

STUDI PER UN NUOVO DIRITTO AMMINISTRATIVO

Collana diretta da
S. Cognetti, A. Contieri, S. Licciardello, M. Nettesheim, S. Perongini, A. Zito

Nuova serie

Sergio Perongini

L'abuso di ufficio
Contributo a una interpretazione
conforme alla Costituzione

*Con una proposta di integrazione della riforma
introdotta dalla legge n. 120/2020*



G. Giappichelli Editore

STUDI PER UN NUOVO DIRITTO AMMINISTRATIVO

Collana diretta da

S. Cagnetti, A. Contieri, S. Licciardello, M. Nettesheim, S. Perongini, A. Zito

Nuova serie – 15

Comitato scientifico:

Francesco Astone	Andrea Maltoni
Antonio Barone	Francesco Manganaro
Francisco Miguel Bombillar Saenz	Daniele Marrama
Chiara Cacciavillani	Enzo Maria Marengi
Roberto Cavallo Perin	Marco Mazzamuto
Michele Conforti	Agostino Meale
Guido Corso	Alessandro Pajno
G. Paolo Cirillo	Luca Raffaello Perfetti
Luca De Lucia	Geminello Preterossi
Marina D'Orsogna	Andrea Rallo
Andrea Federico	Mauro Renna
Fabrizio Figorilli	Diego Sabatino
Enrico Follieri	Fabio Saitta
Marcello Fracanzani	Maria Alessandra Sandulli
Fabrizio Fracchia	Franco Gaetano Scoca
Lucio Iannotta	Mario Rosario Spasiano
Maria Immordino	Marco Tiberii
Giovanni Leone	Fabrizio Tigano
Fiorenzo Liguori	Virginia Zambrano

In copertina:

L'alba di un nuovo giorno a Salerno. Foto pubblicata per gentile concessione dell'arch. Vincenzo Napoli, Sindaco della Città di Salerno.

Sergio Perongini

L'abuso di ufficio

Contributo a una interpretazione
conforme alla Costituzione

*Con una proposta di integrazione della riforma
introdotta dalla legge n. 120/2020*



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2020 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-2167-6
ISBN/EAN 978-88-921-9330-7 (ebook - pdf)

I volumi pubblicati nella presente Collana sono stati oggetto di procedura di doppio refe-
raggio cieco (*double blind peer review*), secondo un procedimento standard concordato
dai Direttori della collana con l'Editore, che ne conserva la relativa documentazione.

*Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di Scienze Giuridiche (Scuola
di Giurisprudenza).*

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/
fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della
legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per
uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da
CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108,
20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

*Ad Andrea Antonio Dalia
Maestro carissimo
e indimenticabile
faro di insegnamenti preziosi*

Indice

	<i>pag.</i>
<i>Premessa</i>	XIII
<i>Introduzione</i>	1
1. Rilevanza del tema	1
2. Le ragioni fondative dell'intervento del giudice sull'azione amministrativa vanno ravvisate nell'esigenza di intervenire in maniera urgente a tutela di interessi pubblici	3
3. Le ragioni fondative dell'intervento del giudice sull'azione amministrativa vanno ravvisate nel falso mito che il giudice penale debba controllare la legittimità dell'azione amministrativa e applicare il provvedimento solo se conforme a legge	5
4. Considerazioni sulla magistratura ordinaria nel nostro paese	6
5. Gli effetti del sindacato del giudice penale	7
6. La posizione dell'atto amministrativo rispetto alla fattispecie penale astratta	17
7. Considerazioni di sintesi	19
 <i>Capitolo Primo</i>	
<i>Le modifiche normative del reato di abuso di ufficio e i problemi derivanti dall'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 323 c.p.</i>	21
1. L'evoluzione normativa del reato di abuso di ufficio: dal Codice Rocco alla l. n. 86/1990	21
2. La riforma del reato di abuso di ufficio introdotta dalla l. n. 234/1997 e quella introdotta dalla l. n. 120/2020	24

	<i>pag.</i>
3. Le ragioni del continuo riassetto normativo	27
4. Il difetto di analisi e l'inadeguatezza dei rimedi sottesi agli interventi del legislatore	29
5. L'esigenza di precludere al giudice penale il sindacato sull'attività discrezionale	31
6. La natura incidentale della cognizione riservata al giudice penale sul provvedimento amministrativo in sede di accertamento di un reato di abuso di ufficio	36
Capitolo Secondo	
<i>La condotta del reato di abuso di ufficio: l'oggetto della violazione</i>	37
1. La configurazione della condotta patologica: l'oggetto della violazione e la natura della violazione	38
2. L'oggetto della violazione nella versione del reato di abuso di ufficio introdotta con la riforma del 1997	39
3. L'oggetto della violazione nella versione di abuso di ufficio introdotta con la riforma del 2020	45
4. I criteri che presiedono alla individuazione delle "specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità": problemi attuali	46
5. Il significato di "specifiche regole"	47
6. Il significato di specifiche "regole di condotta"	50
7. L'individuazione delle specifiche regole di condotta "dalle quali non residuino margini di discrezionalità": a) il sindacato sull'attività vincolata	52
8. <i>Segue:</i> b) il sindacato sulla componente vincolata dell'attività discrezionale	57
9. <i>Segue:</i> c) il sindacato sulla discrezionalità tecnica e su quella c.d. mista	60
10. <i>Segue:</i> d) Considerazioni di sintesi sulla validità del criterio selettivo scelto dal legislatore	66
11. I problemi relativi all'oggetto della violazione alla luce della nuova formulazione normativa	67
12. La violazione di regolamento	67

	<i>pag.</i>
13. La violazione mediata o indiretta della legge	72
14. La violazione di un piano urbanistico generale	76
15. La violazione delle linee guida dell'Anac	80
16. La violazione dei principi giuridici	82
17. La equiparazione della violazione dei principi costituzionali alla violazione di legge	83
18. Rilievi critici alla tesi che equipara la violazione dei principi costituzionali alla violazione di legge	94
19. Rilievi critici alla tesi in esame per l'erronea concezione dei principi costituzionali che essa accoglie	96
20. Brevi cenni sui profili del costituzionalismo contemporaneo	98
21. Le direttrici di ricerca del costituzionalismo moderno	105
22. La digressione sul costituzionalismo moderno	109
23. La violazione dei principi generali posti dalla legge e dei principi generali dell'ordinamento giuridico	110
24. La proposta di utilizzare la locuzione "violazioni di formali norme di legge"	111
25. La proposta di introdurre la causa di giustificazione del rispetto delle linee guida	112
26. La proposta di introdurre cause di giustificazione di natura procedurale	115
27. Considerazioni di sintesi	116

Capitolo Terzo

La condotta del reato di abuso di ufficio: la natura della violazione

1. Le patologie della funzione amministrativa	119
2. Le diverse tipologie di nullità	121
3. La nullità per mancanza degli elementi essenziali	121
4. La nullità per difetto assoluto di attribuzione	124
5. La nullità per violazione o elusione del giudicato	128
6. La nullità prevista espressamente dalla legge	129
7. L'idoneità delle illegittimità a integrare il reato di abuso di ufficio	130
8. Le ragioni teoriche ostative alla configurazione dell'abuso di ufficio in presenza di ogni illegittimità amministrativa	132

	<i>pag.</i>
9. La violazione di legge	135
10. La violazione di norme di natura procedimentale	136
11. L'incompetenza	139
12. La configurazione del reato di abuso d'ufficio in presenza del vizio di eccesso di potere nel codice rocco e nella riforma del 1990	142
13. L'eccesso di potere e la riforma del reato di abuso di cui alla l. n. 234/1997	144
14. Gli argomenti addotti dalla dottrina che ha configurato l'abuso di ufficio anche in presenza dell'eccesso di potere	146
15. La dottrina che esclude l'ammissibilità dell'abuso di ufficio in presenza di un eccesso di potere	149
16. L'orientamento giurisprudenziale che configura l'abuso solo in presenza di uno sviamento	149
17. La scelta legislativa del 2020 e la sua vulnerabilità	152
18. Il vizio di eccesso di potere	154
19. Rilievi critici alla tesi che rileva un abuso di ufficio in presenza di un eccesso di potere	162
20. Le ragioni che escludono l'eccesso di potere dal novero delle violazioni idonee a integrare l'abuso di ufficio	167
21. Come configurare la norma per escludere l'eccesso di potere	170

Capitolo Quarto

<i>L'evento e l'elemento soggettivo</i>	171
1. L'ingiustizia dell'evento	171
2. Gli interventi del legislatore sull'elemento soggettivo	174
3. La nozione di dolo intenzionale nell'abuso di ufficio	175
4. L'interpretazione offerta dalla Cassazione del requisito dell'intenzionalità	177
5. La prova del requisito dell'intenzionalità	177
6. La prova del requisito dell'intenzionalità fondata su un concetto giuridico indeterminato	180
7. Ulteriori rilievi critici alla tesi della macroscopicità delle invalidità	190
8. La pretesa compatibilità fra l'intenzionalità del dolo e la finalità pubblicistica	191

pag.

9. La tesi della centralità sistemica del requisito dell'intenzionalità 193
10. La necessità di un intervento del legislatore per precludere operazioni ermeneutiche volte a elidere il requisito dell'intenzionalità 195

Capitolo Quinto

*La proposta di integrazione della riforma
del reato di abuso di ufficio introdotta dalla
l. n. 120/2020*

197

Bibliografia

203

Premessa

Il reato di abuso di ufficio non deve essere abrogato.

Non sostengo che il reato di abuso di ufficio debba essere abrogato. Vengo annoverato fra i sostenitori della abrogazione probabilmente a causa della natura sintetica dell'intervento che ho svolto nel corso del Convegno sul tema "Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso di ufficio", organizzato a Salerno dal prof. Andrea R. Castaldo nell'ottobre del 2017.

Nel corso di quell'intervento ho criticato alcune interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali dell'abuso di ufficio che conducono a una eccessiva dilatazione della fattispecie penale, in palese violazione dei principi di tassatività, di determinatezza, di prevedibilità.

Ad aggravare gli effetti di dette interpretazioni ho richiamato la limitazione delle funzioni del giudice dell'udienza preliminare che gli preclude di svolgere con efficacia un ruolo di filtro dell'azione penale esercitata dagli uffici di Procura.

L'effetto combinato di questi due fattori, con la conseguente celebrazione di processi che non avrebbero mai dovuto oltrepassare la soglia della conclusione delle indagini, mi ha indotto a proporre, in maniera provocatoria, l'abrogazione del reato. Il ragionamento da me condotto si è compendiato nei seguenti termini: se quella sopra rappresentata è una condizione ineliminabile, allora rispetto alle conseguenze di un'azione penale inutile e dannosa è preferibile l'abrogazione del reato.

Tuttavia, non è questa la soluzione che propongo.

a) Innanzi tutto, il reato di abuso di ufficio ha una sua ragion d'essere nel sistema dei reati contro la pubblica amministrazione. È una

fattispecie penale idonea a sanzionare condotte diverse e autonome, da quelle previste dal reato di concussione, di corruzione, di traffico illecito di influenze ecc. ecc.

Inoltre, esso non è un mero surrogato dei predetti reati, come sembra concepirlo quella giurisprudenza che lo evoca nei casi in cui, ad esempio, intuita l'esistenza di un episodio corruttivo, senza riuscire a provarne l'esistenza, ascrive all'indagato il reato di abuso di ufficio. L'abuso di ufficio non è un surrogato del reato di corruzione, utilizzabile quando non vi è la prova della commissione di quest'ultimo.

Quando si ragiona in tali termini, come spesso accade, si violano le norme del codice di procedura penale in maniera vistosa. Il legislatore impone l'assoluzione dell'imputato quando non vi siano le prove della commissione del reato contestato e, come ha precisato di recente (art. 111 Cost. e art. 533 c.p.p.), quando vi sia semplicemente il ragionevole dubbio che non lo abbia commesso.

Si è in presenza di una palese violazione di dette norme quando, pur consapevoli della assenza di prove della commissione del reato di corruzione, si formulano interpretazioni ampliative del reato di abuso di ufficio per farvi rientrare una condotta che il legislatore ha ritenuto estranea alla predetta fattispecie incriminatrice e che, invece, ha qualificato come idonea a integrare altri reati.

b) In secondo luogo, sono convinto della possibilità di formulare una fattispecie di abuso di ufficio pienamente rispettosa dei principi costituzionali di legalità, di tassatività, di determinatezza e di prevedibilità. Così come ritengo possibile intervenire sulla fattispecie astratta per arginare letture ermeneutiche della norma in aperta violazione dei principi costituzionali sopra evidenziati e in ossequio alle scelte compiute dal legislatore.

L'abuso di ufficio non è oggetto di una norma penale in bianco, destinata a rimanere vaga e fluttuante.

È possibile delineare una disciplina idonea a contemperare le esigenze sottese ai principi costituzionali di tassatività, di determinatezza e di prevedibilità con le esigenze di difesa sociale; l'abuso di ufficio può e deve assolvere al ruolo di idoneo strumento per sanzionare condotte antisociali.

Il presente lavoro anticipa l'esito di una ricerca promossa dal Centro Interdipartimentale di Ricerca sulle riforme istituzionali, organizzative e territoriali delle Pubbliche Amministrazioni e sulla semplificazione amministrativa, costituito presso l'Università degli Studi di Salerno.

La problematica in esso trattata è destinata a rifluire nella monografia *"Tecniche e contenuti del sindacato del giudice penale sull'azione amministrativa"*, che verrà pubblicata nel *"Sistema del diritto amministrativo italiano"* diretto da F.G. Scoca, da F. Roversi Monaco e da G. Morbidelli.

La ricerca si è articolata in diverse occasioni di confronto, tenutesi presso l'Università degli Studi di Salerno e presso altre sedi universitarie, nelle forme di incontri, di seminari e di convegni. Inoltre, l'indagine si è avvalsa delle attività svolte nel corso del Master sulla Formazione Giuridica della Dirigenza Pubblica, di numerosi incontri organizzati in collaborazione con diverse Camere penali e diverse Camere amministrative. A tal proposito, un particolare ringraziamento va rivolto alla Camera Amministrativa Salernitana e alla Camera Penale Salernitana.

La ricerca si è arricchita grazie al confronto con magistrati, avvocati e professori, nonché con operatori del settore, con esponenti di organi istituzionali e con esponenti politici. Ringrazio tutti per i cortesi suggerimenti ricevuti. Naturalmente la responsabilità per le opinioni espresse è soltanto mia.

Il lavoro termina con una proposta di riforma del reato di abuso di ufficio. Nell'elaborare la proposta si è perseguito un duplice obiettivo: innanzi tutto, si è cercato di rendere l'art. 323 c.p. conforme ai principi di tassatività, di determinatezza e di prevedibilità e, in secondo luogo, si è tentato di precludere la possibilità di interpretazioni devianti.

Inoltre, la proposta formulata consentirà alle amministrazioni di usufruire di un impianto normativo idoneo a rendere immediatamente percepibili le condotte vietate, consentendole di agire celermente, sen-

za poter opporre ostacoli interpretativi di sorta.

Lo stesso rapporto intercorrente tra il potere giudiziario, da un lato, e il potere legislativo, il potere amministrativo e la politica, dall'altro, risulterà ricomposto nei termini voluti dalla Costituzione.

Infine, la proposta si presenta come un contributo volto a evitare l'abrogazione del reato di abuso di ufficio, possibilità che potrà verificarsi qualora anche le modifiche introdotte dalla l. n. 120/2020 divengano oggetto di interpretazioni estensive, volte a contrastare le finalità perseguite dallo stesso legislatore.

Introduzione

SOMMARIO: 1. Rilevanza del tema. – 2. Le ragioni fondative dell'intervento del giudice sull'azione amministrativa vanno ravvisate nell'esigenza di intervenire in maniera urgente a tutela di interessi pubblici. – 3. Le ragioni fondative dell'intervento del giudice sull'azione amministrativa vanno ravvisate nel falso mito che il giudice penale debba controllare la legittimità dell'azione amministrativa e applicare il provvedimento solo se conforme a legge. – 4. Considerazioni sulla magistratura ordinaria nel nostro paese. – 5. Gli effetti del sindacato del giudice penale. – 6. La posizione dell'atto amministrativo rispetto alla fattispecie penale astratta. – 7. Considerazioni di sintesi.

1. Rilevanza del tema

Il reato di abuso di ufficio è un punto di snodo del rapporto o, forse meglio, della contrapposizione fra il potere giudiziario, da un lato, e il potere legislativo, il potere amministrativo e la politica¹, dall'altro.

Il predetto tema, che rappresenta lo sfondo del presente saggio, costituisce la “faglia delle Marianne” dell'ordinamento italiano.

Su questo argomento sono stati scritti significativi lavori², che di

¹ Sulla relazione fra giustizia e politica non può non essere ricordato P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Bergamo, 2003 (ma 1956), 211 ss.

² La bibliografia è molto ampia, si limitano le citazioni ai seguenti lavori monografici T. ALIBRANDI, *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, Napoli, 1969; G. CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, 1979; R. BAJNO, *La tutela penale del governo del territorio*, Milano, 1980; M. PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, Milano, 1980; R.

volta in volta hanno consentito di fare il punto della situazione. La magistratura, dal canto suo, ha elaborato sentenze di grande spessore, proiettate verso la ricerca di un punto di equilibrio.

Il sindacato del giudice e, in particolare, quello del giudice penale sull'azione amministrativa segna un momento di crisi nella dinamica istituzionale, che altera gli equilibri ordinamentali e che conduce a interferenze, se non proprio a sovrapposizioni e sostituzioni, di un potere sull'altro.

