

CONFRONTO DI IDEE

MASSIMO RICCIARELLI

Il nuovo abuso di ufficio: un difficile punto di equilibrio

L'articolo, nel dar conto dei plurimi interventi legislativi sulla fattispecie dell'abuso di ufficio, inserisce la stessa nel quadro dei valori costituzionali e si sofferma sulle criticità derivanti dalle modifiche introdotte dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, nonché sulle prime applicazioni giurisprudenziali, sottolineando come sia rimasta immutata la condotta costituita dalla violazione dell'obbligo di astensione e come per il resto il riferimento alle regole di condotta specifiche e alla provenienza delle stesse da fonte legislativa produca una parziale depenalizzazione, la cui estensione dipenderà dalla possibilità o meno di ricavare regole specifiche anche da principi generali.

The new abuse of office: a difficult point of balance

The article, in giving an account of the multiple legislative interventions on the case of abuse of office, places it within the framework of constitutional values and focuses on the critical issues arising from the changes introduced by the legislative decree 16 July 2020, n. 76, converted by the law 11 September 2020, n. 120, as well as on the first jurisprudential applications, underlining how the conduct constituted by the violation of the obligation to abstention has remained unchanged and how for the rest the reference to the specific rules of conduct and the origin of the same from a legislative source produces a partial decriminalization, whose extension will depend on whether or not it is possible to derive specific rules from general principles as well.

SOMMARIO: 1. L'evoluzione della fattispecie. - 2. L'abuso di ufficio nel quadro dei valori costituzionali. - 3. La conferma della struttura della fattispecie. - 4. La violazione dell'obbligo di astensione. - 5. L'ipotesi della condotta inosservante. Lo sviamento di potere. - 6. La violazione di regole specifiche. - 7. La provenienza della regola da fonte legislativa. - 8. La rilevanza della violazione di altra norma penale. - 9. L'elemento psicologico. - 10. Conclusioni.

1. *L'evoluzione della fattispecie.* La rilevante modifica dell'art. 323 cod. pen. operata dall'art. 23 d.l. 16 luglio 2020 n. 76 (c.d. decreto semplificazioni), convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, costituisce l'ultimo episodio di intervento legislativo volto a delimitare e definire l'ambito applicativo della fattispecie dell'abuso di ufficio, così da renderne inequivoci i presupposti e scongiurare il rischio di interferenze nell'esercizio della discrezionalità amministrativa.

Nel disegno originario del codice Rocco¹ l'art. 323 cod. pen. costituiva una fattispecie residuale, applicabile nei casi in cui il fatto non fosse stato previsto da altra disposizione incriminatrice, ed era incentrato sull'abuso dei poteri inerenti alle funzioni, al fine di recare ad altri un danno o di procurargli un vantaggio.

¹ Sul tema FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale-Parte speciale*, 2007, 243 ss; PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso di ufficio*, in www.giurisprudenzapenale.it.

La tutela contro l'indebito approfittamento della funzione era assicurata dalla fattispecie dell'interesse privato in atti di ufficio, prevista dall'art. 324 cod. pen., in base al quale era punito il fatto di prendere un interesse privato direttamente o per interposta persona, in qualsiasi atto della pubblica amministrazione presso la quale il soggetto esercitava il suo ufficio.

La difficoltà di inquadrare con precisione le condotte punibili, che, secondo un'interpretazione giurisprudenziale prevalente, non potevano risolversi nella mera violazione dell'obbligo di astensione,² essendo necessaria una concreta attività, ma potevano essere ravvisate a prescindere dall'illegittimità dell'atto e dalla mancata coincidenza della finalità privata con l'interesse pubblico, essendo rilevante l'inserimento della prospettiva di privato interesse,³ indusse il legislatore ad intervenire sul sistema dei reati contro la pubblica amministrazione, con l'intento di razionalizzarne i rispettivi ambiti di applicazione con definizioni più precise.

Nel 1990 con la legge n. 86 fu dunque abrogata la fattispecie dell'interesse privato in atto di ufficio e fu riscritta quella di cui all'art. 323 cod. pen., che, al di fuori delle ipotesi corruttive o concussive, assunse la fisionomia di norma cardine del sistema, non più sussidiaria, ma soggetta a consumazione ove il fatto fosse previsto come più grave reato.

In definitiva si cercò di ricondurre all'abuso di ufficio ogni ipotesi di utilizzo affaristico o interessato della pubblica funzione, considerando la condotta finalizzata a vantaggio proprio o altrui e quella finalizzata a danno altrui, ma con un'autonoma previsione dell'abuso volto a realizzare un vantaggio di tipo patrimoniale, per la quale era previsto un più elevato trattamento sanzionatorio.

Inoltre, fu specificamente previsto che il vantaggio o il danno perseguiti dovessero essere ingiusti, in modo da escludere la punibilità di condotte volte a realizzare risultati di per sé non contrastanti con l'ordinamento.

Fu conservata la struttura della fattispecie, connotata da dolo specifico, proiettato verso un esito, la cui verifica non incideva sulla consumazione del reato.

Con legge 16 luglio 1997, n. 234 fu effettuato un nuovo intervento, volto ad ulteriormente delimitare l'ambito applicativo della fattispecie, allo scopo di conferirle maggiore specificità e di assicurarne un'applicazione rispettosa del riparto di attribuzioni tra potere giudiziario e pubblica amministrazione, scongiurando il rischio di un indebito sindacato sull'autonomo esercizio della di-

² Cass. Sez. VI, 11 maggio 1971, Ambrosio, in *Mass. Uff.*, n. 118483.

³ Cass. Sez. VI, 13 gennaio 1981, Grassano, in *Mass. Uff.*, n. 149360.

screzionalità.

Le modifiche furono rilevanti e riguardarono ogni profilo della fattispecie⁴.

Fu delineata una condotta connotata dalla violazione di norme di legge o di regolamento ovvero dalla violazione dell'obbligo di astensione in presenza di un interesse proprio, fu previsto un evento consumativo, costituito dalla realizzazione di un ingiusto vantaggio patrimoniale proprio o altrui o di un ingiusto danno altrui, con eliminazione di ogni riferimento a vantaggi non patrimoniali, fu inoltre introdotto il coefficiente psicologico dell'intenzionalità, in modo che fosse punibile la condotta tenuta dal pubblico agente che aveva avuto specificamente di mira l'evento realizzato.

Ma anche tale formulazione della fattispecie ha finito con il riproporre alcune delle criticità che erano state poste a fondamento delle precedenti riforme.

Accanto al tema della tipicità e della salvaguardia dell'autonomia della valutazione discrezionale, è stata sottolineata la c.d. paura della firma da parte di funzionari timorosi di adottare atti di loro competenza per il rischio di essere soggetti a controlli e indagini.⁵

Si tratta di profilo particolarmente valorizzato nella fase emergenziale seguita alla crisi pandemica, attesa la necessità di perseguire con sollecitudine obiettivi di ripresa, implicanti anche una sollecita azione degli organi amministrativi.

