabilità dell'elemento di fattispecie si sottrarrebbe persino al controllo in Cassazione, come ogni valutazione non di stretta legittimità.

In tal senso si segnala particolarmente la più attenta, citata giurisprudenza successiva alla sentenza delle Sezioni unite del 2011, che, correggendo in positivo quest'ultima decisione, ribadisce la necessità che la 'violazione di legge' (o di regolamento) sia specificamente individuata e contestata, dovendo altrimenti escludere la particolare illegittimità della condotta tipicizzata dall'art. 323 c.p. Va dunque sgombrato il campo da ogni possibile equivoco che, nell'accertamento della condotta, e delle sue qualificazioni, venga dato alle semplici motivazioni dell'agente, ma anche ad ogni possibile sindacato del giudice penale sui contenuti "prettamente discrezionali" dell'attività amministrativa, sganciato da una puntuale verifica del parametro oggettivo e formale della legge (o del regolamento) e della relativa violazione.