Le cause che hanno innescato la conflittualità del potere giudiziario con quello amministrativo e con quello politico sono diverse. Vi sono cause che affondano le loro radici nella differente cultura ideologica e politica della magistratura, rispetto a quella degli altri poteri istituzionali; quelle connesse alle sollecitazioni che provengono dal diffondersi di forme di populismo giudiziario, che vedono nel mondo della politica e dell'amministrazione luoghi in cui si annida solo il male affare e che propugnano un giustizialismo ottuso e preconcelto; quelle che si alimentano della convinzione che il mero rispetto della legalità consenta di risolvere tutti i problemi sociali, rendendo l'azione amministrativa più celere, più efficace e più equa e più ordinato l'evolversi dei rapporti sociali. Quest'ultima tipologia di cause si fonda su di una concezione ideologica incapace di cogliere il valore storico della legge e di comprendere che le norme legislative non costituiscono una soluzione tecnica e neutrale di un problema sociale, bensì una scelta contingente, frutto dei rapporti di forza fra le varie componenti politiche e sociali del paese, volta a privilegiare determinati valori e interessi a scapito di altri, sempre espressione degli assetti economici e politici della società, della cultura dominante e delle opzioni ideologiche prevalenti, in un preciso momento storico.

VILLATA, *“Disapplicazione” dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1980; G. GALLENCA, *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale nel sistema della giustizia amministrativa*, Milano, 1990; P. TANDA, *Attività amministrativa e sindacato del giudice civile e penale*, Torino, 1999; M. PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, Milano, 2000; M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002; R. BORSARI, *Reati contro la pubblica amministrazione e discrezionalità amministrativa. Dai casi in materia di pubblici appalti*, Padova, 2012; A. MERLO, *L'abuso d'ufficio. Tra legge e giudice*, Torino, 2019; G. SALCUNI, *La “disciplina altrove”. L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, Napoli, 2019.

Quest'ultima tipologia di cause, inoltre, sollecita il diretto impegno politico dei magistrati, chiamati a ricoprire i ruoli che nel corso della loro attività giudiziaria hanno contrastato, dando vita a esperienze di amministrazione esaltanti, ma anche a esperienze disastrose, connesse all'incapacità di affrontare la complessità della gestione politica e amministrativa, destinate a vivere alla giornata, a dissolversi in un breve volgere del tempo e a lasciare intorno il vuoto assoluto, con i conseguenti fenomeni di regressione politica. È la storia recente del nostro paese.

Tutti questi aspetti non saranno trattati nel presente lavoro. Richiedono l'impegno di altre scienze, quali la sociologia, la psicologia, la storia delle dottrine politiche, la teoria politica, ecc.

L'indagine sulle cause della conflittualità verrà limitata a un breve accenno relativo ai profili di teoria delle istituzioni, alle esigenze di difesa sociale, che hanno spinto la magistratura a intervenire a tutela di valori e interessi socialmente rilevanti, e all'assunzione di un ruolo di controllore della legalità.

2. Le ragioni fondative dell'intervento del giudice sull'azione amministrativa vanno ravvisate nell'esigenza di intervenire in maniera urgente a tutela di interessi pubblici

La magistratura, nell'esercizio delle sue funzioni, svolge un sindacato intenso e incisivo sull'esercizio dell'attività amministrativa.

Ad onor del vero, quanto avviene non è privo di valide giustificazioni.

Innanzitutto, è incontestabile la devastazione del territorio del nostro paese, la deformazione delle sue bellezze paesaggistiche, la violazione dei suoi beni culturali e archeologici, la drammaticità e pericolosità dei livelli di inquinamento del suolo, delle acque e dell'atmosfera e le aggressioni alla salute dei cittadini. L'inquinamento dei suoli ha provocato effetti devastanti, soprattutto in tutti quei casi in cui sono stati sepolti materiali radioattivi nel nostro territorio e nel nostro mare. La presenza di discariche abusive sul nostro territorio è impressionante. Intorno a tali aree la mortalità per malattie tumorali si è diffusa in

maniera raccapricciante. Situazioni come queste ultime sono state possibili per gli intrecci fra criminalità organizzata, interessi economici e esponenti del mondo politico. Si è in presenza di fenomeni così diffusi da mettere in crisi la credibilità e la tenuta stessa del nostro ordinamento giuridico e dell'intero nostro paese. E che cosa dire della recente crisi epidemiologica, in atto nel nostro paese e nel mondo intero. Alla magistratura spetta il gravoso compito di intervenire per accertare la responsabilità di coloro che con condotte dolose o colpose, per incuria e, come è apparso chiaro in alcuni casi, per evidente superficialità, hanno causato il diffondersi del virus.

A tutela di tali interessi la magistratura svolge un ruolo encomiabile.

Inoltre, la magistratura percepisce la diffusa convinzione che l'azione dell'amministrazione e, in generale, l'azione della politica sono costellate da numerosi illeciti, non adeguatamente contrastati con i rimedi che operano all'interno dell'amministrazione stessa e della politica. Il giudice subisce l'effetto della convinzione, spesso artatamente diffusa fra i cittadini, di uno stato diffuso di illegalità e della generale volontà di dover reagire a tali fenomeni, reali o meramente supposti che siano.

In altri termini, la magistratura si pone come interprete di una generale volontà dei cittadini ed agisce di conseguenza. Tutto questo ha un fondamento costituzionale nell'art. 101, secondo comma, Cost., secondo il quale "i giudici sono soggetti soltanto alla legge".

Non si può negare che il mondo della illegalità nell'azione amministrativa è diffuso, ma esso non sempre si annida nei settori che vengono individuati come campi privilegiati dell'azione investigativa della magistratura.

L'illegalità si presenta con le vesti della concussione spesso in quei casi in cui funzionari infedeli contrastano le pretese dei cittadini, sulla scorta di interpretazioni acrobatiche e fantasiose di norme giuridiche scritte male, parandosi dietro lo scudo della rilevanza degli interessi di cui è titolare l'amministrazione presso la quale svolgono servizio. Il riferimento è al reato di abuso volto a danneggiare il cittadino³. Un

³ Sul problema si veda M. GAMBARELLA, *Il controllo*, cit., 2002, 264 ss.

esempio per tutti, la tutela paesaggistica. Spesso respingere una istanza diventa l'occasione per costringere l'interessato a negoziare, corrispondendo una tangente o altri tipi di emolumenti.

3. Le ragioni fondative dell'intervento del giudice sull'azione amministrativa vanno ravvisate nel falso mito che il giudice penale debba controllare la legittimità dell'azione amministrativa e applicare il provvedimento solo se conforme a legge

Tutte le diverse tecniche sperimentate dai giudici per intervenire sull'azione amministrativa ruotano intorno a una convinzione comune, a volte enunciata esplicitamente, a volte inespressa, ma sottintesa alle scelte compiute.

Le diverse tecniche si fondano sulla convinzione che il giudice, ogni giudice, deve applicare gli atti amministrativi se legittimi e, per converso, non li deve applicare quando violano i parametri normativi⁴.

Questa convinzione viene elevata a principio generale e, spesso, viene fondata su di un, mai sopito, principio di presunzione di legittimità dell'atto amministrativo⁵ o sul principio di legalità⁶.

Si tratta di una tesi che non può essere condivisa, anche perché destabilizza l'assetto ordinamentale.

Invero, la tesi in esame, sulla quale si ritornerà successivamente in maniera più dettagliata, non collima con gli assetti di fondo del nostro ordinamento giuridico, il quale non conferisce alla magistratura un ruolo di primazia su tutti gli altri poteri. Su detto aspetto, in questa se-

⁴ Fra i tanti che si sono pronunciati in termini si vedano G. MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 675; R. DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Torino, 2011, 21.

⁵ Cass. pen., sez. III, 7.6.2018, n. 49687.

⁶ R. DIPACE, *La disapplicazione*, cit., 2011, 21, nt. 27.

de, è opportuno limitarsi a brevi accenni, rilevando semplicemente che il sindacato sull'esercizio del potere amministrativo, nel nostro ordinamento, è devoluto esclusivamente al giudice amministrativo, trattandosi di una giurisdizione di diritto soggettivo, limitata da specifici motivi di ricorso e dalla proposizione del ricorso nei ristretti termini decadenziali. Inoltre, anche il potere di autotutela dell'amministrazione è stato ridotto in ambiti angusti, per effetto della delimitazione temporale del potere di annullamento di ufficio entro il termine di diciotto mesi e per effetto della necessaria ricorrenza di un interesse pubblico, non identificabile con la mera reintegrazione della legalità violata. Queste e altre situazioni inducono a ritenere ancora oggi attuale il giudizio espresso da M.S. Giannini, secondo il quale nel nostro ordinamento l'esistenza di una pluralità di provvedimenti illegittimi è non solo tollerata, ma anche ammessa⁷.

4. Considerazioni sulla magistratura ordinaria nel nostro paese

Prima di entrare nel vivo delle questioni, appare opportuno premettere che, a mio giudizio e alla luce della mia esperienza, la magistratura ordinaria è una delle istituzioni più sane del nostro paese.

I meccanismi di reclutamento dei magistrati ordinari consistono in un concorso che si articola in tre prove scritte e in una prova orale su un numero elevato di materie. Le procedure concorsuali sono affidate a una commissione composta da magistrati, professori di materie giuridiche, professori di lingue straniere e esponenti dell'avvocatura. Il rigore della commissione nell'espletamento delle prove scritte, nella correzione degli elaborati e l'elevato numero dei partecipanti al concorso precludono qualsiasi tentativo di favoritismi e assicurano una assoluta correttezza e imparzialità dei lavori, sui quali è estremamente difficile, se non del tutto impossibile, influire al fine di condizionarne gli esiti.

⁷ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 611.

Un giovane che abbia studiato con impegno e si sia adeguatamente preparato può partecipare al concorso in magistratura con la fondata speranza di essere correttamente valutato. Le procedure concorsuali assicurano il reclutamento dei candidati più competenti e affidabili.

Inoltre, la magistratura forma e prepara professionalmente i suoi componenti. Il periodo di uditorato (oggi gli uditori si chiamano magistrati ordinari in tirocinio), i corsi della scuola superiore della magistratura e la stessa esperienza che si matura nei collegi contribuiscono alla preparazione del magistrato, assicurandone l'idoneità ad affrontare l'attività professionale.

I magistrati hanno una elevata competenza giuridica e sono sempre sollecitati ad approfondire le proprie conoscenze, per far fronte ai continui e costanti problemi che l'esperienza professionale pone al magistrato.

I magistrati hanno una elevata moralità ed esercitano le funzioni conferite loro con una dose non comune di imparzialità. Agiscono in perfetta buona fede e spesso posseggono doti di non comune equilibrio.

Si dedicano al proprio lavoro con un impegno non facilmente riscontrabile in altri settori dell'amministrazione, se non nelle carriere apicali dell'amministrazione pubblica, centrale e locale.

E, infine, dato da non trascurare, sono fedeli all'impianto costituzionale democratico. A tal proposito, non può essere sottaciuto il ruolo svolto dalla magistratura contro i tentativi eversivi dello Stato democratico, il suo ruolo decisivo nella lotta contro la criminalità organizzata e la sua difesa delle istituzioni democratiche.

Piaccia o non piaccia, detto giudizio va confermato anche oggi, in un momento in cui la credibilità della magistratura è ai minimi storici a causa delle note vicende che hanno travolto il Consiglio Superiore della Magistratura.

5. Gli effetti del sindacato del giudice penale

Gli effetti prodotti dalle iniziative processuali, del tipo di quelle

esaminate in questo lavoro, sono devastanti. Per riuscire a metterli a fuoco, appare opportuno evidenziare che gli effetti da prendere in considerazione sono di due tipi. Nella prima tipologia rientrano gli effetti mediatici e nella seconda gli effetti processuali.

Gli effetti mediatici sono quelli prodotti dalla semplice diffusione della notizia dell'avvio di un processo. Invero, i processi non si svolgono più nel chiuso delle aule giudiziarie, come avveniva una volta e come prevede il codice di procedura penale. Non solo per i processi che investono la sfera politica e quella amministrativa, o per quelli che hanno ad oggetto rilevanti problemi economici, ma anche per tanti altri, parallelamente allo svolgimento delle indagini e alla celebrazione del processo, si offrono sui media ricostruzioni della vicenda, a volte svelando dettagli che sarebbe stato opportuno mantenere riservati per non compromettere le indagini; si presentano i protagonisti, invadendo la loro vita privata; si esprimono valutazioni sui fatti, sulla conduzione delle indagini, sui provvedimenti dei giudici, chiamando esperti, o presunti tali, a formulare le proprie valutazioni. Si prospettano ricostruzioni alternative, rispetto a quelle acclarate nel corso del processo, al fine di indurre l'opinione pubblica a prendere posizione.

Da tutto ciò non si può prescindere, perché costituisce ormai una prassi diffusa alla quale il legislatore non è stato ancora capace di porre rimedio in maniera seria.

Gli effetti processuali consistono negli effetti giuridici prodotti dall'avvio e dallo svolgimento del processo.

Occorre considerare che, accanto ai numerosi processi che hanno ad oggetto fatti gravi e seri, condotti con riservatezza e professionalità, ve ne sono altri che hanno una caratterizzazione quanto meno problematica. Si pensi al caso, tratto dall'esame della giurisprudenza, del pubblico dipendente che, a seguito della verifica disposta dal suo dirigente con il quale era in contrasto, si è visto imputato per aver redatto, nel corso di tre anni, richieste di rimborso spese imprecise e irregolari, conseguendo indebitamente la somma complessiva di 60,00 euro. Il pubblico dipendente, benché abbia immediatamente restituito la somma, è stato condannato in primo grado e in appello, con sentenza confermata dalla Cassazione.

Come un collega magistrato, peraltro rigoroso e severo, poco incli-

ne al buonismo, ha confessato, discutendo di decisioni analoghe a quelle qui in esame, esse rimangono incomprensibili ai più e “minano la credibilità della magistratura”.

Inoltre, tali decisioni sviluppano meccanismi di rancore, in chi le subisce, che nascono dalla convinzione di aver subito un torto, dovuto alla bizzarria, se non alla parzialità del magistrato procedente, pur avendo osservato la legge. Tali meccanismi a volte spingono verso l’illegalità, vista come l’approdo naturale per chi subisce una condanna pur avendo rispettato la legge. “Tanto vale agire illegalmente”, questa è l’espressione spesso formulata da imputati che non si riescono a spiegare perché si trovano coinvolti in un giudizio penale.

Tuttavia, gli effetti c.d. processuali travalicano la sfera soggettiva dei protagonisti e invadono quella pubblica.

Tali processi incidono sull’azione amministrativa rallentandola inesorabilmente, se non proprio bloccandola, con la conseguenza di determinare una paralisi dell’amministrazione e delle iniziative economiche nel nostro paese.

Inoltre, la paralisi dell’amministrazione e la lunghezza dei tempi processuali allontanano gli investitori dal nostro paese.

Paradossalmente, questo fatto, che incide in maniera negativa sullo sviluppo economico e sociale, non è il più grave.

Iniziative processuali analoghe a quelle che si passano in rassegna nel libro destabilizzano l’assetto ordinamentale. Il giudice invade prerogative che appartengono alla pubblica amministrazione, esercitando in luogo di essa funzioni che non gli competono. Le scelte di natura discrezionale, devolute dal nostro ordinamento all’amministrazione, vengono contestate dalla magistratura che, contemporaneamente, propugna un modello diverso di esercizio del potere, decisioni diverse, scelte diverse, interventi diversi.

Nessuna legge conferisce al giudice un potere siffatto.

Decisioni come quelle in esame producono l’effetto di destabilizzare l’assetto istituzionale. Il fenomeno non è solo italiano.

Sabino Cassese, in un bel volume sulla democrazia, ha formulato valutazioni critiche sul ruolo delle Procure in alcuni paesi europei, fra i quali l’Italia, la Spagna e la Francia. L’Illustre Maestro ha affermato che le Procure “sono dotate anch’esse di indipendenza nei confronti degli

organi rappresentativi. Svolgono il ruolo di accusa. Ma debordano sia invadendo campi estranei (valutazioni di danni ambientali e alla salute, decisioni di localizzazione di impianti, valutazioni sull'uso del territorio e così via), sia utilizzando – attraverso l'uso distorto di intercettazioni e custodia cautelare – procedure di 'naming and shaming', poco produttive sul piano processuale ma molto efficaci nel circuito politico e dell'opinione pubblica. Gli effetti principali di questi interventi si producono nel campo della politica e dell'amministrazione. Sulla prima, l'azione accusatoria ha l'effetto di stimolare la sfiducia nell'elettorato. Sulla seconda ha un effetto di spiazzamento, nel senso che in questo modo i decisori di ultima istanza nelle scelte più importanti riguardanti problemi sociali, ambientali, di sviluppo urbanistico diventano le procure, in luogo degli organi rappresentativi e degli uffici burocratici”⁸.

Simili azioni giudiziarie inducono le persone a ritenere che si sia in presenza di una diffusa illegalità anche in caso di un rispetto formale delle norme giuridiche.

L'amministrazione e la politica diventano il mondo del malaffare.

Le norme giuridiche non riescono ad evitare – anche quando esse stabiliscono procedimenti e contenuti degli emanandi atti amministrativi – che dilaghi l'illegalità.

È il messaggio offerto da una certa interpretazione dell'operazione di “mani pulite”, che utilizzò la vicenda giudiziaria per demonizzare la politica, segnando la nascita del populismo giudiziario⁹. È la prima demonizzazione della politica.

Occorre fare una precisazione, al fine di non essere equivocato. Non si critica l'opera meritoria svolta dai magistrati di “mani pulite”.

Intendo fare riferimento alla intera e complessa operazione culturale che, prima, ha accompagnato e, poi, si è sovrapposta all'opera lode-

⁸ S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2018, 71 ss.

⁹ Si veda l'esame di alcune fra le variegata tendenze del populismo giudiziario in Italia che compie E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, 2019, 8 ss., 12 ss., 91 ss., 131 ss., 145 ss. Sul tema si vedano, altresì, G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.; D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 123 ss.; A. MERLO, *L'abuso d'ufficio*, cit., 2019, 97 ss.

vole, coraggiosa e decisa dei magistrati di mani pulite.

Appare opportuno premettere che ogni processo ha il suo specifico e giusto corso, con le fasi che debbono rimanere segrete e quelle che possono essere svolte pubblicamente. A volte vengono formulate valutazioni sull'operato dei magistrati del tutto infondate e gratuite. Si sostiene, a volte, che il Giudice dell'udienza preliminare non avrebbe dovuto disporre un provvedimento di custodia cautelare o il rinvio a giudizio. Si tratta di giudizi frettolosi.