Non è certo un caso, in tale quadro, che accanto alla modifica della fattispecie dell'abuso di ufficio, sia stata introdotta anche una modifica dei presupposti della responsabilità erariale, con un intervento temporaneo di esclusione della responsabilità per colpa grave in caso di condotta attiva e con un rafforzato onere probatorio a carico della parte pubblica con riguardo al dolo.⁶

In realtà, si tratta di una scelta non necessitata, che muove da presupposti analoghi a quelli che avevano caratterizzato la stagione della c.d. medicina difensiva,⁷ senza tuttavia considerare che la paura di scelte sbagliate, valutabili anche sotto il profilo della colpa, non può equivalere a quella discendente da comportamenti, che, per assumere rilievo penale, devono essere connotati dal dolo nella forma più incisiva, espressiva di preordinazione.

⁴ Si richiamano ancora autori e opere di cui alla nota 1.

⁵ GATTA, *Da «spazza-corrotti» a «basta paura»: il decreto semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso di ufficio, approvata dal Governo «salvo intese»*, in *Sist. pen.*, 17 luglio 2020.

⁶ Sul punto GAMBARDELLA, *La modifica dell'abuso di ufficio al vaglio della prima giurisprudenza di legittimità: tra parziale abolitio criminis e sindacato sulla discrezionalità amministrativa*, in *Cass. Pen.*, 2021, 493 ss.

⁷ CUPELLI, *L'abuso di ufficio*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di Romano, Marandola, 2020, 291.

Sta di fatto che con l'intervento legislativo in esame,⁸ ferma restando la clausola di consunzione, è stata modificata la descrizione della prima ipotesi di condotta rilevante, essendosi stabilito che la punibilità presuppone la violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, essendosi invece confermata la parallela ipotesi della violazione dell'obbligo di astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti ed essendo rimasta immutata la fattispecie nella parte restante, cioè con riguardo all'evento e al dolo intenzionale.

Risulta dunque evidente che la modifica, rispetto all'ipotesi previgente, ha inciso solo con riguardo ad una delle ipotesi di condotta, cioè quella non correlata alla violazione dell'obbligo di astensione, e ha attribuito rilevanza alla violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge, con esclusione dei regolamenti, prevedendo inoltre che le regole di condotta non lascino residui margini di discrezionalità.

L'intendimento del legislatore, fatto palese della terminologia usata, è dunque quello di evitare ogni sconfinamento del controllo di legalità nella sfera della discrezionalità e, nel contempo, di limitare la punibilità alla violazione di regole di condotta specifiche, tali, secondo le intenzioni, da definire in modo preciso l'operato del pubblico agente, in modo che non possa dirsi reale il rischio di avvio di procedimenti sulla base di presupposti incerti e indeterminati.

2. *L'abuso di ufficio nel quadro dei valori costituzionali.* La fattispecie, così come riformulata, si inserisce in un sistema di principi e, in primo luogo, di valori e deve essere inquadrata all'interno di essi per verificare se essa risulti coerente o si esponga ad operazioni ermeneutiche adeguatrici.

Le disposizioni penali in materia di reati contro la pubblica amministrazione sono volte a tutelare un interesse che trova riscontro nella Costituzione, sia sotto il profilo della tutela del buon andamento e dell'imparzialità della pub-

⁸ Per l'analisi dell'intervento legislativo si fa rinvio a GATTA, op. cit.; GAMBARDILLA, op. cit.; PADOVANI, op. cit.; B. ROMANO, *La continua riforma dell'abuso di ufficio e l'immobilismo della pubblica amministrazione*, in *Il Penalista*, NISCO, *La riforma dell'abuso di ufficio. Un dilemma legislativo insoluto, ma non insolubile*, in www.sistemapenale.it; NADDEO, *I tormenti dell'abuso di ufficio, tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in www.penaledp.it; PISANI, *La riforma dell'abuso di ufficio nell'era della semplificazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2021; MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma e la riemergente tentazione «neutralizzatrice» della giurisprudenza*, in www.sistemapenale.it; PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso di ufficio?*, in *Sist. pen.*, 2021, 7-8; DELLA RAGIONE-CASTALDO, *Abuso di ufficio, reato da abrogare?*, in www.quotidianogiuridico.it.

blica amministrazione (art. 97 Cost.) sia sotto il profilo del dovere di adempimento delle pubbliche funzioni con disciplina e onore (art. 54 Cost.).

Spetta, d'altro canto, al legislatore di delineare il complessivo quadro delle condotte punibili, al fine di ricomporre in un adeguato mosaico la sfera di tutela di un determinato bene-interesse.

La frammentarietà del diritto penale implica dunque che la tutela si attui attraverso la selezione di condotte tali da arrecare lesione a quel bene, ma, al tempo stesso, non può valere ad eludere la primaria esigenza di tutela discendente dal pericolo di compromissione di interessi di rilievo costituzionale, in un quadro comparativamente adeguato di previsioni sanzionatorie.

Paradossalmente, avrebbe potuto dirsi coerente con il volto costituzionale dell'ordinamento la scelta del codice Rocco di confinare la fattispecie dell'abuso di ufficio in un ambito di residualità, nel duplice presupposto che l'abuso costituisse comunque un requisito di essenza della punizione e che al tempo stesso esso fosse rilevante solo ove il fatto non avesse trovato diversa autonoma configurazione.

A ben guardare, dunque, si recepiva l'idea dell'abuso di ufficio come norma di chiusura, ritenendosi comunque illecito l'abuso dei poteri inerenti alla pubblica funzione, ove finalizzato a danno o vantaggio altrui.

Sta di fatto che l'abuso dei poteri o della qualità e la violazione dei doveri continua a rappresentare un elemento di fondamentale rilievo nel sistema penale, ciò sia nella sfera pubblicistica sia nella sfera privata, come ampiamente dimostrato, fra l'altro, da disposizioni come quelle previste dall'art. 61, comma primo, n. 9 e n. 11 cod. pen.

D'altro canto, la nozione di abuso, che continua a comparire quale elemento costitutivo di fattispecie penali di fondamentale rilievo, forma ormai oggetto di una stratificata interpretazione giurisprudenziale⁹, incentrata sulla strumentalizzazione del potere o di una sfera di potere, impropriamente rivolto ad obiettivi non conformi all'ordinamento, senza che al riguardo possano rilevare le modifiche dell'art. 323 cod. pen.¹⁰

Se dunque può dirsi che l'originaria fattispecie dell'interesse privato in atti di ufficio poneva dubbi rilevanti in ordine al concreto apprezzamento della condotta punibile, in ragione dell'ambiguità del riferimento alla presa di interesse privato, non ulteriormente qualificato in termini di ingiustizia e di conformità all'ordinamento, ben più difficilmente si sarebbero potuti formulare dubbi circa la capacità di tenuta di una formulazione incentrata sulla nozione di

⁹ Si rinvia a Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, Maldera, in *Mass. Uff.*, n. 258470-6.

¹⁰ Cass., Sez. VI, 18 novembre 2020, Montini, in *Mass. Uff.*, n. 280941.

abuso finalizzato, tale da evocare *ex se* un'idea di illiceità della condotta e della prospettiva perseguita.¹¹

Sulla scorta di tali premesse l'unificazione delle condotte di abuso, funzionali ad interessi o danni ingiusti, finiva per dare rilievo al nucleo di quelle condotte, quale caposaldo della tutela costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione e di un valore rappresentato non dall'astratto e formale rispetto del prestigio della pubblica amministrazione ma dello svolgersi della sua azione con disciplina e onore.

Era indubbiamente legittima la rivendicazione dell'autonomia della sfera di valutazione demandata alla pubblica amministrazione, non potendosi dire consentito un sindacato della discrezionalità e del merito delle scelte.

Tuttavia non avrebbe potuto sottacersi che il controllo di legalità affidato alla giurisdizione penale non è destinato alla verifica della legittimità degli atti, ma a quella della illiceità dei comportamenti, quand'anche concretantisi in attività amministrativa deviata e tale da sconfinare in esiti illecitamente preordinati.¹²

Ogni tentativo di affinamento della fattispecie avrebbe dovuto comunque confrontarsi con l'esigenza di rendere il sistema coerente nel suo complesso con la tutela di un valore di fondo, pur mirando a salvaguardare l'autonomia delle valutazioni riservate alla pubblica amministrazione.

Non si intende disconoscere quanto più volte rilevato dalla Corte costituzionale in ordine al fatto che le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono in quella penale, ben potendo essere soddisfatte con diversi tipi di precetti e sanzioni, senza necessità di coinvolgere lo scrutinio della discrezionalità.¹³

Correlativamente l'attribuzione al sistema penale del valore di tutela rafforzata di determinati beni-interessi ben avrebbe potuto suggerire una selezione delle condotte rilevanti: si comprende in tale prospettiva la scelta di non colpire con la sanzione prevista per l'abuso di ufficio, il perseguimento di una finalità di vantaggio non patrimoniale, e quella di sostituire la tutela anticipata connotata dalla rilevanza del dolo specifico con la previsione di un reato di evento, qualificato dal coefficiente psicologico dell'intenzionalità, tale da disvelare l'intendimento improprio perseguito dal pubblico agente oltre ogni possibile margine di equivoco.

Ma proprio nella prospettiva della connotazione univoca dell'intenzionalità

¹¹ Può al riguardo richiamarsi Corte cost., n. 7 del 1965; BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in *Riv. it.*, 1996, 985.

¹² Contrario alla valorizzazione dell'art. 97 Cost., al fine di giustificare qualunque tipo di ingerenza del giudice penale nel campo della discrezionalità amministrativa, MERLO, *op. cit.*, 10, che ritiene più consoni il controllo di legalità affidato alla giurisdizione amministrativa.

¹³ Corte cost., n. 447 del 1998; Corte cost., n. 251 del 2006.

rivolta a danno o vantaggio, meno coerente avrebbe potuto considerarsi la scelta di delimitare la rilevanza della condotta punibile, oltre che alla violazione dell'obbligo di astensione, alla violazione di norme di legge o di regolamento, a fronte della pluralità di discipline la cui violazione costituisce oggetto di doveroso rispetto da parte del pubblico agente, nel quadro dei richiamati valori costituzionali.

Tali considerazioni risultano quanto mai rilevanti al cospetto della nuova formulazione, dichiaratamente volta a restringere e precisare l'ambito di applicazione della fattispecie, ma senza individuazione di un intervento compensativo, tale da assicurare la complessiva coerenza del sistema.

Se lo scopo è quello di assicurare una fattispecie dai parametri certi e indiscutibili, ci si deve tuttavia domandare se possa dirsi realmente coerente a tale fine l'esclusione del parametro rappresentato dalle norme regolamentari, considerato anche che proprio le norme regolamentari contengono le regole di condotta precise, affidate alla concreta applicazione da parte del pubblico agente, dovendosi per contro rilevare come i sempre più ampi interventi di delegificazione finiscano per affidare proprio a quella fonte normativa, a rigore non più rilevante ex art. 323 cod. pen., la concreta disciplina di significativi settori.¹⁴

Se la finalità è quella di escludere interferenze con la sfera della discrezionalità amministrativa, il quesito che si pone è quello di stabilire come possa inquadrarsi la tutela di un bene di elevato rango, coinvolgente l'interesse della collettività, non solo a fronte di derive di tipo affaristico, ma anche in rapporto alla posizione di singoli soggetti esposti ad indebita prevaricazione, non altrimenti punibile, con un drastico ridimensionamento del controllo, dal quale sarebbe escluso lo stesso risultato prodotto, quand'anche contrastante con l'ordinamento, ma in assenza della violazione di regole formali, essendo tanto maggiore il rischio di esiti siffatti quanto minore è il grado di sottoposizione di determinati settori a regole di condotta rigide.

E' stato sottolineato come, pur a fronte del numero esiguo di processi giunti al termine con la condanna dell'imputato per abuso di ufficio, risulti eccessivo il numero dei procedimenti avviati, poi non approdati ad alcun risultato,¹⁵ ciò cui dovrebbe contrapporsi una drastica limitazione della sfera di intervento per notizie di reato di abuso di ufficio, di cui dovrebbe più agevolmente valutarsi *ab origine* l'infondatezza.

Ma alla resa dei conti si finisce per tale via per ammettere che sia prevalente

¹⁴ Sul punto MERLO, op. cit., 4.

¹⁵ GATTA, op. cit., 5

l'interesse ad evitare indagini infruttuose sull'interesse ad assicurare l'effettiva rispondenza dell'operato dei pubblici agenti ai canoni di buon andamento e imparzialità, con la conseguenza che finirebbero per essere punibili condotte di scarso rilievo, correlate a violazioni minute: di qui l'opinione di alcuni commentatori, secondo cui sarebbe statam piuttosto preferibile la radicale abrogazione della norma.¹⁶

3. *La conferma della struttura della fattispecie.* Confrontando la precedente formulazione con quella introdotta dal decreto- semplificazioni, si ribadisce in primo luogo che è mantenuta la struttura del reato di evento, connotato da dolo intenzionale, correlato alla realizzazione di un vantaggio patrimoniale ingiusto, proprio o altrui, o ad un danno ingiusto altrui.

È stata dunque ribadita la necessità della c.d. doppia ingiustizia, da un lato inerente alla condotta e dall'altro autonomamente riferibile al risultato di vantaggio o danno.

Occorre in particolare che l'accrescimento della sfera patrimoniale, in cui si concreta il vantaggio, o la lesione di situazioni soggettive, non necessariamente di contenuto patrimoniale, in cui si concreta il danno, siano autonomamente qualificabili come non spettanti in base al diritto oggettivo o *contra ius*, non essendo comunque richiesto che l'ingiustizia discenda da violazioni di norme o principi diverse da quelle che già qualificano la condotta inosservante.¹⁷

Peraltro, l'ingiustizia dell'evento di danno o vantaggio deve essere specificamente valutata anche nei casi di violazione dell'obbligo di astensione, non essendo tale violazione *ex se* idonea ad integrare il reato in tutti i suoi elementi costitutivi.¹⁸

Ciò assume rilievo soprattutto per sottolineare come nei casi in cui la condotta consista in tale violazione, la valutazione circa la conformità o meno del risultato all'ordinamento potrà essere effettuata in relazione a tutte le disposizioni applicabili, siano esse specifiche ovvero di carattere più generale, prescindendo inoltre dalla fonte, cioè la Costituzione, la legge, il regolamento o altro genere di disciplina.

Va, nel contempo, sottolineato che il riferimento alla inosservanza di norme

¹⁶ Si rinvia alle osservazioni critiche di GAMBARDELLA, op. cit., 501.