Se il G.u.p. ha emesso un provvedimento di custodia cautelare, nella generalità dei casi, ciò è dovuto alla ricorrenza dei presupposti che legittimano e a volte impongono l'emissione di una misura siffatta. E anche la valutazione discrezionale compiuta dal giudice nella normalità dei casi non può essere oggetto di contestazione perché essa avviene sulla scorta di orientamenti elaborati dalla giurisprudenza nel corso di migliaia di decisioni. Infine, se viene disposta la rimessione in libertà di imputati o la loro scarcerazione, la ragione di ciò va ravvisata nella esistenza dei presupposti che il legislatore ha stabilito per l'emissione di siffatti provvedimenti. Se il G.u.p. ha disposto il rinvio a giudizio, nella generalità dei casi, la decisione presa è giustificata dalla esistenza di tutti i presupposti previsti dal codice per procedere in tal senso.

Non è possibile inscenare un teatrino per cercare di dimostrare che certe decisioni sono state determinate da ragioni diverse da quelle relative a una corretta applicazione della legge. In altri termini, ogni processo, una volta avviato, deve seguire un iter stabilito dal codice di procedura penale, sottratto, in quanto tale, a ogni capziosa interpretazione. Il magistrato deve agire così come gli prescrive il codice di procedura. Non può comportarsi diversamente e determinarsi liberamente e qualora questo avvenga si incorre in una situazione patologica. Le critiche formulate a comportamenti doverosi dei magistrati sono davvero ingiustificate e ingiuste.

Senonché, occorre considerare l'effetto del processo sull'opinione pubblica, che un tempo consigliava alla magistratura di non compiere atti processuali pubblici nei mesi precedenti le competizioni elettorali¹⁰.

¹⁰ Rimane scolpito nella mia memoria di magistrato l'invito che il Procuratore generale e il Procuratore della Repubblica rivolgevano a noi Sostituti Procuratori di

L'esigenza di confezionare una "notizia", idonea a creare "immagini" destinate a sollecitare determinate reazioni nel pubblico – perseguita con un sapiente lavoro di esperti della videocomunicazione – ha suscitato il clamore di alcune inchieste e di alcuni processi, che avrebbero dovuto rimanere riservati, per lo meno sino ai loro esiti.

L'esigenza dei media di "cavalcare la notizia" non sempre è stata indotta da un puro e semplice dovere di cronaca e dalla necessità di informare i cittadini¹¹; spesso è stata il frutto dei piani subdoli di poteri occulti¹², che temevano gli effetti di governi proclivi verso politiche di equità sociale, ed ha rinvenuto un supporto da dichiarazioni sfuggite a qualche magistrato, disattento o affetto da protagonismo, che hanno ingrossato, come un fiume in piena, la convinzione che tutto il mondo della politica, quello dei partiti e quello dei suoi protagonisti fosse corrotto e che tutti i mali sociali del paese (disuguaglianze, disoccupazione, crisi economica, criminalità ecc. ecc.) fossero da ascrivere alla corruzione politica.

In quel momento ha cominciato a crescere e a svilupparsi il virus dell'antipolitica.

Mario Tronti, in un bel libro che invita a pensare¹³, sostiene che l'operazione nata con il nobile nome di "mani pulite" sia stata puramente, solamente e pesantemente distruttiva. *"Uno sparare nel mucchio a colpire indiscriminatamente colpevoli e non colpevoli con l'unica mira sul politico di professione. Per sostituirlo con che cosa, poi? Con il niente di oggi. Si vuole riflettere su questo?"*¹⁴.

Tale giudizio può apparire eccessivo se si decontestualizza la succi-

non adottare alcuna iniziativa pubblica, nell'esercizio delle nostre funzioni, nei mesi precedenti le competizioni elettorali, al fine di non alterare la libera formazione della volontà democratica degli elettori.

¹¹ Sul ruolo dell'informazione e della televisione nella formazione del senso comune e del consenso, si veda, fra i tanti, L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Bari, 2011, 36 ss.

¹² Quelli che L. Ferrajoli chiama i poteri selvaggi, L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi*, cit., 2011, 48 ss., 55 ss.

¹³ M. TRONTI, *Il popolo perduto. Per una critica della sinistra*, con A. Bianchi, Roma, 2019.

¹⁴ M. TRONTI, *Il popolo perduto*, cit., 2019, 56.

tata affermazione; invece, collocata nell'ambito della complessa riflessione svolta dal filosofo, riacquista la sua corretta dimensione. Invero, il declino dei partiti e la conseguente crisi delle istituzioni democratiche nel nostro paese non furono innestati soltanto dal disvelamento di ampi fenomeni corruttivi, ma anche dal crollo delle ideologie polarizzate dalla guerra fredda¹⁵ e dalla inadeguata risposta articolata dalla sinistra¹⁶, tradottasi nella deriva liberaldemocratica della tradizione socialista¹⁷.

Il potere mediatico ha messo insieme la posizione dei colpevoli e quella di chi tale non era, per celebrare i processi fuori dai Tribunali, presentando tutti gli indagati come sicuri responsabili. In questo modo, il potere mediatico ha celebrato un processo contro la politica italiana, coinvolgendo tutti, colpevoli e innocenti, senza preoccuparsi del fatto che si mettevano in crisi le stesse istituzioni democratiche, si delegittimavano gli istituti rappresentativi democratici, dal parlamento, al governo e all'amministrazione.

A questa opera devastante ha fatto da contraltare la ricerca di un salvatore della patria, osannato sino a quando non si è constatato che le speranze riposte non potevano più essere realizzate¹⁸; per sostituirlo con una soluzione tecnocratica¹⁹, che ha messo in ginocchio i ceti so-

¹⁵ N. URBINATI, *Democrazia sfigurata. Il popolo fra opinione e verità*, Milano, 2016, 143.

¹⁶ M. TRONTI, *Il popolo perduto*, cit., 2019, 80.

¹⁷ M. TRONTI, *Il popolo perduto*, cit., 2019, 78.

¹⁸ Una bella sintesi la si trova in P. IGNAZI, *Vent'anni dopo. La parabola del berlusconismo*, Bologna, 2014, 143, secondo il quale "la parabola del berlusconismo termina quindi sotto il segno di tre fallimenti: fallita la costituzione di un grande partito liberal-conservatore ridotto a una formazione patrimoniale populista con tratti carismatici, del tutto soggetta alle decisioni insindacabili del capo e aliena ai principi liberali; fallita la modernizzazione del paese, riportato indietro di anni, se non di decenni, ben al di là dell'impatto esterno della crisi internazionale; fallita la rivoluzione liberale. E questo per molti motivi".

¹⁹ Per una critica alle soluzioni tecnocratiche e, in particolare alle soluzioni propugnate da J. STUART MILL, *Considerazioni sul governo rappresentativo*, Roma, 1997 (ma 1977), 85 ss., e W. LIPPMANN, *L'opinione pubblica*, 2018, 13 ss., 23 ss., teorici della revisione tecnocratica della democrazia, si veda N. URBINATI, *Democrazia sfigurata*, cit., 2016, 88 ss.

ciali più deboli, ed ha rappresentato un serio pericolo per la tenuta dell'impianto democratico del paese²⁰, per poi riproporne un altro²¹, ben presto abbandonato e sostituito con un altro ancora, senza che mai nulla venisse prodotto.

Si è sostituita la personalizzazione del potere politico alla dialettica democratica fra le istituzioni.

Naturalmente, forme diverse di populismo e risposte populiste differenti. L'antipolitica per eccellenza nasce negli anni Novanta, con la Lega Nord e con il movimento di Silvio Berlusconi, due fenomeni populistici che si sono imposti in un momento di declino dei partiti e, con loro, delle istituzioni democratiche²². A tal proposito, appare perfettamente calzante il riferimento al giudizio formulato da Rosanvallon, secondo il quale "*il populismo può essere inteso in questo caso come una forma di espressione politica in cui il progetto politico democratico si lascia totalmente assorbire e vampirizzare dalla contro-democrazia; è la forma estrema dell'antipolitica*"²³.

Un ruolo decisivo ha assunto il populismo videocratico che "*è riuscito a trasformare la cittadinanza in un'audience non qualificata e indefinita, in un pubblico di consumatori individuali di spot politici privi di qualsiasi affiliazione o fedeltà di partito e di qualsiasi volontà di partecipazione*"²⁴.

Personalmente sono convinto che la magistratura, nel suo complesso, non abbia mai inteso svolgere una destabilizzante supplenza della

²⁰ Come per tutti i governi tecnici, anche per quello recente del 2011-2013, l'opzione ideologica che la sorregge è rappresentata dal giudizio di inadeguatezza della politica e delle stesse procedure democratiche ad elaborare una risposta adeguata ai problemi del paese. Si veda il volume di S. GOULARD-M. MONTI, *La democrazia in Europa. Guardare lontano*, Milano, 2012, in cui sostiene la necessità di elaborare modalità di decisioni sottratte alle verifiche elettorali e all'opinione pubblica quale unica strada per salvare l'Unione europea.

²¹ Sul renzismo e la crisi politica italiana C. GALLI, *Democrazia senza popolo. Cronache dal parlamento sulla crisi della politica italiana*, Milano, 2017, 114 ss.;

²² N. URBINATI, *Democrazia sfigurata*, cit., 2016, 143.

²³ P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, 2006, trad. it., *Controdemocrazia, La politica nell'età della sfiducia*, Roma, 2012, 193.

²⁴ N. URBINATI, *Democrazia sfigurata*, cit., 2016, 143.

politica. Ritengo, invece, che occulti poteri extra politici abbiano frastornato e manovrato l'opinione pubblica, con una sapiente gestione del potere mediatico.

Le inchieste giudiziarie sono state utilizzate in funzione antipolitica, collocando la magistratura in una posizione antitetica al potere legislativo e al potere esecutivo.

Di tutto questo la magistratura non è responsabile.

Se si vogliono addebitare responsabilità alla magistratura, è possibile individuarle in quella di non aver capito gli effetti che la spettacolarizzazione delle inchieste avrebbe prodotto sul tessuto sociale, politico e istituzionale del paese; in quella di non aver preso subito le distanze dall'operazione condotta dai poteri mediatici e di non aver attivato le doverose contromisure per evitare la spettacolarizzazione delle inchieste giudiziarie; in quella di non aver fatto subito la differenza fra colpevoli e innocenti.

a) Non sono stati capiti gli effetti che la spettacolarizzazione delle inchieste avrebbe prodotto sul tessuto sociale, politico e istituzionale del paese²⁵.

Aiuterebbe a comprendere gli effetti prodotti dalla diffusione incontrollata delle iniziative processuali, la lettura delle riflessioni di Nadia Urbinati²⁶ sulla rilevanza dell'opinione pubblica e sulla sua configurazione come una forma atipica di potere²⁷. La trasformazione

²⁵ Sull'esigenza di limitare l'effetto mediatico delle denunce si veda F. CURCIO, *Introduzione*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 5.

²⁶ N. URBINATI, *Democrazia sfigurata*, cit., 2016, 57 ss., 71 ss.

²⁷ Magari, una volta completata la lettura della Urbinati e avvinti dalla problematica in essa trattata, non farebbe male a nessun giurista, magistrato, avvocato o professore, studiare J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Roma-Bari, 2005 (ma 1962), 105 ss., che ha ricostruito il ruolo dell'opinione pubblica nella società moderna, e – risalendo a ritroso – le diverse ricostruzioni di J. LOCKE, *Saggio sull'intelligenza umana*, Roma-Bari, 2006, 393 ss., che fu fra i primi filosofi a evidenziare il ruolo dell'opinione nella società moderna, configurandola come il luogo della libertà, ma anche della sovranità indiretta e invisibile, e di J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Roma-Bari, 1994, 17 ss., che fu fra i primi a utilizzare l'espressione "opinione pubblica".

della politica in foro delle opinioni, nelle moderne democrazie costituzionali, rende quest'ultimo un potere, che attrae gruppi sociali ed economici intenzionati a orientare i programmi politici e a condizionare le decisioni, influenzando il legislatore²⁸.

Alle inchieste giudiziarie – che avrebbero dovuto svolgersi riservatamente e segretamente, così come prescrive il codice di procedura penale – hanno fatto da contraltare le inchieste giornalistiche e televisive, guidate da esperti professionisti della comunicazione e dell'informazione. Tali professionisti – debitamente guidati – hanno finito per orientare, se non proprio gestire, il sistema per scegliere i candidati, per elaborare i programmi politici, per formare le opinioni pubbliche, giungendo anche a proporre e costruire nuove formazioni politiche²⁹.

b) Non sono state prese subito le distanze dall'operazione condotta dai poteri mediatici e non ha attivato le doverose contromisure per evitare la spettacolarizzazione delle inchieste giudiziarie.

c) Non è stata fatta subito la differenza fra colpevoli e innocenti.

Si sono instaurati processi nei confronti di amministratori pubblici basati su di un impianto accusatorio debole, se non proprio inconsistente, e invece di definirli rapidamente, magari con una richiesta di archiviazione o in sede di udienza preliminare, sono stati trascinati per anni lasciando permanere il marchio dell'infamia su tutti gli imputati, a volte anche in custodia cautelare, salvo poi dichiarare l'infondatezza dell'accusa e assolverli. Questo è avvenuto un po' dovunque.

Se non si riesce a fare subito la differenza, distinguendo fra coloro nei confronti dei quali vi è la prova della commissione di fatti corruttivi o concussivi e coloro a carico dei quali una siffatta prova non c'è, si ingenera confusione. Si contribuisce a disorientare l'opinione pubblica³⁰, che è una delle componenti della struttura diarchica degli ordinamenti democratici³¹.

²⁸ N. URBINATI, *Democrazia sfigurata*, cit., 2016, 63 ss.

²⁹ Sul tema si veda N. URBINATI, *Democrazia sfigurata*, cit., 2016, 73 ss.

³⁰ J. HABERMAS, *Storia e critica*, cit., 2005 (ma 1962), 244 ss., sostiene che il foro pubblico è essenziale per la democrazia.

³¹ Si veda N. URBINATI, *Democrazia sfigurata*, cit., 2016, 23 ss.

L'iniziativa processuale, paradossalmente, diventa la cassa di risonanza dell'antipolitica.

Innanzitutto, scelte di questo tipo sono riprovevoli da un punto di vista etico. Inoltre, esse violano il principio costituzionale del giusto processo, il quale reca fra le sue declinazioni anche il principio che il processo si svolga in tempi rapidi, al fine di non pregiudicare eccessivamente e inutilmente gli interessi coinvolti. Infine, esse si traducono nella violazione del principio costituzionale di presunzione di non colpevolezza, perché espongono, per tutta la durata del processo, l'imputato ad una gogna mediatica.

6. La posizione dell'atto amministrativo rispetto alla fattispecie penale astratta

Il giudice penale utilizza diverse tecniche, che costituiscono, tendenzialmente, il riflesso della differente posizione conferita dal legislatore all'azione, all'atto e al provvedimento amministrativo rispetto alla fattispecie penale astratta.

La dottrina è pienamente consapevole della rilevanza da conferire alla posizione del provvedimento amministrativo rispetto alla fattispecie penale. A tal proposito, sono state formulate ricostruzioni diverse e anche molto raffinate³².

Secondo un orientamento c.d. sostanzialista, devono essere tenute separate le ipotesi in cui l'atto amministrativo rileva all'interno della fattispecie incriminatrice, quale suo presupposto o elemento, da quelle in cui l'atto amministrativo rileva autonomamente, agendo all'esterno della figura legale³³.

Un orientamento propone di distinguere fra l'ipotesi in cui l'atto amministrativo contribuisce a definire il contenuto precettivo della

³² R. VILLATA, "Disapplicazione", cit., 1980, 95 ss.

³³ M. PETRONE, *La disapplicazione dell'atto amministrativo: aspetti penali*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1987, n. 1, 69 ss.; dello stesso autore si veda M. PETRONE, *Attività amministrativa*, cit., 2000.

norma incriminatrice e le ipotesi in cui l'atto amministrativo non concorre a definire il contenuto precettivo della norma³⁴.

Appare opportuno precisare che con l'espressione "attività amministrativa" si intende fare riferimento non soltanto a quelle condotte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio che si concretizzano nella emanazione di un atto o di un provvedimento amministrativo. La qual cosa renderebbe del tutto superflua la locuzione in esame, perché il relativo concetto sarebbe già ampiamente definito facendo riferimento, appunto, all'atto e al provvedimento amministrativo. Invece, la nozione di azione amministrativa consente di comprendere anche le ipotesi in cui il pubblico ufficiale o l'incaricato del pubblico servizio, nell'esercizio dei suoi poteri, rimane inerte e silente.

In definitiva, si utilizza la nozione di attività, come espressione di sintesi comprensiva di atti, di provvedimenti, di comportamenti inerti e, in generale, di ogni condotta riconducibile alla pubblica amministrazione.

Il legislatore individua diversi settori nei quali consente al giudice penale di sindacare l'operato della pubblica amministrazione.

Nella generalità dei casi, l'intervento del giudice penale rinviene un riferimento espresso nella configurazione della stessa fattispecie penale astratta. Invece, in altri, il giudice penale, nell'esercitare le sue funzioni, sottopone a sindacato l'azione dell'amministrazione senza che ciò sia espressamente contemplato dalla fattispecie incriminatrice astratta. In queste ultime ipotesi, il giudice penale desume la legittimità di siffatti poteri in via ermeneutica.

Sia nelle prime ipotesi, che nelle seconde si presentano elementi di criticità, di notevole rilievo benché di diversa natura.

Nell'ambito della problematica generale sopra tratteggiata, l'attenzione dovrà essere concentrata sul reato di abuso di ufficio, sia per la sua centralità, sia per la sua problematicità, causata da interpretazioni giurisprudenziali espansive, sia perché oggetto di un recente rattoppo effettuato dal legislatore.

³⁴ M. GAMBARDELLA, *Il controllo*, cit., 2002, 178.

7. Considerazioni di sintesi

Il fine perseguito dal giudice penale, nella gran parte dei casi, è meritevole di consenso.

Diverse sono le conclusioni invece per quanto riguarda le tecniche utilizzate. Le tecniche utilizzate, infatti, spesso sono eccentriche e conflittuali con il nostro impianto ordinamentale. La generalizzazione di tali tecniche, la pretesa di ricondurre a sistema una tecnica eccentrica, provoca guasti irreparabili. Si mettono in discussione i principi portanti del nostro ordinamento penale, quale per esempio il principio di tassatività.

La strada da percorrere è un'altra ed è rappresentata dalla necessità di rimodulare le leggi affinché le condotte penalmente rilevanti emergano in maniera chiara ed evidente.

Capitolo Primo

Le modifiche normative del reato di abuso di ufficio e i problemi derivanti dall'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 323 c.p.

SOMMARIO: 1. L'evoluzione normativa del reato di abuso di ufficio: dal Codice Rocco alla l. n. 86/1990. – 2. La riforma del reato di abuso di ufficio introdotta dalla l. n. 234/1997 e quella introdotta dalla l. n. 120/2020. – 3. Le ragioni del continuo riassetto normativo. – 4. Il difetto di analisi e l'inadeguatezza dei rimedi sottesi agli interventi del legislatore. – 5. L'esigenza di precludere al giudice penale il sindacato sull'attività discrezionale. – 6. La natura incidentale della cognizione riservata al giudice penale sul provvedimento amministrativo in sede di accertamento di un reato di abuso di ufficio.

1. L'evoluzione normativa del reato di abuso di ufficio: dal Codice Rocco alla l. n. 86/1990

L'abuso di ufficio è stato oggetto di una pluralità di interventi del legislatore e di continui rimaneggiamenti.

Nel 1930, il Codice Rocco, modificando la funzione politico-criminale del reato, rispetto all'impostazione accolta dall'art. 175 del Codice Zanardelli¹, ha introdotto, all'art. 323 c.p., il reato di "Abuso di ufficio in casi non preveduti specificamente dalla legge", denominato

¹ Il Codice Zanardelli, all'art. 175, sanzionava l'abuso dell'autorità, non specificamente tipizzato, ma lesivo dei diritti altrui. La norma era espressione dell'ideologia liberale e mirava a tutelare il cittadino dalle prevaricazioni dell'autorità pubblica.

anche abuso innominato di ufficio². L'art. 323 c.p., nella versione del codice adottato in epoca fascista³, ha sanzionato la condotta del pubblico ufficiale che, "abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurarsi un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge".

I problemi di compatibilità dell'originaria formulazione dell'art. 323 c.p. con la Costituzione, derivanti dalla indeterminatezza della fattispecie, sono stati disattesi dalla Corte Costituzionale, che ha creduto di rinvenire idonea soluzione nella specificità del dolo⁴.

Le esigenze riformatrici – da più parti avvertite⁵ – hanno condotto a una rivisitazione generale dei reati contro la pubblica amministrazione.

Con la l. n. 86/1990, mediante la quale il legislatore ha introdotto

² L'art. 323 del Codice Rocco ribaltò l'impostazione accolta dal Codice Zanardelli, configurando un reato volto a tutelare la pubblica amministrazione dalle infedeltà del pubblico funzionario. La norma era espressione dell'ideologia autoritativa che privilegiava gli interessi dello Stato sulle libertà dei cittadini.

³ Sull'art. 323 Codice Rocco si vedano S. RICCIO, *Abuso d'ufficio*, in *Nss. Dig. it.*, I, Torino, 1957, 107 ss.; E. CONTIERI, *Abuso innominato d'ufficio*, in *Enc. dir.*, I, 1958, 187 ss.; A. MARUCCI, *Abuso d'ufficio nei casi non preveduti specificamente dalla legge*, in *Enc. forense*, I, Milano, 38 ss.; G. SCARPA, *L'abuso d'ufficio*, Milano, 1970, 157 ss.; F. INFANTINI, *Abuso delle qualità o delle funzioni di pubblico ufficiale in diritto penale*, Milano, 1974, 138 ss.; L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1976, 87 ss.; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V, Torino, 1981, 280; M. PARODI GIUSINO, *Abuso innominato d'ufficio*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, 41 ss.; F. INFANTINI, *Abuso innominato d'ufficio*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, 1 ss.

⁴ Appare opportuno ricordare che avverso la formulazione originaria del reato venne sollevata questione di legittimità costituzionale, definita con Corte Cost., 19.2.1965, n. 7, secondo la quale l'eccessivo margine lasciato dall'art. 323 c.p. alla discrezionalità del giudice, in contrasto con il principio di legalità, poteva essere adeguatamente temperato dalla specificità del dolo. Sul tema, fra i tanti, F. BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 984 ss.; L. PALADIN, *Problemi, esperienze e prospettive dei rapporti fra giudici ordinari e pubbliche amministrazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, 457 ss., 483.

⁵ Sulle diverse proposte di riforma A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, Milano, 2009, 26 ss.

una riforma generale dei reati contro la pubblica amministrazione⁶, si è riformulato l'art. 323 c.p.

Nella fattispecie dell'art. 323 c.p., pertanto, sono confluite le ipotesi precedentemente punite dal reato di interesse privato in atti di ufficio (art. 324) e le ipotesi di peculato per distrazione (art. 314), rendendo la nuova fattispecie penale un contenitore ben più ampio di quello precedente. La condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato del pubblico servizio consisteva nell'"abusare del proprio ufficio".

L'art. 13 della l. n. 86/1990 ha sostituito l'art. 323 del codice Rocco, rubricando la nuova norma con l'espressione "abuso d'ufficio" e prevedendo due fattispecie diversamente sanzionate, rispettivamente al primo e al secondo comma. L'art. 323 c.p., primo comma, stabiliva che "il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni". L'art. 323 c.p., secondo comma, sanciva che "se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due a cinque anni".

Anche se rimodulata in tal modo, la fattispecie è stata reputata priva del requisito di tassatività e contraddistinta da una latitudine applicativa indeterminata⁷.

La prassi applicativa si è tradotta in una sovrapposizione dell'illecito penale a quello amministrativo, con una conseguente qualificazione di ogni illegittimità amministrativa in termini anche di illecito penale⁸. In alcune interpretazioni giurisprudenziali l'illecito penale ha

⁶ Sulla riforma introdotta dalla l. n. 86/1990 si veda F. BALDI, *Le principali forme di manifestazione del reato di abuso di ufficio: abuso circostanziato ed abuso tentato*, in *Cass. pen.*, 1995, 934 ss.; A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, cit., 2009, 23 ss.

⁷ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Bologna, 2012, 246. Sui limiti di determinatezza dalla norma si vedano anche R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1984, 189 ss.; V. SCORDAMAGLIA, *L'abuso d'ufficio*, in F. COPPI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1991, 191 ss.; A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, cit., 2009, 35.

⁸ L. PICOTTI, *Continua il dibattito sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997,

assunto una dimensione più ampia dell'illecito amministrativo.

La funzione selettiva affidata al dolo specifico non è riuscita a ricondurre la fattispecie penale astratta entro un margine accettabile di tassatività⁹.

Nel corso degli anni sono state prospettate critiche volte a rilevare l'incostituzionalità della norma. Diversi giudici di merito hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p. per indeterminatezza della fattispecie e per contrasto con l'art. 25 Cost.¹⁰. Tuttavia, la Corte Costituzionale non si è mai pronunciata nel merito perché il legislatore, come vedremo, nel 1997 è ritornato sulla questione, modificando ulteriormente la norma.

2. La riforma del reato di abuso di ufficio introdotta dalla l. n. 234/1997 e quella introdotta dalla l. n. 120/2020

Il Ministro della Giustizia, nel 1996, nominò una commissione di studio, presieduta da Giuseppe Morbidelli, che elaborò una proposta in cui l'originaria figura veniva articolata in tre diverse ipotesi delittuose. La proposta non ebbe seguito.

Invece, il legislatore optò per una differente soluzione, elaborata in tutta fretta, con la quale tentò di ridefinire la fattispecie, nella ricerca di un maggior grado di tassatività della condotta¹¹. Il testo, all'epoca

347 ss.; C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, Padova, 1998, 7 ss.; P. PITTARO, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali. Problemi attuali della giustizia penale*, Padova, 1998, 20 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Bologna, 2012, 246.

⁹ Sulla centralità del dolo specifico nella configurazione della fattispecie penale si vedano V. SCORDAMAGLIA, *L'abuso d'ufficio*, cit., Torino, 1991, 202 ss.; F. BRICOLA, *In tema di legittimità*, cit., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 985; A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, cit., 2009, 35 ss.

¹⁰ Fra i tanti, si veda G.i.p. Trib. Piacenza 16.4.1996, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1138, con nota di A. SIRIANI, *Dolo specifico e deficit di tassatività nell'abuso d'ufficio*, ivi.

¹¹ Sulla riforma del 1997, si vedano, fra i tanti, A. PAGLIARO, *Nuovi spunti sul-*

introdotto dall'art. 1 della l. n. 234/1997, prevedeva “*Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni*”. La riforma della l. n. 190/2012 si è limitata a modificare solo la sanzione edittale.

La riforma del 1997 ha trasformato l'abuso di ufficio da reato di pura condotta a delitto a duplice evento, configurando due specifiche modalità di realizzazione dell'azione abusiva, necessariamente sostenuta da dolo specifico per intenzionalità dell'evento.

Senonché, la giurisprudenza, in diversi casi, ha applicato la norma in maniera non conforme al testo legislativo, con una vera e propria interpretazione ampliativa e innovativa¹².

La letteratura politica ha sostenuto che l'art. 323 c.p. e l'interpretazione datane dalla giurisprudenza, rendendo incerte e indefinite le condotte idonee a integrare il reato di abuso di ufficio, fossero responsabili della paralisi amministrativa del paese, ingenerando nel pubblico ufficiale o nell'incaricato di pubblico servizio il timore di incorrere

l'abuso d'ufficio, in *Dir. pen e proc.*, 1997, 501 ss.; A. PAGLIARO, *La nuova riforma del delitto di abuso d'ufficio*, in *Dir. pen e proc.*, 1997, 1394 ss.; C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, Padova, 1998, 16 ss.; A. MANNA, *Luci ed ombre nella nuova fattispecie di abuso di ufficio*, in *Ind. pen.*, 1998, 21 ss.; C.F. GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso di ufficio*, in *Foro it.*, 1999, V, 334, 336 ss.; U. RAMACCI-S. VINCIGUERRA-T. ALIBRANDI-ALBERTINI-M. DONINI-CERQUA, *L'obiettivo sull'abuso d'ufficio. Contributi ed opinioni*, in *Ind. pen.*, 1998, 35 ss.; I. CACCIAVILLANI, *Il delitto di abuso d'ufficio nel sistema di tutela della pubblica funzione*, in *Giur. merito*, 1999, IV, 1142; A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso di ufficio*, in *Dir. proc. pen.*, 1999, 108 ss.; G. PAVAN, *La nuova fattispecie di abuso di ufficio e la norma di cui all'art. 97, primo comma, Cost.*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, 285; A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto di interesse nel sistema penale*, Torino, 2004, 53.

¹²F. PALAZZO, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in *Cass. pen.*, 2012, 1615 ss.; A. MERLO, *L'abuso di ufficio*, cit., 2019, 13.

in errore con qualsiasi determinazione adottata e di essere, in ogni caso, suscettibile di imputazione penale. Si è evidenziato che l'elusione, da parte della giurisprudenza, dei parametri tassativi posti dal legislatore ha ingenerato timori diffusi fra i pubblici dipendenti, dando luogo ad anomale forme di autotutela difensive, a eccessi di formalismi, a ritardi o omissioni nella trattazione delle pratiche, a parcellizzazione di competenze e a rallentamenti dei procedimenti¹³.

Anche di recente vi sono stati inviti pubblici a rimodulare la fattispecie penale, per contenere le interpretazioni espansive e innovative¹⁴.

Il legislatore è intervenuto di nuovo sul reato di abuso di ufficio, con il d.l. n. 76/2020, convertito con la l. n. 120/2020¹⁵. Nella formulazione vigente dell'art. 323 c.p., le parole "di norme di legge o di regolamento" sono state sostituite con le seguenti "di specifiche regole

¹³ M. 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 A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 100.

¹⁴ N. GRATTERI-A. MAZZONE, *Come delimitare l'abuso di ufficio*, in *Il Sole 24 ore*, 22.2.2012; S. PERONGINI, *Perché va abrogato l'abuso di ufficio. Magistratura non supplente ma sostitutiva, domina il "pan-Anac-ismo"*, in *Il Mattino*, 6.10.2017, 1 ss.; C. NORDIO, *Riforma necessaria. Una norma che paralizza chi decide*, in *Il Messaggero*, 8.9.2017; V. ERRANTE, *Abuso d'ufficio. Cantone apre: "Questo reato va rivisto"*, in *Il Mattino*, 8.9.2017; A. BRANCACCIO, *Così la "paura della firma" paralizza lo sviluppo possibile del Paese*, in www.lacittàdisalerno.it del 15.2.2020, 1; M. CLARICH-S. MICOSI, *Ripresa, due proposte per evitare la paralisi da burocrazia*, in www.ilsole24ore.it, del 22.5.2020, 1; P. SEVERINO, *La burocrazia difensiva*, in www.larepubblica.it del 30.5.2020, 1; A. GONZATO, *L'abuso d'ufficio sta bloccando l'Italia*, in www.libero.it del 16.6.2020, 1.

¹⁵ G.L. GATTA, *Da "spazza-corrotti" a "basta paura": il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio approvata dal Governo "salvo intese" (e la riserva di legge?)*, in www.sistemapenale.it del 17.7.2020, 1; A. NATALINI, *Abuso d'ufficio: è abolito criminis parziale. Solo violazione di regole di condotta senza discrezionalità*, in www.diritto24.ilsole24ore.com del 6.8.2020, 1; M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà del nuovo 323 c.p.*, in www.penedp.it del 10.8.2020, 5; C. ESPOSITO, *L'abuso d'ufficio e le nuove regole senza il comune senso di giustizia*, in www.ilmattino.it del 28.8.2020, 1.

di condotta espressamente previste dalla legge o da atti di aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità”.

La nuova versione del reato di abuso di ufficio prevede “*Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni*”.

3. Le ragioni del continuo riassetto normativo

In presenza di un numero e di una qualità così significativi di modifiche della legge, che disciplina il reato di abuso di ufficio, sovengono alla mente le parole di N. Condorcet secondo il quale “i legislatori odierni sono semplicemente uomini che non possono dare ad altri uomini come loro nient’altro che leggi transitorie come loro”¹⁶. Si dirà che ciò costituisce l’ovvia conseguenza della fugacità, della transitorietà, della mutevolezza e della temporaneità delle vicende umane. Tuttavia, il rilievo non è appropriato perché N. Condorcet non intendeva fare un riferimento filosofico al trascorrere del tempo. Al contrario.

Le sue parole diventano chiare e acquistano un preciso significato politico e sociale se inserite nella sua concezione della democrazia, come procedura che assicura la mutevolezza delle decisioni umane. Non è un caso che venga considerato come uno dei primi teorici del costituzionalismo¹⁷.

¹⁶N. CONDORCET, *Lettres à M.le Comte Mathieu de Montmorency*, in *Oeuvres*, vol. 9, 1847, 371 ss.

¹⁷N. URBINATI, *Democrazia sfigurata*, cit., 2016, 133, sostiene che N. Condorcet

Ed infatti, gli interventi di riforma del legislatore sul reato di abuso di ufficio perseguono una finalità ben precisa, come si tenterà di precisare più oltre, e non sono certo ascrivibili alla mutevolezza delle vicende umane.

Non coglie nel segno quell'orientamento che, con aristocratico distacco accademico, ascrive il continuo rimaneggiamento della fattispecie normativa del reato di abuso di ufficio alla insipienza e alla incapacità del legislatore. Lo stesso dicasi della tesi secondo la quale le modifiche della fattispecie penale costituiscono una conseguenza della esigenza di restringere le maglie del reato, per compiere *in extremis* il salvataggio di qualche eminente politico.

Chiavi di lettura siffatte, oltre a costituire una evidente “cattiva prova” delle capacità intellettive di coloro che le prospettano, presentano il grave difetto di confondere il lettore, che si affidi incautamente ad esse, impedendogli di comprendere la reale natura della posta in gioco.

Se si abbracciano, in una visione di insieme, tutti i ritocchi compiuti dal legislatore per riformare il reato di abuso di ufficio non sarà difficile cogliere il filo che li collega.

Innanzitutto, confrontando le riforme in tema di abuso di ufficio con tutti i più complessi interventi legislativi in tema di reati contro la pubblica amministrazione, si noterà un cambio di passo, se non proprio una palese contraddizione.

I predetti interventi hanno delineato una disciplina che amplia gli strumenti sanzionatori, per adeguare l'impianto punitivo penale a tecniche corruttive più raffinate. Si pensi all'introduzione del reato di traffico di influenze illecite (art. 346-*bis* c.p.)¹⁸.

Invece, le riforme in tema di abuso di ufficio sono volte a delimita-

offrì un contributo al costituzionalismo moderno perché, al momento di redigere la costituzione francese, interpretò il lavoro legislativo svolto dall'assemblea, come opera di applicazione e interpretazione dei principi e dei diritti enunciati nella Costituzione, opera intrinsecamente aperta alla varietà delle opinioni. Coerentemente, N. Condorcet individuò nel disaccordo la prospettiva dalla quale giudicare la performance del processo decisionale della democrazia. Egli comprese che la democrazia ha come oggetto l'opinione e non la verità.

¹⁸ Introdotta con la l. 6.11.2012, n. 190.

re i poteri interpretativi della giurisprudenza, con fattispecie astratte connotate da un più elevato tasso di tipicità e tassatività.

La ragione di ciò risiede nel fatto che il territorio occupato dal reato di abuso di ufficio è segnato da un confine di facile e continuo trapasso. Vi sono continue invasioni in un territorio che non è soggetto al sindacato del giudice penale. Il legislatore, di volta in volta, è stato costretto a modificare la fattispecie penale astratta, al fine di precludere o, quanto meno, arginare le continue occupazioni di campo.