¹⁷ Cass. Sez. VI, 4 novembre 2015, Ricci, in *Mass. Uff.*, n. 265473; Cass. Sez. VI, 7 luglio 2016, Brigandì, *ivi*, n. 268222.

¹⁸ Cass. Sez. VI, 6 febbraio 2020, Stefanelli, in *Mass. Uff.*, n. 278723; Cass. Sez. VI, 14 aprile 2021, Ronconi, in cui in relazione alla condotta di un pubblico ministero si segnala che la violazione dell'obbligo di astensione e il sotteso difetto di imparzialità assumono rilievo in quanto si traducano in iniziative pretestuose, strumentali al perseguimento di finalità persecutorie.

(legge o regolamento in base alla disciplina previgente; legge o atti aventi forza di legge in base alla novella legislativa) qualifica la condotta, ma non necessariamente anche l'evento, come detto, soggetto a specifica valutazione di ingiustizia.

Si pone al riguardo il problema di stabilire se possa assumere rilevanza la violazione di norme di qualsiasi tipo, anche di natura meramente procedurale, o se debba invece aversi riguardo a norme precettive, che abbiano influenza sul risultato finale.¹⁹

In realtà la qualificazione della disposizione come procedurale o precettiva non sembra decisiva, essendo invece rilevante che la violazione possa concretamente riverberarsi nel vantaggio o nel danno prodotti, sia che si tratti di violazione di un precetto inerente al nucleo essenziale della disciplina sia che invece venga in rilievo una disposizione attributiva di potere e di competenza o funzionale al corretto sviluppo del procedimento e al corretto apprezzamento degli interessi in gioco.²⁰

4. *La violazione dell'obbligo di astensione.* Se la lettura della nuova disposizione induce a prospettare, come si avrà modo di ribadire, un restringimento della sfera della punibilità, con riguardo alla condotta inosservante di norme, che devono essere precise, non prevedere margini di discrezionalità, provenire dalla fonte legislativa, può dirsi certo che nulla sia mutato con riferimento alla condotta tenuta in violazione dell'obbligo di astensione in presenza di un interesse proprio, che non preclude l'analisi del complessivo operato del pubblico agente, anche se connotato da discrezionalità.

Di qui l'assunto che siffatto profilo della condotta rilevante possa essere valorizzato al fine di ovviare al restringimento dell'operatività dell'art. 323 cod. pen.²¹

Va in proposito rilevato come sulla base di un orientamento giurisprudenziale

¹⁹ Segnala la necessità di rinvenire un nesso tra la violazione rilevante e l'evento prodotto, MERLO, op. cit., 15; per l'esclusione di qualsiasi rilievo della violazione di norme procedurali, PARODI GIUSINO, op. cit., 76.

²⁰ Secondo Cass. Sez. VI, 7 aprile 2005, Fabbri, in *Mass. Uff.*, n. 231341, è rilevante la violazione di disposizioni che abbiano un contenuto prescrittivo, che non esauriscano la loro funzione all'interno del procedimento, ma incidano sulla decisione; Cass. Sez. VI, 14 giugno 2007, Serione, in *Mass. Uff.*, n. 238027, ha dato rilievo anche alla mancanza di un'adeguata istruttoria volta ad accertare i requisiti richiesti per l'adozione di un provvedimento autorizzativo; Cass. Sez. VI, 25 settembre 2018, Iorio, in *Mass. Uff.*, n. 275642, ha ritenuto di poter ravvisare una violazione di legge rilevante nell'esercizio da parte della Giunta di un potere affidato al Consiglio regionale, ma ha tuttavia in concreto escluso la configurabilità di un danno ingiusto.

²¹ Prospettano tale ipotesi PADOVANI, op. cit., 7, MERLO, op. cit., 13.

consolidato,²² peraltro compatibile con il dato letterale e non in contrasto con la *ratio* della disposizione, volta a valorizzare l'imparzialità del pubblico agente, si individui nello stesso art. 323 cod. pen. una fonte autonoma del dovere di astensione, anche a prescindere da specifiche discipline di settore, che contemplino quell'obbligo,²³ le quali assumono rilievo aggiuntivo.

Proprio il riferimento all'interesse proprio -il quale deve peraltro staticamente preesistere al compimento dell'atto e rappresenta di per sé un *vulnus* al libero e imparziale esercizio dell'attività amministrativa- consente di rimarcare la sovrapposibilità dell'ipotesi a quella originaria dell'interesse privato in atti di ufficio: l'azione connotata da un interesse proprio è infatti la base di riferimento della concreta presa di interesse, che può tradursi in un vantaggio ingiusto inerente alla sfera privata del pubblico agente, a prescindere dal carattere vincolato o discrezionale dell'azione amministrativa.²⁴

Ciò che muta è peraltro l'apprezzamento del dolo e quello dell'evento, che, al di là delle incertezze palesatesi nella vigenza dell'art. 324 cod. pen., deve essere riconosciuto come oggettivamente ingiusto.

In ogni caso, appare paradossale che lo sforzo volto a ridimensionare la figura dell'abuso di ufficio abbia finito per condurre alla valorizzazione di quei profili della condotta che già connotavano la fattispecie cardine, rappresentativa della gestione affaristica e interessata dei pubblici poteri, potendo risultare bastevole l'ulteriore qualificazione dell'evento, per eliminare dubbi in ordine alla considerazione della portata illecita dal comportamento.

5. L'ipotesi della condotta inosservante. Lo sviamento di potere. Sul versante della condotta inosservante di norme, si manifestano le maggiori differenze tra la formulazione previgente e quella introdotta dalla novella legislativa, e con esse le correlate problematiche interpretative, con le quali la giurisprudenza si dovrà confrontare.

In particolare, si tratta di valutare l'incidenza del riferimento a regole di condotta specifiche, da cui non residuino margini di discrezionalità, e alla derivazione di tali norme da fonte legislativa.

All'osservazione che la nuova disposizione abbia inteso riferirsi solo alla disciplina che regoli in modo preciso l'attività del pubblico agente, precludendo

²² Cass., Sez. VI, 19 ottobre 2004, Evangelista, in *Mass. Uff.*, n. 231477; Cass. Sez. VI, 15 marzo 2013, De Martin Topranin, in *Mass. Uff.*, n. 255324.

²³ Si consideri ad esempio l'art. 78, comma 2, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

²⁴ Parla al riguardo di eterogenesi dei fini con riguardo alla perdurante rilevanza della violazione dell'obbligo di astensione e alla sua acquisita centralità, PADOVANI, op. cit., 11.

qualsiasi sindacato sull'esercizio della discrezionalità, ha fatto riscontro la diffusa convinzione di una parziale *abolitio criminis*, rispetto alla disciplina precedente.²⁵

Si è sostenuto che non possa aversi riguardo a principi generali, che costituiscono solo un generico parametro di riferimento, e che non possano prendersi in considerazione le disposizioni che conferiscono poteri discrezionali.²⁶

Si tratta certamente del tema più delicato.