Invero, le ragioni dei continui rimaneggiamenti della fattispecie penale astratta non vanno individuate solo in una indeterminatezza del testo normativo, ma in una propensione della giurisprudenza o, quanto meno, di una sua parte, ad aggirare la norma legislativa, fornendo interpretazioni ampliative che in maniera surrettizia aggirano il testo normativo ed eludono i requisiti imposti dal legislatore¹⁹.

Non a caso, il settore, nel quale si esplicano le condotte che sono poste a base del reato di abuso di ufficio, costituisce pur sempre un punto di snodo strategico fra politica, democrazia, legislazione, amministrazione e giurisdizione.

Tutte le riforme del reato di abuso di ufficio hanno perseguito un fine comune, aggiungendo volta per volta tanti tasselli che hanno tentato di riempire il vuoto normativo lasciato da termini imprecisi, arricchendo la fattispecie al fine di conseguire un più elevato grado di tassatività.

4. Il difetto di analisi e l'inadeguatezza dei rimedi sottesi agli interventi del legislatore

L'intento che il legislatore ha perseguito con le diverse modifiche succedutesi nel tempo è lodevole. Anche l'ultima riforma deve essere

¹⁹M. 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 A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 33, sottolinea l'esigenza di stabilizzare la struttura precettiva, prevedendone le forzature giurisprudenziali.

valutata positivamente. Il legislatore ha mirato a ridurre l'ambito delle condotte idonee a integrare il reato di abuso di ufficio, all'evidente fine di delineare una fattispecie normativa caratterizzata da un livello più elevato di tassatività, di determinatezza e di prevedibilità.

Tuttavia, gli interventi effettuati dal legislatore, sia quello del 1997, sia soprattutto quello del 2020, soffrono di un difetto di analisi e di una conseguente inadeguatezza dei rimedi predisposti.

Il difetto di analisi consiste nell'aver ommesso, prima di redigere il nuovo testo normativo, di compiere un adeguato esame della giurisprudenza penale, al fine di mettere a fuoco tutti i complessi e variegati casi in cui il giudice penale effettua una interpretazione ampliativa della fattispecie penale di abuso di ufficio. In particolare, non sembra siano state messe ben in luce le tecniche con le quali il giudice penale devia dall'impianto normativo e le finalità che in tal modo persegue.

L'inadeguatezza dei rimedi predisposti è una conseguenza diretta della predetta carenza di analisi.

A tutto ciò occorre aggiungere che il legislatore non sempre ha mostrato una completa padronanza del lessico giuridico.

Invero, la versione dell'art. 323 c.p., elaborata nel 1997, configurava il reato di abuso di ufficio in termini sufficientemente chiari, in maniera tale da delineare una fattispecie penale caratterizzata da elementi dotati di un apprezzabile grado di tassatività.

I problemi nascevano dalla interpretazione della norma offerta da una parte della magistratura, proclive a indulgere verso letture ampliative del testo legislativo, supportata da una dottrina, a volte, poco consapevole dei problemi teorici e pratici, sottesi all'applicazione della norma in esame, e insufficientemente dotata dei necessari strumenti teorici per operare una corretta ricostruzione sistematica della fattispecie.

In particolare, i problemi della norma nascevano dal fatto che la magistratura, soprattutto quella inquirente, sosteneva la configurabilità del reato di abuso di ufficio anche: a) in assenza della prova dell'accordo collusivo fra pubblico ufficiale e privato cittadino; b) in caso di violazione di norme e principi costituzionali; c) in presenza di violazioni indirette e mediate delle disposizioni legislative; d) al cospetto del vizio di eccesso di potere o, nelle migliori ipotesi, di alcune forme di eccesso di potere; e) in assenza della c.d. "doppia ingiustizia", vale a

dire della ingiustizia della condotta, posta in essere violando la legge, e della ingiustizia dell'evento, vale a dire del vantaggio o del danno ingiusto, in tal modo considerando una mera illegittimità amministrativa idonea a integrare il reato di abuso di ufficio e operando una trasposizione automatica dell'illegittimità amministrativa in illiceità penale; f) in assenza di collegamento, da un lato, fra la norma violata e la conseguente patologia dell'azione amministrativa e, dall'altro, la produzione del vantaggio ingiusto e del danno ingiusto, vale a dire obliterando il nesso causale richiesto non solo, in generale, per tutti i reati dall'art. 40 c.p., ma anche dallo stesso art. 323 c.p. con il verbo "procura" presente nella norma; g) in assenza del requisito soggettivo dell'intenzionalità.

Inoltre, i problemi causati dalla norma in esame risultano aggravati dal fatto che il G.u.p., in sede di udienza preliminare, non rappresenta – con le dovute e significative eccezioni – un filtro idoneo a impedire la celebrazione di complessi processi in presenza di imputazioni quanto meno "stravaganti".

Infine, detti problemi sono esasperati dall'inclusione – forzata – dell'abuso di ufficio fra i reati che, secondo la legge Severini (l. n. 190/2012), implicano una serie di incompatibilità.

Un esame della giurisprudenza, di merito e di legittimità, avrebbe consentito di acclarare l'esistenza di tutti i predetti problemi, intervenendo decisamente e, quel che più conta, a ragion veduta per risolverli, restituendo al reato di abuso d'ufficio (*rectius* alla interpretazione che ne fornisce la giurisprudenza) una connotazione tassativa, così come imposta dalla Costituzione e dal legislatore, e consentendogli di svolgere il ruolo imprescindibile che assolve nel nostro ordinamento giuridico. Invece, come apparirà nel corso dell'indagine, la norma se risolve alcune questioni, ne lascia insolte altre e, paradossalmente, ne apre di ancora più complesse.

5. L'esigenza di precludere al giudice penale il sindacato sull'attività discrezionale

A tal proposito, si è sostenuto che la *ratio* sottesa alle modifiche legislative introdotte nel 1997 deve essere ravvisata nella esigenza di

evitare che il sindacato del giudice invada ambiti discrezionali riservati alla pubblica amministrazione²⁰. Secondo l'orientamento in esame un sindacato siffatto viola il principio di divisione dei poteri²¹.

Una ulteriore chiave di lettura della evoluzione legislativa in esame ha sostenuto che, con la riforma del 1997, il legislatore ha voluto restringere l'area delle condotte sottoposte a sanzione penale.

Con la riforma del 2020 si ripropongono letture analoghe dell'intervento del legislatore.

Le tesi in esame, nella loro assolutezza, non possono essere condivise, perché si rivelano distorsive. Esse, considerando solo tali profili dell'azione del legislatore, non solo non sono aderenti alla reale natura del problema, ma costituiscono anche la causa di evidenti distorsioni interpretative.

Non sono aderenti alla natura del problema perché il principio di divisione dei poteri non implica la insindacabilità dell'attività discrezionale da parte del giudice. Invero, la funzione amministrativa rimane ben distinta dalla funzione giurisdizionale anche quando il giudice verifica la conformità dell'attività amministrativa a parametri di legittimità, a parametri tecnici e a parametri di opportunità. Il controllo del giudice non si esplica nei confronti della attività fisiologica dell'amministrazione, ma solo nei confronti di quella patologica.

La compatibilità di controlli siffatti con il principio di divisione dei poteri è dimostrata dalla esistenza, anche nel nostro ordinamento, di casi di giurisdizione amministrativa estesa al merito, i quali – pur avendo una apparente connotazione tassativa – in realtà, con la configurazione del giudizio di ottemperanza come istituto di ordine generale, si presentano come ipotesi potenzialmente idonee a investire tutta l'azione amministrativa.

²⁰ Sull'inadeguatezza della versione dell'art. 323 c.p., introdotta dalla l. n. 234/1997, a precludere il sindacato sulla discrezionalità amministrativa si veda M. CA-SALE, *L'abuso d'ufficio*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 46.

²¹ In tal senso, G. LA GRECA, *La nuova figura di abuso d'ufficio: questioni applicative*, in *Foro it.*, 1998, II, 383; P. TANDA, *Piano regolatore generale e abuso d'ufficio: il delicato equilibrio tra discrezionalità amministrativa e controllo del giudice ordinario*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 191.

In tal senso, peraltro, depone anche il fatto che in alcuni ordinamenti, pur rigorosamente ispirati al principio di divisione dei poteri, i giudici amministrativi sono titolati a svolgere un sindacato giurisdizionale che si estende sino al merito della decisione amministrativa, investendo anche i profili di discrezionalità della decisione, ed esercitando poteri che consentono loro anche di condannare l'amministrazione alla emanazione di provvedimenti amministrativi. In Austria, per esempio, il giudice amministrativo è dotato di poteri siffatti e tutto questo avviene senza mettere in discussione il principio di divisione dei poteri²².

Naturalmente, affinché tutto questo avvenga è necessario che la Costituzione e la legislazione conferiscano tali poteri al giudice.

Nel nostro ordinamento le cose stanno diversamente, perché nessuna norma conferisce siffatti poteri al giudice. Ad onor del vero, nel nostro ordinamento non è conferito al giudice penale il potere di sindacare la discrezionalità amministrativa.

Peraltro, si registrano critiche alla scelta del legislatore di precludere al giudice penale di sindacare l'attività discrezionale, perché in tal modo si violerebbe il principio di uguaglianza e si precluderebbe al giudice penale di intervenire proprio in quei casi più vistosi e odiosi di abuso. In particolare, si è affermato che *“il giudice penale non può e non deve arrestare l'indagine di fronte a nessuna barriera più o meno artificiosamente frapposta, né circoscriverla entro i limiti della mera legittimità secondo i canoni del diritto amministrativo; è tenuto anzi esattamente al contrario, ad investire cioè con estrema pregnanza ogni singolo aspetto, ogni momento contenutistico, ogni profilo di scelta dell'attività svolta”*²³.

²² S. STORR, *Besonderheiten der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich*, 6 del dattiloscritto, in corso di pubblicazione; S. PERONGINI, *L'interesse legittimo: attualità e prospettive nel pensiero di Franco Gaetano Scoca*, in S. LICCIARDELLO-S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con Franco Gaetano Scoca*, Torino, 2019, 79 ss.

²³ T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen. Web*, 2020, 7-8, 14. Tuttavia, l'Autore già in passato aveva espresso preoccupazioni simili. Si vedano T. PADOVANI, *Commento alla l. 116/7/1997 – Modifica dell'art. 323 del codice penale in materia di abuso d'ufficio*, in *Leg. pen.*, 1997, 747; G. DE

Sul tema sarà necessario ritornare successivamente, perché affermazioni siffatte non possono essere condivise.

L'impostazione in esame causa anche gravi fenomeni distorsivi di natura interpretativa. Essa concepisce il sindacato del giudice penale, contrariamente al vero, come un controllo finalizzato ad acclarare la legittimità dell'azione amministrativa. Non è questo il fine per il quale il legislatore consente al giudice penale di pronunciarsi sulla condotta di un pubblico ufficiale o di un incaricato di un pubblico servizio. L'azione penale viene esercitata nei confronti dell'autore di un reato. Il giudice penale si muove lungo detta direttrice anche quando la sua attività ermeneutica ha ad oggetto un provvedimento amministrativo, presente nella fattispecie astratta come un elemento costitutivo del reato.

La tesi, che ravvisa la finalità delle modifiche legislative al reato di abuso d'ufficio nella esigenza di evitare che il sindacato del giudice penale invada ambiti discrezionali riservati alla pubblica amministrazione, confonde piani diversi. In particolare, confonde l'attività di elaborazione della fattispecie penale, di competenza del legislatore, con l'attività ermeneutica della norma legislativa, di competenza del giudice. In altri termini, si propone di risolvere il problema con una soluzione in sede interpretativa; mentre, la soluzione del problema dovrebbe essere rinvenuta in sede di redazione della legge.

In sede di redazione della legge penale, il legislatore deve stabilire se conferire al giudice penale solo un sindacato sull'attività vincolata, da svolgersi sulla scorta di un preciso parametro legislativo, oppure un sindacato che investa anche la valutazione comparativa discrezionale compiuta dall'amministrazione, da esercitare sulla base non solo di norme giuridiche, ma anche di altro tipo.

Appare opportuno precisare che la scelta di consentire al giudice penale di svolgere un sindacato anche sull'attività discrezionale è diversa e autonoma rispetto a quella relativa alla determinazione delle patologie sulla scorta delle quali consentire il sindacato stesso.

FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso di ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, in *Cass. pen.*, 1999, 56; G. DI VETTA, *L'abuso d'ufficio: cronaca di un ritorno*, in *Criminalia*, 2016, 405.

Tuttavia, in sede di redazione della norma penale il legislatore, nel porsi il problema della sindacabilità della scelta discrezionale, oltre a reperire i parametri normativi sulla scorta dei quali configurare il sindacato, deve considerare anche altri profili, oltre a quelli sopra prospettati.

Il fine che il legislatore deve perseguire, in sede di redazione della norma penale, è quello di configurare una fattispecie non solo tipica, vale a dire prevista dalla legge, ma anche tassativa, vale a dire caratterizzata da elementi costitutivi specifici, definiti nei contorni, contraddistinti da una precisione tale da consentire una loro declinazione in termini di certezza. Inoltre, il legislatore deve assicurarsi che la fattispecie penale sia conforme ai principi costituzionali e ai principi di legalità, di tipicità, di tassatività e di determinatezza e che la condotta sanzionata penalmente sia prevedibile.

Il sindacato del giudice penale, impostato come un problema di invasione della discrezionalità amministrativa, perde di mordente, smarrisce il dato che lo contraddistingue, vale a dire la verifica della conformità di una condotta di un soggetto alla fattispecie penale astratta, rappresentata dalla norma di legge.

Per individuare la *ratio* sottesa all'intervento del legislatore del 1997, prima, e del 2020, poi, appare opportuno esaminare la fattispecie penale astratta, individuando i suoi elementi costitutivi e cogliendo i problemi che la stessa pone.

In ogni caso, appare opportuno anticipare che la *ratio* sottesa al succedersi delle diverse riforme legislative deve essere individuata nell'esigenza di precludere interpretazioni e applicazioni della legge in difformità ai principi di tipicità, di tassatività, di determinatezza e di prevedibilità.

In sede di interpretazione della legge penale, qualora quest'ultima sia stata formulata in termini equivoci tali da far presagire possibile un sindacato sulla discrezionalità (non è il caso dell'art. 323 c.p.), la scelta fra le diverse interpretazioni possibili deve avvenire privilegiando quella che sia conforme ai principi di tipicità, di tassatività, di determinatezza e di prevedibilità.

6. La natura incidentale della cognizione riservata al giudice penale sul provvedimento amministrativo in sede di accertamento di un reato di abuso di ufficio

Infine, va sottolineato che la tipologia di cognizione riservata al giudice penale sul provvedimento amministrativo, in sede di accertamento del reato di abuso di ufficio, ha natura incidentale.

Il giudice penale, chiamato ad accertare la commissione di un reato di abuso di ufficio, conosce dell'azione amministrativa con cognizione incidentale, perché oggetto diretto del suo giudizio non è la validità di un provvedimento amministrativo e perché nella struttura morfologica del reato di abuso di ufficio è presente una condotta, riconducibile al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, che procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o arreca ad altri un danno ingiusto.

La cognizione incidentale è volta a verificare la validità della condotta, vale a dire la sua conformità alle norme. Tuttavia, trattandosi di una cognizione meramente incidentale, il sindacato del giudice penale sopporta tutti i limiti propri della cognizione incidentale. Il tema merita un approfondimento che potrà essere svolto solo in altra sede.

Capitolo Secondo

La condotta del reato di abuso di ufficio: l'oggetto della violazione

SOMMARIO: 1. La configurazione della condotta patologica: l'oggetto della violazione e la natura della violazione. – 2. L'oggetto della violazione nella versione del reato di abuso di ufficio introdotta con la riforma del 1997. – 3. L'oggetto della violazione nella versione di abuso di ufficio introdotta con la riforma del 2020. – 4. I criteri che presiedono alla individuazione delle “specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità”: problemi attuali. – 5. Il significato di “specifiche regole”. – 6. Il significato di specifiche “regole di condotta”. – 7. L'individuazione delle specifiche regole di condotta “dalle quali non residuino margini di discrezionalità”: a) il sindacato sull'attività vincolata. – 8. *Segue*: b) il sindacato sulla componente vincolata dell'attività discrezionale. – 9. *Segue*: c) il sindacato sulla discrezionalità tecnica e su quella c.d. mista. – 10. *Segue*: d) Considerazioni di sintesi sulla validità del criterio selettivo scelto dal legislatore. – 11. I problemi relativi all'oggetto della violazione alla luce della nuova formulazione normativa. – 12. La violazione di regolamento. – 13. La violazione mediata o indiretta della legge. – 14. La violazione di un piano urbanistico generale. – 15. La violazione delle linee guida dell'Anac. – 16. La violazione dei principi giuridici. – 17. La equiparazione della violazione dei principi costituzionali alla violazione di legge. – 18. Rilievi critici alla tesi che equipara la violazione dei principi costituzionali alla violazione di legge. – 19. Rilievi critici alla tesi in esame per l'erronea concezione dei principi costituzionali che essa accoglie. – 20. Brevi cenni sui profili del costituzionalismo contemporaneo. – 21. Le direttrici di ricerca del costituzionalismo moderno. – 22. La digressione sul costituzionalismo moderno. – 23. La violazione dei principi generali posti dalla legge e dei principi generali dell'ordinamento giuridico. – 24. La proposta di utilizzare la locuzione “violazioni di formali norme di legge”. – 25. La proposta di introdurre la causa di giustificazione del rispetto delle linee guida. – 26. La proposta di introdurre cause di giustificazione di natura procedurale. – 27. Considerazioni di sintesi.

1. La configurazione della condotta patologica: l'oggetto della violazione e la natura della violazione

La riforma del reato di abuso di ufficio, introdotta dalla l. n. 120/2020, ha concentrato la sua attenzione sulla condotta del reato, modellandola in maniera tale da renderla più specifica, puntuale e definita, in ossequio al principio di tassatività¹. Ne è derivata, come già messo in evidenza, la seguente formulazione dell'art. 323 c.p.: *“Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni”*.