Va al riguardo osservato che dopo le riforme del 1990 e soprattutto del 1997 si riteneva che potesse dirsi superato l'orientamento che faceva leva su principi generali, riconducibili all'art. 97 Cost. o a disposizioni di legge che li richiamavano, evocando canoni generali come quelli di trasparenza ed economicità dell'azione.²⁷

Ma, in realtà, deve in primo luogo rilevarsi come il riferimento alla violazione di norme di legge non potesse e non possa oggi intendersi nel senso di escludere la possibilità di aver riguardo alla legge fondamentale, cioè alla stessa Costituzione, dovendosi inoltre considerare, in materie soggette a disciplina pluri-piano, la stratificazione di disposizioni di fonte diversa, che comunque trovano fondamento nella legge o addirittura in fonti settorialmente sovraordinate, come il diritto europeo, ove direttamente vincolante.

La percezione del carattere generale e programmatico di affermazioni di principio, come quelle incentrate sull'imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa, anche quando non espresse in modo definito da specifiche discipline di settore, non poteva impedire di individuare un valore cogente nella direttiva generale, quale regola dell'agire del pubblico agente, risultando invero paradossale che potesse dirsi non vincolante il divieto di un'azione parziale o discriminatoria.

La circostanza, che la concreta espressione di quei principi dovesse realizzarsi sulla base di valutazioni discrezionali, non impediva di individuare una preci-

²⁵ In tal senso si richiamano alcune delle prime sentenze di legittimità emesse alla luce della modifica legislativa: Cass. Sez. VI, 9 dicembre 2020, Garau, in *Mass. Uff.*, n. 280296; Cass. Sez. VI, 8 gennaio 2021, Micheli, *ivi* n. 281158, che nondimeno ha sottolineato la perdurante rilevanza della violazione dell'obbligo di astensione.

²⁶ In tal senso MERLO, op. cit., 6; PAGELLA, La Cassazione sull'*abolitio criminis* parziale dell'abuso di ufficio dopo il «decreto semplificazioni», in *www.sistemapenale.it*; assai problematica la posizione di PARODI GIUSINO, op. cit., 90. Fortemente critico con l'impostazione della novella PADOVANI, op. cit., 10, che parla di irrocervo normativo.

²⁷ Si richiama al riguardo Cass. Sez. II, 4 dicembre 1997, Tosches, in *Mass. Uff.*, n. 210224, che aveva sottolineato la necessità, alla luce della riforma del 1997, di riferirsi a norme che non fossero genericamente strumentali alla regolarità dell'attività amministrativa, ma vietassero puntualmente il comportamento del pubblico agente.

sa *regola iuris* nella causa attributiva di un determinato potere, tale da imporre al pubblico agente di realizzare la finalità per la quale il potere era conferito.

La combinazione tra i principi generali di imparzialità e non discriminazione e il riferimento alla causa attributiva del potere finiva per ricondurre alla violazione di una regola cogente anche lo sviamento di potere, sotteso all'improprio esercizio della discrezionalità, non in quanto si fosse realizzato un risultato giudicato inopportuno, ma in quanto si fosse ritenuto che il potere fosse stato deliberatamente utilizzato per una finalità impropria.²⁸

E tale inquadramento aveva finito per trovare l'autorevole avallo delle Sezioni Unite,²⁹ che avevano specificamente ritenuto rilevante, quale inosservanza di *regola iuris*, lo sviamento di potere, costituente violazione della causa attributiva del potere, valutato dinamicamente in funzione del perseguimento di un determinato interesse.

Ed invero deve rimarcarsi come ogni regola imponga una determinata condotta, la quale ben può essere anche soggettivamente qualificata.

Ed allora risulta possibile trarre da un principio in apparenza generale, quale quello di imparzialità e non discriminazione, una regola di condotta specifica, incentrata sul divieto di una condotta deliberatamente parziale o discriminatoria, quale risultato di una specifica direzione della volontà.³⁰

Una simile regola si pone anzi quale limite esterno alla discrezionalità, nel senso che l'esercizio di quest'ultima non può avvenire che entro i confini da essa segnati.

Se ciò spiega le ragioni del successo di un orientamento diverso da quello a suo tempo preconizzato all'indomani della riforma del 1997, al tempo stesso impone una nuova verifica della sua praticabilità alla luce della novella legisla-

²⁸ La valorizzazione di tali considerazioni trova riscontro nei rilievi di GAMBARDELLA, op. cit., 498 segg.

²⁹ Cass. Sez. un. 29 settembre 2011, Rossi, in *Mass. Uff.*, n. 251498.

³⁰ Secondo Cass. Sez. VI, 14 giugno 2001, Artibani, in *Mass. Uff.*, n. 253804, il requisito della violazione di legge può consistere anche nella inosservanza dell'art. 97 Cost., nella parte immediatamente precettiva che impone ad ogni pubblico funzionario, nell'esercizio delle sue funzioni, di non usare il potere che la legge gli conferisce per compiere deliberati favoritismi e procurare ingiusti vantaggi o per realizzare intenzionali vessazioni o discriminazioni e procurare ingiusti danni; analogamente Cass. Sez. VI, 30 gennaio 2013, Baccherini, in *Mass. Uff.*, n. 256003, ha rilevato che il requisito della violazione di legge o di regolamento può consistere anche nella inosservanza del principio di imparzialità previsto dall'art. 111 comma secondo della Costituzione, espressione del più generale principio previsto dall'art. 97 della Costituzione che impone ad ogni pubblico funzionario, e quindi anche al giudice, nell'esercizio delle sue funzioni, una vera e propria regola di comportamento quale quella di non usare il potere che la legge gli conferisce per compiere deliberati trattamenti di favore; per la rilevanza della correlazione tra artt. 54 e 97 Cost. e divieto di discriminazione, può farsi rinvio a Cass. Sez. VI, 21 febbraio 2019, Vezola, in *Mass. Uff.*, n. 275985.

tiva, non più genericamente incentrata sulla violazione di norme di legge, ma sulla violazione di regole specifiche dalle quali non residuino margini di discrezionalità.

6. *La violazione di regole specifiche.* Le Sezioni Unite avevano invero sottolineato come si abbia «violazione di legge, rilevante a norma dell'art. 323 cod. pen., non solo quando la condotta di un qualsiasi 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 stato conferito».

In tal modo, come detto, era stato estromesso dalla sfera di intangibilità della discrezionalità ciò che si poneva al di fuori della sfera di esercizio di un determinato potere.

Ma, a ben guardare, il riferimento alla causa attributiva del potere avrebbe potuto valutarsi in due diverse, seppur convergenti, direzioni: imponendo da un lato la verifica dei presupposti del potere e dello stesso accesso al suo esercizio, dall'altro la verifica del risultato in rapporto all'interesse sottostante. Quel riferimento risultava così idoneo a coprire ogni ambito del concreto esercizio di un potere, come in astratto e legalmente definito.

Alla luce della nuova formulazione deve tuttavia aversi riguardo a regole di condotta specifiche e all'assenza di margini di discrezionalità.

Assume dunque rilievo la struttura della regola di condotta, mentre la discrezionalità sembra essere collocata in un ambito comunque immune da verifica. Il tema risulta allora duplice, la definizione di specificità della regola e l'individuazione dei margini di discrezionalità.

Su tali punti sarà indispensabile l'approfondimento giurisprudenziale.

Peraltro, la Suprema Corte di cassazione si è già pronunciata in talune occasioni, confrontandosi con la nuova disciplina.

E' stato in particolare sottolineato³¹ l'elemento di novità costituito dal riferimento alla «violazione di regole cogenti per l'azione amministrativa, che per un verso siano fissate dalla legge (non rilevano dunque i regolamenti, né eventuali fonti subprimarie o secondarie) e per altro verso siano specificamente disegnate in termini completi e puntuali. Di qui il lineare corollario della limitazione di responsabilità penale del pubblico funzionario, qualora le regole

³¹ Cass., Sez. VI, 9 dicembre 2020, Garau, in *Mass. Uff.*, n. 280296.

comportamentali gli consentano di agire in un contesto di discrezionalità amministrativa, anche tecnica: intesa, questa, nel suo nucleo essenziale come autonoma scelta di merito - effettuata all'esito di una ponderazione comparativa tra gli interessi pubblici e quelli privati - dell'interesse primario pubblico da perseguire in concreto».

La stessa sentenza ha peraltro rilevato anche che ciò vale «sempreché l'esercizio del potere discrezionale non trasmodi tuttavia in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici - c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità - laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito; oppure si sostanzi nell'alternativa modalità della condotta, rimasta penalmente rilevante, dell'inosservanza dell'obbligo di astensione in situazione di conflitto di interessi».

La pronuncia ha concluso tale analisi osservando che al giudice penale è dunque precluso «tanto l'apprezzamento dell'inosservanza di principi generali o di fonti normative di tipo regolamentare o subprimario (neppure secondo il classico schema della eterointegrazione, cioè della violazione "mediata" di norme di legge interposte), quanto il sindacato del mero "cattivo uso" - la violazione dei limiti interni nelle modalità di esercizio - della discrezionalità amministrativa».

In una successiva pronuncia,³² riferita ad un caso in cui veniva in rilievo il metodo da adottare per la scelta del soggetto cui conferire lavori, dopo la presa d'atto delle modifiche, si è rilevato che il riferimento alla discrezionalità è irrilevante «in tutti i casi in cui la violazione di una regola di condotta prevista da una norma di legge dovesse sostanzarsi nella preventiva totale rinuncia da parte del pubblico agente dell'esercizio di ogni potere discrezionale; ovvero laddove la violazione della regola di condotta dovesse intervenire in un momento del procedimento nel quale è possibile affermare che ogni determinazione dell'amministrazione è ormai espressione di un potere caratterizzato dall'essere privo in concreto di qualsivoglia margine di discrezionalità».

La sentenza ha di seguito rilevato che la fattispecie novellata è applicabile non solo nei casi di attività interamente vincolata, ma anche nei casi «riguardanti l'inosservanza di una regola di condotta collegata allo svolgimento di un potere che, astrattamente previsto dalla legge come discrezionale, sia divenuto in concreto vincolato per le scelte fatte dal pubblico agente prima dell'adozione

³² Cass., Sez. VI, 28 gennaio 2021, Asole, in *Mass. Uff.*, n. 280965.

dell'atto (o del comportamento) in cui si sostanzia l'abuso di ufficio», conclusione che è stata desunta anche dalla invalidità dell'atto, ravvisata dalla giurisprudenza amministrativa alla stregua dell'art. 21-*octies* legge 7 agosto 1990, n. 241, nei casi di provvedimento espressione di potere vincolato in astratto ma anche in quelli di potere in origine discrezionale, ma divenuto vincolato in concreto.

La prima delle pronunce richiamate ha formato oggetto di analisi da parte della dottrina, che si è soffermata soprattutto sul riferimento al limite esterno della discrezionalità e allo sviamento di potere: da un lato l'affermazione contenuta nella sentenza è stata contestata, in quanto ritenuta incompatibile con il dettato normativo e con la stessa natura della discrezionalità, quale emergente progressivamente dalla disciplina amministrativa, che non consente la previa individuazione di un unico interesse, ma si fonda spesso su un confronto e su una concertazione, volta alla definizione delle scelte;³³ dall'altro si è invece osservato come l'assunto costituisca un ineludibile caposaldo, sul quale deve reggersi la ricostruzione del riformulato abuso di ufficio, essendo altrimenti preferibile la radicale abrogazione della fattispecie.³⁴

Evidentemente non si tratta di scegliere modelli astratti, ma di valutare il dato normativo, per cogliere la sua effettiva capacità precettiva in rapporto alla pervasiva forza dei principi, anche di rilievo costituzionale.

In particolare, si tratta di valutare il profilo della tipicità e di verificare se e in che termini la nuova formulazione sia compatibile con il riferimento alla forza cogente di limiti esterni della discrezionalità, attraverso i quali possa darsi rilievo allo sviamento di potere.³⁵

Se da un lato non può parlarsi di discrezionalità, allorché il procedimento sia giunto ad uno stadio nel quale sono stati prefissati canoni precisi, dall'altro potrebbe parimenti escludersi di trovarsi al cospetto di un potere discrezionale allorché il pubblico agente abbia comunque rinunciato ad avvalersi del potere di comparazione e valutazione, in cui la discrezionalità si risolve: nella seconda sentenza richiamata si è del resto osservato come proprio la rinuncia

³³ MERLO, op. cit., 7 ss.; PAGELLA, op. cit.

³⁴ GAMBARDELLA, op. cit., 498 ss.; cfr. anche dello stesso autore, *Simul stabunt vel simul cadent*, in *Sist. pen.*, 2020, 7, 136 ss. Ha rilevato PADOVANI, op. cit., 11 ss. che in realtà non può esservi insondabile merito amministrativo, nel caso di pregiudiziale perseguimento di interessi diversi, di carattere personale.

³⁵ Pur consapevole delle criticità del testo novellato e pur condividendo in linea di principio l'assunto della sentenza Garau in merito ai limiti esterni della discrezionalità, rileva tuttavia la problematicità della conclusione sul piano della tipicità, PARODI GIUSINO, op. cit. 92 ss., che segnala la mancanza di una regola specifica da cui non residuino margini di discrezionalità.

preventiva alla discrezionalità costituisca ragione di esclusione della configurabilità di un potere discrezionale immune da sindacato.

A ben guardare, in tale prospettiva la pregiudiziale scelta di perseguire interessi personali costituirebbe null'altro che una forma di rinuncia preventiva alla discrezionalità.

E tuttavia la rilevanza della condotta dovrebbe comunque valutarsi alla luce dell'ulteriore canone costituito dall'individuazione di una regola di condotta specifica.

Potrebbe in via generale ipotizzarsi che sia specifica una regola di cui possa staticamente individuarsi il suo contrario, cioè la sua violazione, a prescindere dall'evoluzione di un determinato iter e dal suo risultato complessivo.

Qualora una siffatta disposizione non sussista o non sia in concreto ravvisabile dovrebbe escludersi la possibilità di un apprezzamento dell'iter procedimentale, che costituirebbe il risultato di una valutazione discrezionale.

Peraltro la discrezionalità inerisce all'*an*, al *quid*, al *quomodo* e non è riferibile alla sussistenza dei presupposti per l'esercizio di un potere legalmente dato, sui quali fondare poi la relativa valutazione: non può costituire il risultato di una valutazione discrezionale l'esercizio di un potere di cui in radice non sussistano i presupposti, dovendosi in casi siffatti parlare piuttosto di violazione di una specifica *regola iuris*, avente ad oggetto il divieto dell'esercizio del potere, quand'anche connotato da un contenuto discrezionale.