La condotta del nuovo reato di abuso di ufficio, pertanto, consiste nell'attività del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, che, nello svolgimento delle sue funzioni o del suo servizio, intenzionalmente, procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, in 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, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti.

Il primo problema, posto dalla nuova formulazione della norma, è quello di individuare l'oggetto della violazione e il secondo è quello di determinare la natura della violazione che compongono la condotta

¹ Sul principio di tassatività M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, 123 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 88 ss., secondo i quali il principio di tassatività o sufficiente determinatezza della fattispecie penale coinvolge la tecnica di formulazione delle fattispecie criminose e tende a salvaguardare i cittadini contro eventuali abusi del potere giudiziario.

patologica, riconducibile al pubblico ufficiale o all'incaricato del pubblico servizio. Con l'espressione "oggetto della violazione" si intende fare riferimento alle norme che debbono essere violate per integrare il reato. Invece, con la locuzione "natura della violazione" si intende indicare le patologie che debbono caratterizzare l'azione amministrativa, vale a dire i diversi vizi. All'approfondimento di questi due aspetti sono dedicati rispettivamente il secondo e il terzo capitolo.

È necessario muovere dall'oggetto delle violazioni.

2. L'oggetto della violazione nella versione del reato di abuso di ufficio introdotta con la riforma del 1997

La formulazione introdotta dalla riforma del 1997 ha delineato l'elemento in esame con le parole "violazione di norme di legge o di regolamento"; invece, la riforma del 2020 ha sostituito il predetto elemento con la seguente locuzione: 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".

Appare opportuno partire dalla formulazione introdotta dal legislatore nel 1997, per cogliere i problemi che la stessa sollevava e per rimarcare le differenze con la riforma del 2020.

La violazione di norme di legge ricorre quando un provvedimento amministrativo o altra tipologia di condotta riconducibile all'amministrazione è difforme da una legge statale o regionale o, comunque, da un atto che abbia valore ed efficacia di legge, vale a dire forza di legge.

La formulazione di detto requisito è chiara; essa consente un'attività interpretativa piana, priva di insidie e di elementi di criticità. Senonché, tutto questo non ha evitato che anche il requisito in esame sia stato oggetto di diverse opzioni interpretative.

L'introduzione del sintagma "violazione di norme di legge", a seguito della l. n. 234/1997, ha sollecitato la dottrina e la giurisprudenza a verificare se esso coincidesse con la locuzione "vizio di violazione di legge", considerato come una delle patologie idonee a configurare

l'illegittimità dei provvedimenti amministrativi². Il dibattito si è sviluppato fra due opposte tesi, rappresentate, la prima, dalla convinzione che fra la "violazione di norme di legge" e il "vizio di violazione di legge"³ vi fosse una completa e assoluta identità concettuale e, la seconda, dalla affermazione della loro profonda diversità.

La prima tesi, propugnata dalla dottrina⁴ e dalla giurisprudenza⁵, ha mirato a ricondurre la patologia, rappresentata nella formulazione dell'art. 323 c.p. introdotta nel 1997, allo specifico vizio di legittimità degli atti amministrativi, al fine di distinguerlo dalle altre patologie costituite dall'incompetenza e dall'eccesso di potere. L'obiettivo è stato quello di escludere dal novero delle illegittimità, idonee a integrare la condotta del reato di abuso di ufficio, il vizio di incompetenza, ma soprattutto il vizio di eccesso di potere.

Questa tesi ha rinvenuto un autorevole avallo nell'intenzione del legislatore, esplicitata nel corso dei lavori preparatori⁶.

La seconda tesi, invece, ha negato l'equiparazione⁷, basandosi anche sulla diversità delle due espressioni. Essa ha propugnato una con-

² Il vizio di violazione di legge ricorreva nella formulazione utilizzata dall'art. 26, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 e dall'art. 2, l. n. 1034/1971.

³ Sulla violazione di legge si veda R. LASCHENA, *Violazione di legge (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1994, 1 ss.

⁴ Per la dottrina che identifica la locuzione "violazione di norme di legge" con il vizio di "violazione di legge" si vedano M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, Padova, 1998, 23 ss.; S. CAMAIONI, *Il nuovo abuso di ufficio: un'abrogazione mancata*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998, 49 ss.

⁵ Per la giurisprudenza che identifica la locuzione "violazione di norme di legge" con il vizio di "violazione di legge" si vedano Cass. pen., sez. VI, 28.11.1997, Fricano, in *Cass. pen.*, 1998, 793.

⁶ Una meditata ricostruzione del dibattito sulla proposta della legge di riforma dell'abuso di ufficio, poi divenuta la l. n. 234/1997, in A.A. DALIA, *Sintesi dei lavori parlamentari*, in A.A. DALIA-M. FERRAIOLI (a cura di), *La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997, 236 ss.

⁷ Per la dottrina in tal senso si vedano A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 1998, 240; S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, in *Studium juris*, 1997, 1253 ss.; M. GAMBARDELLA, *Considerazioni sulla "violazione di norme di legge" nel nuovo delitto di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*, nota a *Cass. Pen., sez. II, 4.12.1997, n. 1279, Tosches*, in *Cass. pen.*, 1998, 2336 ss., 2338 ss.

figurazione più ampia delle patologie ascrivibili all'abuso di ufficio, oscillando fra le posizioni che si limitavano a condividere incursioni del giudice penale anche nella sfera delle patologie non direttamente riconducibili alla "violazione di legge", quali la violazione di norma costituzionale o di norma di origine comunitaria, e quelle più estreme che consideravano sindacabile anche il vizio di eccesso di potere.

Invero, uno degli elementi sui quali si è concentrata l'attenzione è rappresentato dal fatto che nel sintagma presente nell'art. 323 c.p., nella versione licenziata nel 1997, compariva il riferimento a "norme di legge". La locuzione "norme di legge" ha indotto alcuni interpreti a sostenere che, in tal modo, il legislatore avesse voluto fare riferimento anche a quelle patologie desumibili dalle violazioni di norme, a loro volta ricavate in via interpretativa dalla legge propriamente intesa o da discipline di diverso rango. A tal proposito, si è evidenziata la differenza intercorrente fra l'enunciato legislativo, riconducibile alla disposizione della legge, e il contenuto normativo della legge stessa, riconducibile, invece, alla norma desunta in via interpretativa dal complesso delle disposizioni che regolano una materia⁸.

Secondo la tesi in esame, a tale soluzione è necessario pervenire "non perché il legislatore ha qui dato prova di notevole perizia nella scelta dei termini, ma perché se alla locuzione 'norme di legge' si attribuisse il significato di disposizione (enunciato legislativo) ... sia la norma che si ricava da più disposizioni tra loro combinate sia quella che non ha disposizione ossia sia implicita o inespressa e si ricavi o per analogia o dall'ordinamento giuridico nel suo complesso (come molti dei cosiddetti principi generali o fondamentali), resterebbero ingiustificatamente e inevitabilmente fuori dalla locuzione *de qua*"⁹. Posizioni estreme hanno sostenuto che il legislatore, con l'espressione in esame, avesse consentito all'interprete di fare riferimento a ogni "norma giuridica"¹⁰.

⁸ M. GAMBARDELLA, *Considerazioni*, cit., in *Cass. pen.*, 1998, 2336 ss.

⁹ M. GAMBARDELLA, *Considerazioni*, cit., in *Cass. pen.*, 1998, 2338.

¹⁰ In senso critico, A. VALLINI, *Abuso d'ufficio*, in AA.VV., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in a cura di F. Palazzo, Napoli, 2011, 286 ss.; C. BENUSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I; I delitti dei pubblici ufficiali*, Pa-

La predetta versione offerta del sintagma “violazione di norme di legge”, presente nell’art. 323 c.p., nella formulazione licenziata nel 1997, non può essere condivisa. Come si preciserà più oltre, anche le prime pronunce della Cassazione si sono mosse fornendo una interpretazione rigorosa della norma ¹¹.

Innanzitutto, occorre chiarire cosa significhi, da un punto di vista lessicale, “violazione di norma di legge”. Violazione di norma di legge significa violazione di una norma posta, prevista e sancita da una legge. Si tratta, innegabilmente, di una norma di rango legislativo e di una norma formulata espressamente da una legge.

Inoltre, la locuzione in esame non può essere interpretata in astrat-

dova, 2013, 940 ss.; A. MERLO, *L'abuso di ufficio*, cit., 2019, 43, secondo i quali la formulazione letterale dell’art. 323 c.p. esclude che il reato possa essere integrato da qualsiasi violazione di norma giuridica, perché una siffatta interpretazione condurrebbe a considerare superfluo e privo di significato il richiamo alla violazione di regolamento e il richiamo alle norme che pongono obblighi di astensione, entrambi impliciti nella nozione di violazione di legge considerata comprensiva di ogni violazione di norme giuridiche.

¹¹ Secondo Cass. pen., sez. VI, 18.11.1998, n. 11984, in *Cass. pen.*, 1999, 2114, la legge e il regolamento si distinguono da altri tipi di atti “perché le modalità della loro approvazione e pubblicazione e la loro indefinita durata nel tempo assicurano maggiore certezza e più agevole conoscibilità della regola. Proprio per questa particolare caratterizzazione, l’ordinamento assegna alla legge e al regolamento la funzione di fonte istituzionale diretta a porre norme generali e astratte (non smentita evidentemente dalla eccezionale esistenza di leggi provvedimento) e una posizione preminente (di carattere rispettivamente primario e secondario) nella gerarchia delle fonti. E proprio in relazione a detti caratteri si spiega il fatto che il legislatore del 1997, nel definire il centrale elemento costitutivo in questione, abbia fatto ricorso a categorie di atti aventi efficacia *erga omnes*, in relazione ai quali meglio possono giustificarsi la gravità della sanzione penale e quella presunzione di conoscenza della regola violata che ne è il fondamento. Sarebbe dunque elusiva della portata lessicale e teleologica della norma una interpretazione che non si ancorasse strettamente alle locuzioni “norme di legge” e “norme di regolamento”, ma tendesse invece a stemperare il significato nella individuazione di un *genus* di atti produttivi di regole, dove le *species* menzionate dal nuovo art. 323 fossero collocate in compagnia di altre non espressamente menzionate e tuttavia dall’interprete considerate, per così dire, “alla pari”. La sentenza in questione è stata annotata da P. TANDA, *Abuso d’ufficio: eccesso di potere e violazione di norme di legge o regolamento*, in *Cass. pen.*, 1999, 2114 ss.; da P.F. LA SPINA, *Questioni in tema di nuovo abuso d’ufficio*, in *Foro it.*, 1999, II, 309 ss.

to, come se il problema fosse semplicemente quello di dare un significato a una espressione verbale, ma deve essere contestualizzata. Il sintagma delineava un elemento costitutivo di una fattispecie penale e, pertanto, la sua lettura doveva avvenire in conformità a tutti i parametri che presiedono alla formulazione e alla interpretazione di una disposizione penale. La lettura in esame non può essere condivisa perché essa conduce a una vistosa violazione del principio di tassatività della fattispecie penale.

In base a detta tesi, l'espressione "violazione di norme di legge" consente di desumere un elemento costitutivo della fattispecie penale di abuso di ufficio ricorrendo alla interpretazione congiunta di diverse disposizioni di legge, anche alla luce di principi giuridici e di principi costituzionali. Tale tesi viola il principio di tipicità e di tassatività della fattispecie penale. Il principio di tipicità è violato perché la norma, desunta in via interpretativa, non è posta dal legislatore, ma è frutto dell'attività ermeneutica dell'interprete. Invece, il principio di tassatività è violato perché il contenuto della fattispecie penale non è presente nella struttura della fattispecie penale, non è neppure desumibile dal rinvio che quest'ultima faccia ad altra norma, come avviene, per esempio, nelle norme penali in bianco, ma si ricava solo in via ermeneutica. Appare del tutto superfluo rimarcare che le diverse opzioni ideologiche, culturali e tecniche dell'interprete influiscono in maniera consistente sull'esito dell'attività ermeneutica, con la conseguenza di lasciare alla sensibilità del soggetto, che di volta in volta sia preposto alla interpretazione della norma, il compito di delineare il contenuto di un suo elemento costitutivo. Quello che per un giudice, in un dato momento storico, è il contenuto della norma violata, non lo è anche per un altro organo giudiziario, con conseguente indeterminatezza della fattispecie penale.

Il principio di tassatività è posto proprio al fine di conferire alla fattispecie penale un preciso contenuto dispositivo, sottraendo all'interprete il compito di stabilire, volta per volta, quello che integra il reato in esame.

A quanto precede occorre aggiungere, altresì, che la tesi in esame contrasta con l'esigenza della prevedibilità della fattispecie penale¹².

¹² Sul principio di prevedibilità si vedano F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19.12.2016, 7; E.

La tesi in esame non consente di conoscere preventivamente quale sia il contenuto della norma che non debba essere violata per evitare di incorrere nel reato di abuso di ufficio. Essa lascia le persone in balia di posizioni ondivaghe e oscillanti, impedendo loro di sapere preventivamente quale sia il contenuto della norma e, quindi, quale condotta integri o meno reato.

In definitiva, il dibattito sul tema in esame non ha offerto un contributo idoneo a chiarire la interpretazione della nuova norma, lasciando nell'ombra opinioni, sempre risorgenti, volte ad ampliare l'impianto normativo, che il legislatore, invece, ha emanato proprio al fine di precludere interpretazioni estensive della fattispecie¹³.

Sarebbe stato sufficiente, per eliminare ogni dubbio ermeneutico, espungere dall'art. 323 c.p. le parole "di norme", restituendo alla fattispecie penale astratta del reato di abuso di ufficio una connotazione non suscettibile di letture ampliative, per lo specifico riferimento a "violazioni di legge".

In questo modo, si sarebbe conseguito un duplice beneficio. Innanzitutto, sarebbe stato indiscutibile che l'oggetto della violazione poteva essere solo una legge o altro atto avente forza e valore di legge. In secondo luogo, sarebbe stato evidente che la patologia dell'atto amministrativo, idonea a integrare il reato, sarebbe stata solo la violazione di legge, espungendo dal novero delle violazioni, idonee a integrare il reato di abuso di ufficio, l'incompetenza e l'eccesso di potere.

ADDANTE, *Il principio di prevedibilità al tempo della precarietà*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 2, 1 ss.; M. CERFEDA, *La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale e la sorte delle "misure di polizia"*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 2, 1 ss.

¹³ Il dibattito è ricostruito da M. RUSSO, *La violazione di legge e di regolamento*, in A.A. DALIA-M. FERRAIOLI (a cura di), *La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997, 33 ss.

3. L'oggetto della violazione nella versione di abuso di ufficio introdotta con la riforma del 2020

Oggi quel dibattito e i suoi stessi esiti non possono essere riproposti perché il quadro normativo è completamente cambiato a seguito di due significativi interventi del legislatore. Il primo, da un profilo esclusivamente cronologico, è rappresentato dalla l. n. 15/2005, che ha disciplinato le ipotesi di invalidità del provvedimento amministrativo, incrementando le patologie di quest'ultimo con la categoria della nullità e precisando quella della annullabilità. Il secondo, invece, è costituito dalla riforma dell'abuso di ufficio, introdotta con il d.l. 16.7.2020, n. 76, convertito con la l. n. 120/2020, che ha sostituito la locuzione "violazione di norme di legge" con quella di 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".

La locuzione "violazione di norme di legge", già a seguito della emanazione della l. n. 15/2005 non poteva essere identificata con alcuna delle patologie previste dal legislatore per gli atti amministrativi, ma aveva assunto un significato idoneo a ricomprenderne diverse ipotesi, quali la nullità e la violazione di legge. Naturalmente, a tale risultato si perveniva solo sulla scorta di una rigorosa applicazione dei principi di tipicità, di tassatività, di determinatezza e di prevedibilità. Ora, a seguito della riforma del 2020 il quadro normativo è completamente cambiato.

L'individuazione dell'esatto significato della nuova disposizione normativa e la precisazione delle diverse patologie che possono integrare la violazione delle "specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità" sono possibili solo dopo aver messo a fuoco le differenze intercorrenti fra la formulazione del 1997 e quella del 2020, dopo aver compreso la sorte della "violazione di regolamento" a seguito della riforma del 2020, dopo aver affrontato alcuni problemi direttamente riconducibili alle violazioni in parola, quali la rilevanza delle violazioni di norme procedurali, di norme e di

principi costituzionali e, infine, dell'eccesso di potere.

Come già anticipato, a questi temi verranno dedicati il secondo e il terzo capitolo.

4. I criteri che presiedono alla individuazione delle “specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità”: problemi attuali

La sostituzione della locuzione “specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità” a quella previgente di “violazione di norme di legge o di regolamento” pone alcuni problemi interpretativi. Innanzi tutto, occorre stabilire il significato della locuzione “specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge”, poi occorre precisare se integrano il requisito in parola anche le violazioni formali o procedimentali, le violazioni di principi giuridici, le violazioni indirette, vale a dire le violazioni che consistono direttamente nella violazione di un atto amministrativo o comunque di una norma che non ha efficacia e valore di legge, ma che vengono ricondotte alla violazione di legge, in via mediata e riflessa, perché costituiscono la violazione di una norma di ordine generale – espressa o desunta implicitamente dal sistema – che prescrive l'osservanza di ogni norma di legge, la violazione delle norme di diritto europeo, di ogni regolamento e di ogni atto amministrativo.

Per risolvere detti problemi occorre affrontare una questione metodologica, rappresentata dalla individuazione dei criteri che presiedono alla interpretazione delle “specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità” di cui si assume la violazione.

Le norme, della cui violazione si discute ai fini della configurabilità del reato di abuso di ufficio, sono norme extra-penali richiamate da norme penali. Alla loro interpretazione concorrono tutti e proprio tutti i principi che presiedono alla interpretazione della norma penale in un ordinamento costituzionale di diritto, fra i quali occorre annoverare il

principio di tassatività, il principio di determinatezza¹⁴, il principio di prevedibilità e il principio di offensività.

La definizione in via ermeneutica di tutti i problemi sopra prospettati deve avvenire sulla base del predetto criterio.

5. Il significato di “specifiche regole”

Una prima sommaria lettura della norma, introdotta con la riforma del 2020, suscita l'impressione che il legislatore abbia emanato una disposizione con la quale ha stabilito più di quanto intendeva prevedere e che, di conseguenza, dato il ricorso a termini atecnici, la nuova versione del reato di abuso di ufficio solleverà più problemi di quelli che poneva la pregressa formulazione.

L'attenzione va concentrata sulla nozione di “regole”, al fine di comprendere che cosa il legislatore abbia inteso stabilire.

Come è noto, le regole sono significati prescrittivi di portata universale, perché riferiti a una classe indeterminata di soggetti e di comportamenti, in forma generale e/o astratta¹⁵. Invece, non sono regole i comandi individuali e le prescrizioni riferite a singoli e determinati

¹⁴ Sul principio di determinatezza si vedano F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 297 ss., M. D'AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 371 ss.; S. MOCCIA, *La “promessa non mantenuta”. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 156 ss.; F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 57 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio “fondamentale”*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, 1314 ss.; F. GIUNTA, *I contorni del “disastro innominato” e l'ombra del “disastro ambientale” alla luce del principio di determinatezza*, in *Giur. cost.*, 2008, 3544 ss.; A. NISCO, *Principio di determinatezza e interpretazione in diritto penale: considerazioni teoriche e spunti comparatistici*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 3, 2 ss.; A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020, 112 ss., 276 ss.

¹⁵ L. FERRAIOLI, *Principia iuris. I. Teoria del diritto*, cit., 2012, 222 ss.

soggetti e/o comportamenti¹⁶. Come esempio della problematicità della questione si suole addurre la seguente espressione “chiudi la porta”, che può assumere sia il significato di regola, sia il significato di prescrizione¹⁷. Essa integra una regola se rivolta a una pluralità indeterminata di soggetti; integra una prescrizione se diretta nei confronti di un soggetto determinato.

I significati o i contenuti prescrittivi delle regole vanno identificati con la loro costitutività in senso lato o in senso stretto. Secondo un orientamento, la costitutività in senso lato è un connotato di tutte le enunciazioni e di tutti gli enunciati prescrittivi¹⁸. Invece, la costitutività in senso stretto è un connotato solo degli enunciati prescrittivi di uno stato ontico, la cui enunciazione è condizione sufficiente, oltre che del loro contenuto prescrittivo, anche di ciò di cui dettano la prescrizione¹⁹.

Il connotato della prescrittività distingue perciò le regole da qualsiasi altro tipo di generalizzazione non normativa, come le leggi scientifiche²⁰. Invece, il connotato dell'universalità le distingue dalle prescrizioni individualizzate quanto ai comportamenti prescritti e ai soggetti destinatari, come i comandi di singoli concreti comportamenti rivolti a singoli concreti soggetti²¹.

Le regole si distinguono dalle prescrizioni per la diversità della loro portata prescrittiva. La prescrittività delle regole è universale. L'universalità delle regole è espressa dalla generalità dei soggetti che ne sono destinatari e dalla astrattezza dei comportamenti dalle stesse regolati²².

¹⁶ L. FERRAIOLI, *Principia iuris. I. Teoria del diritto*, cit., 2012, 223.

¹⁷ L. FERRAIOLI, *Principia iuris. I. Teoria del diritto*, cit., 2012, 223, precisa che se la locuzione in esame è scritta su di un cartello, affisso sulla porta, essa avrà il valore di regola, perché rivolta nei confronti di tutti coloro che varcheranno la porta. Se invece la locuzione è rivolta a un determinato soggetto, ha valore di prescrizione, perché è un comando specifico rivolto a individuo determinato.

¹⁸ L. FERRAIOLI, *Principia iuris. I. Teoria del diritto*, cit., 2012, 227.

¹⁹ L. FERRAIOLI, *Principia iuris. I. Teoria del diritto*, cit., 2012, 227.

²⁰ L. FERRAIOLI, *Principia iuris. I. Teoria del diritto*, cit., 2012, 229.

²¹ L. FERRAIOLI, *Principia iuris. I. Teoria del diritto*, cit., 2012, 229.

²² L. FERRAIOLI, *Principia iuris. I. Teoria del diritto*, cit., 2012, 230 ss.

Generalità e astrattezza non si implicano a vicenda. Infatti, vi possono essere prescrizioni generali che non hanno una portata astratta, così come vi possono essere prescrizioni astratte, ma non generali.

La prescrittività delle prescrizioni, invece, si vorrà scusare il bisticcio di parole, è esistenziale. Essa è relativa a specifici soggetti²³.

Mentre la generalità delle regole assicura l'eguale qualificazione deontica delle medesime azioni da chiunque commesse, la loro astrattezza assicura l'eguale qualificazione deontica delle medesime azioni in qualunque luogo o momento commesse²⁴.

Quanto precede consente di stabilire che le regole sono generali e astratte. Le prescrizioni invece sono esistenziali e sono specifiche.

Quando l'art. 323 c.p. parla di "specifiche regole" utilizza una locuzione contraddittoria, introduce una contraddizione in termini, perché l'aggettivo "specifiche" nega il sostantivo "regole" e le regole, a loro volta, non possono essere specifiche.

"Specifiche regole" è un ossimoro.

In definitiva, la riforma del 2020 introduce nella fattispecie penale astratta un concetto contraddittorio, che non mancherà di alimentare le polemiche, offrendo il destro a una pluralità di interpretazioni, fra loro necessariamente divergenti e conflittuali, con conseguente disomogeneità giurisprudenziale²⁵.

Non si ignora che la locuzione "specifiche regole di condotta" e altre simili espressioni²⁶ ricorrono anche in diverse sentenze e sono utilizzate in alcuni contributi della dottrina. Tuttavia, l'uso atecnico in tal

²³ L. FERRAIOLI, *Principia iuris. I. Teoria del diritto*, cit., 2012, 230 ss.

²⁴ L. FERRAIOLI, *Principia iuris. I. Teoria del diritto*, cit., 2012, 232.

²⁵ Già L. STORTONI, *Intervento*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 120, metteva in evidenza che locuzioni come "specifiche", "determinate" e altre consimili non avrebbero potuto assolvere alla funzione di precludere interpretazioni estensive della norma a opera della giurisprudenza.

²⁶ Si veda a tal proposito, C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova, 2014, il quale riporta varie proposte, formulate nel corso della XII legislatura, con le quali si pensava di poter evitare interpretazioni estensive. Si propose di utilizzare la locuzione "specifiche disposizioni di legge" (d.d.l. Pinto) o "espresse violazioni di legge" (d.d.l. Angeloni).

modo invalso non è sufficiente a legittimare la trasposizione della predetta espressione in una legge. Invero, il primo obbiettivo che deve perseguire chi redige una legge è quello della chiarezza. Nel caso in esame un siffatto obbiettivo non sembra sia stato preso di mira dal legislatore.

6. Il significato di specifiche “regole di condotta”

Quando l'art. 323 c.p. parla di specifiche “regole di condotta” la locuzione introduce un elemento selettivo più radicale.

Al fine di rendere chiare le considerazioni che seguiranno è opportuno richiamare la distinzione fra norme tetiche e norme ipotetiche.

La distinzione fra norme tetiche e norme ipotetiche ha natura strutturale, che si manifesta nella diversa natura delle due classi di regole²⁷. Le norme tetiche sono immediatamente prescrittive. Esse generano diritti, obblighi, facoltà, divieti, aspettative o status in capo a tutti i loro destinatari. Le norme ipotetiche non generano immediatamente nulla, se non prescrizioni ipotetiche, vale a dire prevedono modalità, aspettative o status non già da esse disposti, “bensì predisposti per l'ipotesi che vengano ad esistenza gli argomenti da esse regolati”²⁸. Le norme ipotetiche, in altri termini, stabiliscono cosa e come prescrivere²⁹.

Al fine di rendere il discorso più comprensibile è opportuno ricorrere a un esempio idoneo a chiarire la distinzione in esame. La norma incriminatrice del furto è norma tetica, perché pone il divieto di impossessarsi di beni altrui, sottraendoli all'avente diritto. La norma che sancisce il dovere di irrogare una determinata pena a colui che abbia commesso un furto è norma ipotetica³⁰.

²⁷ L. FERRAIOLI, *Principia iuris. I. Teoria del diritto*, cit., 2012, 235.

²⁸ L. FERRAIOLI, *Principia iuris. I. Teoria del diritto*, cit., 2012, 235.

²⁹ L. FERRAIOLI, *Principia iuris. I. Teoria del diritto*, cit., 2012, 234 ss.

³⁰ L'esempio è tratto da L. FERRAIOLI, *Principia iuris. I. Teoria del diritto*, cit., 2012, 235.

Pertanto, le regole di condotta sono quelle che disciplinano una determinata condotta, un determinato comportamento, quale per esempio provvedere o meno sulla istanza del privato, adottare o meno il tal provvedimento amministrativo. Queste sono norme tetiche.

La forma, il procedimento e il contenuto del provvedimento non sono l'oggetto di regole di condotta, bensì di norme ipotetiche.

A stretto rigore, le regole di condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato del pubblico servizio sono quelle che disciplinano il suo comportamento, non quelle che disciplinano forma, procedimento e contenuto del provvedimento da loro emanato. A stretto rigore, la nuova formula dell'art. 323 c.p. dovrebbe espungere dalla sfera idonea a configurare il reato di abuso di ufficio tutta l'attività del pubblico ufficiale o dell'incaricato del pubblico servizio che si concretizza nell'emanazione di atti e provvedimenti viziati (le norme ipotetiche, in altre parole) e dovrebbe limitarla solo a quelle condotte che si concretano nei suoi comportamenti, fare o non fare una cosa, presentarsi al lavoro o meno, rispondere o meno alle istanze dei cittadini e alle disposizioni dei suoi superiori (le norme tetiche, in altre parole).

Una tale conclusione è eccessiva.

Tuttavia, non può passare sotto silenzio l'imperfezione tecnico-giuridica della locuzione impiegata, che contribuirà a conferire alla nuova disposizione un alone di incertezza e di indeterminatezza.

L'approccio applicativo, come è intuibile, non si avvarrà di una lettura tecnica della legge, ma tenderà a sviluppare una interpretazione idonea a obliterare la differenza fra le due diverse espressioni, ricomprendendo nella locuzione utilizzata dal legislatore tutti e due i concetti sopra indicati.

Proprio la consapevolezza della imperfezione tecnico-giuridica della locuzione, introdotta da un legislatore – che da un punto di vista lessicale non appare adeguatamente attrezzato – consentirà alla Cassazione di elaborare un orientamento giurisprudenziale idoneo a includere, fra gli elementi costitutivi del reato di abuso di ufficio, sia la violazione di norme tetiche, sia la violazione di norme ipotetiche.

7. L'individuazione delle specifiche regole di condotta “dalle quali non residuino margini di discrezionalità”: a) il sindacato sull'attività vincolata

Rimane da esaminare il significato di specifiche regole di condotta “dalle quali non residuino margini di discrezionalità”.

Anche questa è una disposizione “*impossibile*”, vale a dire una disposizione con una portata normativa difficile da determinare.

Appare necessario evidenziare che l'espressione “non residuano margini di discrezionalità” è suscettibile di diverse declinazioni. Si può sostenere che con tale espressione il legislatore abbia voluto fare riferimento: a) solo all'attività vincolata; b) anche all'attività discrezionale, limitatamente a quei profili che, all'esito dell'esercizio procedimentale del potere amministrativo e, quindi, di scelte già compiute dall'amministrazione, divengano oggetto di prescrizioni vincolate; c) anche all'attività di discrezionalità tecnica o a quella “mista”.

a) Appare opportuno prendere le mosse dalla prima prospettiva.

La locuzione utilizzata dal legislatore, intesa alla lettera, impone di individuare l'abuso di ufficio solo in presenza di una attività vincolata dell'amministrazione. Infatti, il riferimento a “specifiche regole di condotta (...) dalle quali non residuino margini di discrezionalità” rinvia inesorabilmente alla strategia legislativa³¹ di configurazione del potere amministrativo che consiste nell'emanare disposizioni legislative che, in maniera puntuale, costituiscono uno specifico potere amministrativo, stabiliscono i suoi presupposti, dettano in maniera esautiva la disciplina del relativo procedimento e determinano il contenuto della prescrizione provvedimentale³².

L'attività vincolata è quella in cui l'agente non ha alcuna possibilità di scelta, perché una sola è la determinazione corrispondente a quella

³¹ Sulle diverse strategie legislative di configurazione del potere amministrativo si veda S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 267 ss.

³² S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica*, cit., 2016, 276.

imposta dalla legge³³. “Nell’attività vincolata l’agire appare integralmente disciplinato, sono precisamente stabiliti i presupposti di fatto e le conseguenze giuridiche; vi è, dunque, una sola determinazione corrispondente al legittimo esercizio della potestà e non vi è alcuno spazio di scelta per l’amministrazione”³⁴. In questo caso, il potere amministrativo è vincolato.

Pertanto, il reato di abuso di ufficio sarebbe configurabile solo qualora “non residuino margini di discrezionalità” e, pertanto, solo qualora si sia in presenza di attività vincolata.

Senonché – come è noto ai più, anche se sembra sfuggire al legislatore – l’attività vincolata è una categoria che sul piano teorico ha una sua indiscutibile validità, ma sul piano pratico è di più complessa configurazione. In definitiva, rinvenire ipotesi di attività amministrativa, rispetto alla quale “non residuino margini di discrezionalità” e, pertanto, di un’attività amministrativa vincolata è alquanto difficile³⁵.

Ad onor del vero, in termini del tutto generali, si è sostenuto che tutta l’attività amministrativa, in quanto oggetto di disciplina legislativa, costituisce attività vincolata e che anche l’attività discrezionale “ha natura sostanzialmente vincolata”³⁶.

Avverso tale orientamento sono state sollevate diverse critiche. Si è sostenuto che la configurazione dell’attività amministrativa come semplice concretizzazione di comandi generali e astratti non sia ade-

³³ In tal senso, R. VILLATA, *L’atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 771; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA-F.A. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 73 ss.

³⁴ R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 2017, 73.

³⁵ Su specifici casi di attività vincolata si vedano A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 572; D. SORACE, *Diritto delle pubbliche amministrazioni. Una introduzione*, Bologna, 2005, 270; G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo. I. L’attività*, Padova, 2005, 43.

³⁶ Secondo V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Roma, 1947, 308 ss.; V. OTTAVIANO, *Merito (diritto amministrativo)*, in *Nss. Dig. it.*, X, 1964, 577, anche l’attività discrezionale, in quanto emanata in attuazione della legge, doveva considerarsi come attività sostanzialmente vincolata.

rente alla realtà di nessun ordinamento positivo³⁷.

Non mancano neppure coloro che escludono la esistenza di una categoria generale idonea a comprendere tutto l'agire vincolato della pubblica amministrazione, sostenendo di poter configurare solo singole figure – nominativamente indicate dalla legge – di atti e di provvedimenti dovuti, o di funzioni relativamente alle quali non vi è discrezionalità³⁸. Ancora oggi, si muovono attacchi alla configurazione dell'attività vincolata³⁹ o la si considera una categoria sul crinale del tramonto⁴⁰.

In realtà, a seguito dell'emanazione delle Costituzioni moderne è mutato l'assetto dei rapporti fra potere legislativo e potere amministrativo. Quest'ultimo deve sempre trovare il suo fondamento nella legge⁴¹, ma modalità di svolgimento e contenuto dipendono dalle diverse strategie legislative di configurazione dello specifico potere amministrativo⁴². La necessità che il potere amministrativo debba rinvenire sempre il suo fondamento nella legge e che non siano configurabili

³⁷ In tal senso, C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935, ora in *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione. Raccolta di scritti*, Milano, 1972, 523; G. PERICU, *Attività amministrativa. Premesse introduttive e principi costituzionali*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 1220; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2006, 169 ss.

³⁸ Indicazioni in A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, 89.

³⁹ F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa non discrezionale*, Napoli, 2001, 81 ss.

⁴⁰ R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 2017, 73, nt. 37, sostengono che conducano alla svalutazione della categoria dell'attività vincolata gli studi sul principio di proporzionalità, fra i quali, S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, Torino, 2011, 134 ss., 185 ss.; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità*, Torino, 2012, 284 ss.; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008, 91 ss., 95 ss.; E. BUOSO, *Proporzionalità efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2012, 213 ss.

⁴¹ R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 2017, 74.

⁴² Sia consentito di rinviare sul fondamento del potere amministrativo e del provvedimento amministrativo a S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 127 ss., 137 ss.

poteri amministrativi impliciti, non comporta affatto che tutta l'attività amministrativa sia vincolata.

Invero, la dottrina e la giurisprudenza contrappongono l'attività vincolata all'attività libera e discrezionale, precisando che, naturalmente, i gradi di vincolatività sono diversi, sia perché vincolati possono essere solo alcuni aspetti, sia perché, pur in presenza di attività vincolate, possono residuare margini di discrezionalità⁴³. La necessità, che l'amministrazione adegui la sua azione alle mutevoli esigenze della realtà, determina che la discrezionalità sia una qualificazione del potere quasi sempre presente nei provvedimenti amministrativi⁴⁴ ed è raro che l'ordinamento ricorra a schemi vincolati di qualificazione dei comportamenti dei pubblici poteri⁴⁵.

Un orientamento nega l'esistenza del potere amministrativo e del provvedimento amministrativo in presenza di attività vincolata. Si sostiene che quando la legge predetermina il contenuto del provvedimento che l'amministrazione dovrà assumere e, quindi, prefigura un provvedimento vincolato, non vi è esercizio del potere, non vi è comparazione fra gli interessi e non vi è la loro disposizione da parte dell'amministrazione. In tal caso, viene meno il potere unilaterale dell'amministrazione di emanare disposizioni per curare l'interesse di cui l'amministrazione è titolare⁴⁶. La decisione risale al legislatore. Si è affermato che in assenza di discrezionalità, vale a dire in presenza di

⁴³ Sull'attività vincolata M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 209 ss.