Ciò potrebbe giustificare un'interpretazione che dalla più volte richiamata sentenza delle Sezioni unite mutui il riferimento alla causa del potere, peraltro non in chiave dinamica in relazione all'esito, ma in chiave statica in relazione al presupposto per il suo esercizio, facendo invece salvo il merito amministrativo, a fronte di un potere comunque sussistente.

In altre parole, potrebbe ritenersi che l'attribuzione di un potere discenda comunque da una regola specifica, di cui possa ipotizzarsi la violazione, mentre al di fuori di ciò possa rilevare solo una regola di condotta rispetto alla quale possa contemplarsi quella contraria inosservante, senza necessità di una valutazione degli interessi sottesi e del risultato dell'azione amministrativa, a meno che quest'ultimo sia specificamente individuato.

Non attiene a tale tema quello connesso alla formulazione della regola, in quanto suscettibile di un'interpretazione non univoca.

In casi siffatti la regola va comunque individuata alla luce dell'interpretazione, tanto più se consolidata e tale da assicurare un canone di condotta affidabile e generalmente condiviso.

Nella stessa prospettiva potrebbe ipotizzarsi che una regola complessa, di ca-

rattere generale, contenga comunque riferimenti che valgano a delimitarne il campo di azione: quand'anche sia previsto un margine di discrezionalità, potrà in casi siffatti individuarsi la capacità selettiva della norma, in quanto idonea a delimitare comunque il campo d'azione ed a porre dunque una cogente regola, consistente nel divieto di spingersi oltre quell'ambito, qualificato ad esempio da situazioni, che, pur definite in termini generali, sono ulteriormente specificate attraverso aggettivi idonei a restringere la sfera di operatività di una norma, come quando ad esempio si parli di necessità pubblica e non genericamente di necessità.

Ci si dovrebbe comunque interrogare alla luce di tale analisi se sia ammissibile che il pubblico agente dinanzi al generale obbligo di imparzialità, trasparenza, non discriminazione, possa *sic et simpliciter* accampare la forza della discrezionalità del suo agire, quand'anche inosservante di quella regola.

Si intende cioè segnalare come possa risultare paradossale che il pubblico agente, il quale intenda realizzare un risultato discriminatorio e comunque non imparziale in materia ampiamente discrezionale, possa andare esente da responsabilità solo in ragione del carattere pervasivo di quella discrezionalità, a fronte di una regola generale che pur esiste ed è soggettivamente qualificata dal divieto dell'intento che è stato perseguito, regola che trova la sua fonte in primo luogo negli artt. 54 e 97 Cost., oltre che in normative di settore.³⁶

Ma la risposta a tale quesito dipende dalla possibilità di ricostruire il sistema, individuando anche sulla base di norme generali o di principio norme dotate di capacità selettiva, dalle quali possa desumersi un divieto di condotta, soggettivamente qualificato e costituente il limite esterno alla discrezionalità.

7. *La provenienza della regola da fonte legislativa.* Sul diverso versante della fonte della regola, si pone il problema di stabilire se una violazione di legge possa configurarsi in presenza di una regola etero-integrata dal riferimento ad una fonte diversa.

Nella prima pronuncia di legittimità, di cui in precedenza si è dato conto,³⁷ è contenuto un passaggio nel quale si esclude la rilevanza dell'eterointegrazione, cioè della violazione mediata di norme di legge interposte.

Ma il tema forma oggetto di valutazioni articolate.

Alcuni commentatori si sono espressi, anche prima della riforma, in senso

³⁶ Si pensi all'art. 78 d.lgs. 267/2000. Si rinvia a SEMINARA, *Commento all'art. 323*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di Forti-Seminara-Zuccalà, 6° ed., Milano, 2017, 1075 ss.

³⁷ Retro n. 31.

contrario alla possibilità di rinvii a catena, rilevando che l'eterointegrazione non è consentita, in quanto si pone in contrasto con i principi di riserva di legge e precisione.³⁸

Peraltro, con riferimento alla questione, già esaminata nella vigenza della precedente formulazione, della rilevanza di atti amministrativi generali, quali i piani regolatori, ai fini della configurabilità del delitto in presenza di titolo abilitativo edilizio, contrastante con le relative disposizioni, si è di recente ribadito, anche alla luce della nuova formulazione, che «il rilascio del titolo abilitativo edilizio avvenuto senza il rispetto del piano regolatore generale o degli altri strumenti urbanistici integra la violazione di specifiche regole di condotta previste dalla legge, così come richiesto dalla nuova formulazione dell'art. 323 cod. pen. ad opera dell'art. 16 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito nella legge 11 settembre 2020, n. 120, atteso che l'art.12, comma 1, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 prescrive espressamente che il permesso di costruire, per essere legittimo, deve conformarsi agli strumenti urbanistici ed il successivo art. 13 detta la specifica disciplina urbanistica che il direttore del settore è tenuto ad osservare».³⁹

A ben guardare, con riguardo a tale ipotesi la riforma della fattispecie, che ha escluso il riferimento ai regolamenti, appare irrilevante, in quanto gli strumenti urbanistici non hanno natura regolamentare, ma quella di atti amministrativi generali, i quali, come osservato nella sentenza richiamata, costituiscono il presupposto di fatto, nel quale si inserisce l'azione del pubblico agente, che deve rispettare la regola impostagli, avente ad oggetto l'osservanza di quelle disposizioni, in assenza di margini di discrezionalità.

Ma la giurisprudenza si è ulteriormente pronunciata anche sul tema dell'integrazione derivante da norme regolamentari, con riferimento ad una fattispecie nella quale veniva in rilievo la specifica definizione tecnica di un profilo di per sé evocato dalla disposizione legislativa.

In particolare si è osservato⁴⁰ che, al di là della rilevanza del tema in termini generali, è comunque necessario che la disposizione violata, nell'ambito della tipicità della fattispecie di cui all'art. 323 cod. pen., si conformi ai canoni della tipicità e tassatività propri del precetto penale, potendosi ammettere un livello minimo di etero-integrazione della fonte secondaria, che si risolva solo in una

³⁸ CUPELLI, *Abuso d'ufficio e tipologia delle fonti: sulla rilevanza penale della violazione di un «sistema di norme»*, in *Cass. pen.*, 2001, 1103 ss.; PISANI, op. cit., 15; MERLO, op. cit., 4.

³⁹ Cass. Sez. VI, 17 settembre 2020, Pieri, in *Mass. Uff.*, n. 279889; Cass. Sez. III, 8 settembre 2020, Barletta, in *Mass. Uff.*, n. 280266.

⁴⁰ Cass. Sez. VI, 16 febbraio 2021, Del Principe, non massimata.

specificazione tecnica di un precetto comportamentale, già compiutamente definito dalla norma primaria.⁴¹

Tale affermazione contiene *in nuce* le linee guida per l'individuazione dell'etero-integrazione, che, se proveniente da fonte normativa regolamentare, non potrà assumere connotati di novità, ma inserirsi nel nucleo precettivo desumibile dalla norma primaria.

8. *La rilevanza della violazione di altra norma penale.* Un problema che potrebbe porsi è quello della rilevanza di altre norme penali ai fini dell'integrazione del precetto dell'abuso di ufficio.

Pur a fronte di un iter amministrativo connotato da valutazione discrezionale, nel quale si inserisca una deliberata violazione di altro precetto, che parimenti inerisca all'esercizio di una funzione pubblica, non può escludersi che, qualora non venga in rilievo la consunzione del delitto di abuso di ufficio, in quanto il fatto sia assorbito nel suo disvalore dal diverso precetto, la violazione si riverberi sull'applicazione della fattispecie riformulata.

Può a tal fine ipotizzarsi soprattutto il caso di un atto dispositivo propiziato da un falso ideologico, precedente o in esso contenuto: in questo caso, ferma restando la ravvisabilità di un concorso di reati, a monte del risultato di danno o di vantaggio, conseguente all'atto, pare possibile ravvisare una rilevante violazione di legge nell'esercizio della funzione.⁴²

9. *L'elemento psicologico.* Per quanto attiene al coefficiente psicologico non sembra che possano ravvisarsi novità rilevanti rispetto a quanto più volte segnalato dalla giurisprudenza in merito alla necessità della coscienza e volontà della condotta e dell'intenzionalità del risultato di danno o di vantaggio.⁴³

In tale quadro si inserisce anche il tema del concomitante perseguimento di un interesse pubblico: costituisce infatti principio ormai consolidato che l'intenzionalità del dolo non è esclusa dalla compresenza di una finalità pubblicistica nella condotta del pubblico ufficiale, dovendosi ritenere necessario, perché venga meno la configurabilità dell'elemento soggettivo, che il perseguimento del pubblico interesse costituisca l'obiettivo principale dell'agente, con

⁴¹ Sul punto GATTA, *Riforma dell'abuso di ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, in *www.sistemapenale.it*, 2 dicembre 2020.

⁴² Per il concorso tra falso e abuso di ufficio, allorché la condotta di abuso non si risolve nell'adozione dell'atto falso e questo sia strumentale all'abuso, costituendo parte della più ampia condotta, Cass., Sez. VI, 18 dicembre 2019, Pinto Vraca, in *Mass. Uff.*, n. 278324; Cass., Sez. V, 7 luglio 2017, Jelen, in *Mass. Uff.*, n. 271073.

⁴³ Cass., Sez. VI, 8 gennaio 2020, Zanola, in *Mass. Uff.*, n. 279264.

conseguente degradazione del dolo di danno o di vantaggio da dolo di tipo intenzionale a mero dolo diretto od eventuale.⁴⁴

Piuttosto la sottolineata valenza delle norme di legge, la cui violazione può rendere configurabile il reato, induce a confermare l'orientamento che tende ad attribuire a quelle norme valore integrativo, con la conseguenza che deve escludersi la configurabilità di errore su norma extrapenale agli effetti dell'art. 47 cod. pen., risultando piuttosto un'ignoranza inescusabile della legge penale, ove la stessa non risulti inevitabile.⁴⁵

10. *Conclusioni.* Alla luce di quanto fin qui osservato, non può dubitarsi della configurabilità di una parziale *abolitio criminis*: ma dalla concreta interpretazione affidata alla giurisprudenza dipenderà anche l'effettivo ambito di essa, risultando tanto più ampia quanto meno si ritenga possibile selezionare regole specifiche da principi generali.

Al di là di quanto già segnalato in ordine alla centralità che finirà per assumere l'ipotesi della violazione dell'obbligo di astensione, non sembra per il resto che possano prospettarsi nuove e più ampie interferenze tra la fattispecie dell'abuso di ufficio e quella del peculato,⁴⁶ relativamente alla quale sembra ormai completato il percorso di riassorbimento di varie ipotesi di distrazione, alla luce di un orientamento giurisprudenziale progressivamente affinati.⁴⁷

Deve, allo stato, prendersi atto di una riformulazione che sembra determinare

⁴⁴ Cass., Sez. VI, 17 settembre 2019 n. 51127, Camastra, in *Mass. Uff.*, n. 278938; in termini analoghi, Cass. Sez. II, 5 maggio 2015, Adamo, in *Mass. Uff.*, n. 264280; Cass., Sez. V, 2 ottobre 2020, Danzé, in *Mass. Uff.*, n. 280108.

⁴⁵ È ricorrente l'affermazione che il pubblico agente possa invocare l'ignoranza di circostanze di fatto, ma non quella delle regole che disciplinano la sua funzione, essendo inescusabile la mancata conoscenza di norme che integrano il precetto penale: Cass. Sez. VI, 27 settembre 1996, Pugliese, in *Mass. Uff.*, n. 206359; Cass. Sez. VI, 17 ottobre 1997, Vitarelli, in *Mass. Uff.*, n. 209771; Cass., Sez. VI, 18 novembre 1998, Benanti, in *Mass. Uff.*, n. 214730. Peraltro, si è rilevato che l'erronea interpretazione di una norma amministrativa può essere sintomatica dell'illecita volontà vietata dalla norma penale soltanto quando si discosti in termini del tutto irragionevoli dal senso giuridico comune, tanto da apparire arbitraria, ravvisandosi, in caso contrario, la sussistenza di un errore su norma extrapenale: così Cass. Sez. 5, 12 febbraio 2009, Racco, in *Mass. Uff.*, n. 243296. Inoltre si è rilevato che qualora il danno ingiusto costituisca l'effetto sostanziale della violazione di legge, l'elemento soggettivo non può configurarsi come dolo eventuale, essendo necessario che l'agente, nel momento in cui si attiva "contra legem", abbia la consapevolezza dell'esistenza dei presupposti di fatto da cui dipende l'applicazione della norma trasgredita, in quanto la situazione di dubbio sulla correttezza della condotta è incompatibile con l'intenzione di procurare un danno o un vantaggio patrimoniale ingiusto. Così Cass., Sez. VI, 22 settembre 2016, Genchi, in *Mass. Uff.*, n. 268425.

⁴⁶ Ipotizzate da PADOVANI, op. cit., 11 ss.

⁴⁷ Si richiama l'analisi di Cass., Sez. VI, 23 settembre 2020, Perricone, in *Mass. Uff.*, n. 279677; Cass. Sez. VI, 22 giugno 2017, Fitto, *ivi*, n. 271283; Cass., Sez. VI, 2 marzo 2016, Tripodi, *ivi*, n. 266871; Cass. Sez. VI, 23 gennaio 2018, Bellinazzo, *ivi*, n. 273783.

tensioni con rilevanti valori di rango costituzionale e dalla quale potrebbe discendere la non punibilità di situazioni più allarmanti di quelle certamente ancora sussumibili nella riformata fattispecie, a seconda del punto di equilibrio che sarà rinvenuto in ordine al tema dei limiti esterni alla discrezionalità. Tuttavia, prima di optare per la radicale abrogazione della fattispecie, dovrebbe assicurarsi un quadro complessivo di interventi, non necessariamente nel campo penale, volti a conformare, a tutela di quei valori costituzionali, l'azione amministrativa a canoni di snellezza, celerità ed efficienza e tali, nel contempo, da prevenire derive personalistiche o affaristiche o condotte arbitrarie nella gestione dei pubblici uffici, a prescindere dall'operatività di altre e più gravi fattispecie.