⁴⁴ F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987, 103.

⁴⁵ A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 89.

⁴⁶ La tesi risale a M.L. MICHOU, *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, in *Annales de l'Université de Grenoble*, 1913, 439 ss.; G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo, interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, 116 ss.; G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, 45. È stata ripresa e sviluppata da E. CAPPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1980, 279, 289; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 269 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, 58 ss.; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996, 37 ss.

un potere vincolato, non vi è funzione amministrativa⁴⁷.

Il predetto orientamento – come è noto – è stato oggetto di radicali rilievi critici. Si è sottolineato che affinché si realizzi l'interesse prefigurato dalla norma è sempre necessario che venga emanato il provvedimento amministrativo⁴⁸. Si è osservato che il potere amministrativo può risolversi, oltre che nel potere di scelta dell'assetto da conferire agli interessi coinvolti nella vicenda amministrativa, anche nella concreta costituzione degli effetti di una fattispecie astratta⁴⁹. Si è evidenziato che la situazione possa essere più complessa, perché pur in presenza di un provvedimento vincolato dal punto di vista dell'assetto degli interessi, vi possono essere valutazioni discrezionali in ordine al ricorrere dei presupposti⁵⁰. Infine, si è aggiunto che il problema trova soluzione nella natura degli effetti prodotti dal provvedimento. Invero, anche quando il legislatore detta una disciplina così stringente da non lasciare alcuno spazio ai poteri discrezionali dell'amministrazione e da configurare il relativo provvedimento come vincolato, gli effetti giuridici si produrranno solo con l'emanazione del provvedimento e detti effetti produrranno le relative modificazioni nella sfera giuridica altrui in maniera imperativa⁵¹. In termini espliciti, si è sostenuta l'identità di efficacia degli atti discrezionali e degli atti vincolati⁵².

⁴⁷ In termini, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006, 147 ss.

⁴⁸ Detto profilo di criticità è stato evidenziato dallo stesso A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazioni amministrative*, cit., 1987, 58 ss.

⁴⁹ F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 286 ss.; G. GRÜNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, Napoli, 2012, 27 ss.; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 2017, 78 ss.

⁵⁰ B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 436 ss., afferma che "in un simile caso, l'attribuzione del potere all'amministrazione, da parte dell'ordinamento, serve non alla definizione dell'assetto di interessi, ma all'apprezzamento dei presupposti".

⁵¹ S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica*, cit., 2016, 102 ss.

⁵² F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 247 ss.; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 5 ss., 263 ss.

Nonostante la rilevanza di tali osservazioni critiche, la diffusione (per la verità solo mediatica) della tesi che esclude l'esistenza di una pubblica funzione in presenza di un provvedimento vincolato ha condotto a sottolineare il pericolo che la nuova formulazione restringa l'ambito di operatività del nuovo art. 323 c.p. a profili residuali e di scarso valore⁵³.

Infine, non va trascurata la tesi secondo la quale caratteri discrezionali sono presenti in tutti gli atti amministrativi, considerando l'attività vincolata una ipotesi di scuola⁵⁴.

In definitiva, se l'abuso di ufficio è configurabile solo qualora "non residuino margini di discrezionalità" e, di conseguenza, si sia in presenza di attività vincolata, si deve ammettere che l'art. 323 c.p. sarà destinato a divenire una norma desueta, impossibile da applicare. Il relativo reato sarà destinato a scomparire.

Il che appare un po' troppo, anche ai più accaniti critici della interpretazione della figura in esame offerta dalla giurisprudenza.

Pertanto, al fine di non conferire alla modifica introdotta dal legislatore nel 2020 la funzione di una abrogazione in fatto del reato di abuso di ufficio, l'assenza di margini di discrezionalità non potrà essere intesa come necessità che ricorra solo una attività vincolata.

8. *Segue:* b) il sindacato sulla componente vincolata dell'attività discrezionale

Occorre procedere a verificare la validità della seconda declinazione, vale a dire quella secondo la quale il legislatore, con la nuova di-

⁵³ M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso di ufficio*, in www.sistemmapenale.it, 29.7.2020, 161; A. SESSA, *Spazio libero dall'illecito ed efficienza dell'azione amministrativa pubblica: le ragioni della politica criminale*, datt. 25 ss.

⁵⁴ S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, 443 ss.; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, 306 ss.; F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa non discrezionale*, Napoli, 2001, 80 ss.

sciplina, ha voluto fare riferimento anche all'attività discrezionale, limitatamente a quei profili che, all'esito dell'esercizio procedimentale del potere amministrativo e quindi di scelte già compiute dall'amministrazione, divengano oggetto di prescrizioni vincolate. In altri termini, occorrerà verificare se il reato di abuso di ufficio sia configurabile in presenza di un'attività discrezionale che, nel corso del procedimento, sia giunta a un livello tale di maturazione da condurre a una scelta vincolata.

L'esame della seconda declinazione della norma in questione conduce ad affrontare il tema del sindacato del giudice ordinario sull'esercizio di un'attività amministrativa discrezionale.

La questione si pone proprio in questi termini, perché il giudice ordinario, per verificare se l'esercizio della funzione amministrativa discrezionale sia giunta a maturazione⁵⁵, dovrà ineluttabilmente conoscere, esaminare, valutare e sindacare l'esercizio dell'attività discrezionale, per stabilire se la decisione adottata sia quella giusta e quella divenuta esito di una scelta ormai vincolata.

In altri termini, dovrà svolgere un sindacato che lo condurrà nella sfera più intima della valutazione discrezionale, quella relativa al nucleo in cui avviene la comparazione tra i vari interessi e dal quale sgorga la prescrizione provvedimentale, per condividerla o per sostituire ad essa una propria determinazione.

In ogni caso, la verifica della legittimità della scelta discrezionale, divenuta nel corso del procedimento di natura vincolata, non potrà mai essere fatta sulla scorta di un parametro normativo sancito in una legge, perché il nucleo discrezionale dell'attività amministrativa è disciplinato da principi costituzionali, da principi generali e da un complesso normativo di rango legislativo, ma anche di rango sub legislativo.

La discrezionalità è un istituto che nel corso del tempo ha avuto un'evoluzione che ha condotto all'elaborazione di una figura con connotati differenti da quelli presenti al momento del suo originario apparire⁵⁶.

⁵⁵ Sulla maturazione della funzione amministrativa si veda S. PERONGINI, *La formula "ora per allora" nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo "ora per allora"*, Napoli, 1999, 173 ss., 193 ss., 219 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica*, cit., 2016, 307 ss.

⁵⁶ Si vedano M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministra-*

Oggi la strategia legislativa di configurazione del potere amministrativo come sfera di discrezionalità consente di emanare un provvedimento previa acquisizione di tutti gli interessi implicati nella vicenda, comparandoli fra di loro, al fine di determinare il grado della loro specifica soddisfazione.

Gli interessi implicati nella vicenda, destinati ad essere acquisiti, sono costituiti dall'interesse pubblico primario e dagli interessi pubblici secondari, dagli interessi privati individuali e da quelli collettivi, qualificati da una pluralità di norme di rango diverso, che li configurano prevalentemente come interessi giuridicamente rilevanti, ma a volte anche come interessi di mero fatto. La loro comparazione è volta a decidere il grado della loro specifica soddisfazione. La decisione viene adottata sulla scorta di una molteplicità di norme di rango diverso, alcune tratte anche da principi costituzionali o da principi generali dell'ordinamento giuridico, come, per esempio, il principio di proporzionalità o quello di ragionevolezza, che indirizzano la determinazione dell'amministrazione, consentendole di scegliere fra tutte quelle astrattamente e legittimamente possibili.

In altri termini, non esiste una sola determinazione legittima, ma l'amministrazione può optare per una sola determinazione, scegliendola fra tutte le diverse soluzioni astrattamente possibili.

Nella valutazione discrezionale compiuta dall'amministrazione è presente una componente "politica", che consente di parlare di qualità politica della decisione amministrativa⁵⁷. Il giudice penale effettua un sindacato con il quale invade tale sfera decisoria, sovrapponendo la sua valutazione "politica" (di politica amministrativa) a quella presente nell'ambito della valutazione discrezionale compiuta dall'amministrazione.

Pertanto, anche la seconda declinazione della nuova formulazione normativa dovrebbe indurre l'interprete, rispettoso dei parametri im-

zione. *Concetto e problemi*, Milano, 1939, 51 ss.; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, 87 ss.; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. FRACCHIA, Milano, 2020, 359 ss., 384.

⁵⁷F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e giurisdizionalizzazione*, Milano, 2007, 30.

posti dalla Costituzione alla fattispecie penale, a escludere l'astratta configurabilità del reato di abuso di ufficio.

9. Segue: c) il sindacato sulla discrezionalità tecnica e su quella c.d. mista

Una terza declinazione della formula normativa è quella che distingue, nell'ambito della categoria della discrezionalità, intesa in senso lato, la discrezionalità c.d. pura o anche discrezionalità comparativa dalle altre forme quali la discrezionalità tecnica o la c.d. discrezionalità mista.

Sulla scorta di siffatta distinzione, un recente orientamento ha ritenuto che la nuova versione dell'art. 323 c.p. consenta di configurare il reato di abuso di ufficio anche qualora si verifichi una violazione della discrezionalità tecnica o della c.d. discrezionalità mista⁵⁸.

La tesi sembra trascurare la complessità della nozione di discrezionalità tecnica.

Invero, la c.d. discrezionalità tecnica⁵⁹ ricorre nei casi in cui l'amministrazione adotta una decisione facendo applicazione di criteri, di regole, di canoni propri di scienze specialistiche, diverse da quella giuridica⁶⁰. La dottrina ha suddiviso la discrezionalità tecnica in varie

⁵⁸ M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso di ufficio*, in www.sistemmapenale.it, 29.7.2020, 159, 161; NATALINI, *Abuso d'ufficio: è abolitio criminis parziale – Solo violazione di regole di condotta senza discrezionalità*, in www.diritto24.ilsole24ore.com, 6.8.2020, 1 ss.; 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" (e la riserva di legge?)*, in www.ilsistemapenale.it 17.7.2020, 4 ss.; A. SESSA, *Spazio libero dall'illecito ed efficienza dell'azione amministrativa pubblica: le ragioni della politica criminale*, *dat.* 25 ss.

⁵⁹ Sulle diverse concezioni della discrezionalità tecnica, si veda A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, 87 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 87 ss.

⁶⁰ L. GALATERIA-M. STIPO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 1989,

tipologie⁶¹, fra le quali va annoverata anche la discrezionalità mista. Fra le varie tipologie, una collocazione autonoma è stata riservata all'accertamento tecnico, in presenza del quale all'amministrazione compete operare una verifica di natura oggettiva, come per esempio la misurazione della gradazione alcolica di un liquore⁶².

La dottrina, sin dalle sue originarie riflessioni⁶³, nonostante autorevoli dissensi⁶⁴, ha rilevato l'esistenza di una discrezionalità tecnica, distinta dalla discrezionalità amministrativa e nel corso del tempo ne ha accentuato l'autonomia⁶⁵.

347; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008, 177; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2000, 268; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, cit., 2005, 775; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 2006, 104.

⁶¹ Le si veda indicate in R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 2006, 107 ss.

⁶² Sull'accertamento tecnico si vedano A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1982, 526; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 2006, 109.

⁶³ Anche se con significati differenti, configurano la discrezionalità tecnica già F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo i criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, III, 275 ss.; F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, s.d., 128 ss.; E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, IV, 47 ss.; E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, 54 ss.; O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, I, (*Introduzione e nozioni fondamentali*), Napoli, 1912, 365 ss.; C.F. FERRARIS, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione e l'autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, I, 224; A.C. JEMOLO, *La competenza del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale nella risoluzione delle questioni tecniche*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1927, I, 569 ss.; U. FORTI, *Diritto amministrativo*, I, Napoli, 1931, 143 ss.

⁶⁴ Nega che la discrezionalità tecnica vada distinta dalla discrezionalità amministrativa C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Nss. Dig. it.*, V, 1968, 1108.

⁶⁵ Sulla differenza fra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., 2000 (ma 1939) 42 ss.; E. GUICCIARDI, *Delimitazione dei bacini montani e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1959, 193 ss., 197 ss.; F. BASSI, *La norma interna*, Milano, 1963, 543 ss.; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, ora in V. BACHELET, *Scritti giuridici*, I, L'amministrazione pubblica, Milano, 1981, 237 ss., 279; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1982, 525 ss.; F. BASSI, *Lezioni*, cit., 1987, 66 ss.; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 688; V. CERULLI IRELLI, *Principii del diritto ammini-*

Nonostante ciò, una parte della dottrina, da tempo⁶⁶ e ancora oggi⁶⁷, assimila la discrezionalità tecnica alla scelta di merito e la ritiene esente dal sindacato giurisdizionale. Si sostiene che esistono attività non discrezionali, vale a dire attività che non consistono nella ponderazione o in una scelta di interessi, ma che pur attengono a una competenza esclusiva dell'amministrazione⁶⁸. Si giustifica l'insindacabilità rilevando che la scelta fra le varie alternative deve essere compiuta, comunque, in relazione all'interesse pubblico; oppure perché anche in presenza di valutazioni tecniche esiste una posizione di potere dell'amministrazione, la tecnica costituisce una "struttura di potere reale"⁶⁹; oppure perché investe l'ordine dei valori, filtrati dall'indirizzo politico⁷⁰.

strativo, II, Torino, 2005, 54 ss.; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e giurisdizionalizzazione*, Milano, 2005, 99 ss.

⁶⁶ Posizioni siffatte si rinvencono espresse in O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, I, (Introduzione e nozioni fondamentali), Napoli, 1912, 365 ss.; F. PIGA, *Sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 1956, 52 ss.; P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, 95 ss.; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, 316.

⁶⁷ Fra le posizioni più recenti che escludono e limitano il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, pur con varietà di argomentazioni, si vedano V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, II, Milano, 1987, 428 ss.; G. BARONE, *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, 1989, 9 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 162 ss.; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 71 ss.; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, 214 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 1995, 297 ss.; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., 2000, 437; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo*, cit., 2005, 199 ss.

⁶⁸ N. DANIELE, *Discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione e giudice amministrativo*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, III, Milano, 1967, 293 ss.; E. CAPACCIOLI, *Manuale*, cit., 1980, 287 ss.; E. CAPACCIOLI, *Per la effettività della giustizia amministrativa (saggio sul giudicato amministrativo)*, in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, 454 ss., 488 ss.; E. CAPACCIOLI, *Postilla a Interessi legittimi e risarcimento del danno*, in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, 175.

⁶⁹ C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., 1985, 187 ss., 205.

⁷⁰ C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., 1985, 211 ss., 227 ss.

Secondo un orientamento, la configurazione di un'attività valutativa di natura tecnica intermedia, fra quella discrezionale e quella vincolata, trova il suo fondamento nel criterio organizzativo della competenza, in virtù del quale a ogni centro organizzativo viene attribuito un determinato ambito di azione, preposto alla cura di un determinato interesse pubblico⁷¹.

Di diverso avviso si mostrano coloro secondo i quali la discrezionalità tecnica conduce a un risultato certo e privo di alternative.

La dottrina ha propugnato la soggezione della discrezionalità tecnica al sindacato del giudice amministrativo, non interferendo con la valutazione comparativa degli interessi e con la relativa determinazione⁷². Dapprima, timidamente e, poi, in maniera disinvolta, convinta e sicura, la dottrina ha sostenuto la sindacabilità giurisdizionale della discrezionalità tecnica, in ossequio al principio della piena tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione, sancito dagli artt. 24 e 113 Cost.⁷³.

In particolare, si è sostenuto che la discrezionalità tecnica potesse essere soggetta a una duplice tipologia di sindacato. La prima tipologia è quella che consiste in un sindacato estrinseco, volto a verificare eventuali difetti procedurali, istruttori o motivazionali, senza intaccare il potere amministrativo di scelta fra le varie soluzioni tecniche. In de-

⁷¹ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 1995, 346 ss.

⁷² M. NIGRO, *Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1985, V, 125.

⁷³ Sulla valenza del principio costituzionale, S. PIRAINO, *Tecnica e discrezionalità amministrativa*, in *Nuova rass.*, 1992, 1053 ss.; L. PERFETTI, *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 1997, 1727 ss.; A. TRAVI, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urb. app.*, 1997, 1266 ss.; F.G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 115; R. CARANTA, *I sassi e lo stagno (il difficile accesso al fatto del giudice amministrativo)*, in *Urb. app.*, 2000, 1350 ss.; N. PAOLANTONIO, *Il sindacato*, cit., 2000, 319 ss., 366; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Padova, 2000, 30 ss.; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1063 ss.; S. BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 89 ss.; B. TONOLLETTI, *L'accertamento*, cit., 2001, 89 ss., 261 ss.

finitiva, si tratta di un sindacato non dissimile da quello esercitato nei confronti della discrezionalità amministrativa. La seconda tipologia è quella che consiste in un sindacato intrinseco, volto a verificare, sulla base di conoscenze specialistiche, la scelta tecnica effettuata dall'amministrazione.

Successivamente, accolta la tesi del controllo intrinseco, si è discusso se tale sindacato dovesse essere di tipo debole, detto anche di evidenza, o di tipo forte, detto anche pieno.

Il giudice amministrativo, dopo aver optato per un sindacato di tipo debole, ha avviato una riflessione sviluppatasi in maniera tormentata⁷⁴, all'esito della quale ha adottato una importante decisione⁷⁵ con la quale ha sostenuto l'ammissibilità di un sindacato di tipo forte⁷⁶.

Tuttavia, la giurisprudenza successiva si è orientata in maniera ondivaga, non facendo sempre applicazione dei predetti principi, ribaditi in astratto, ma disattesi in concreto⁷⁷.

⁷⁴ Fra le prime pronunce a optare per il sindacato di tipo forte si veda T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, 12.5.1997, n. 586. La pronuncia venne annotata da A. TRAVI, *Valutazioni tecniche*, cit., in *Urb. app.*, 1997, 1262 ss.; da L. PERFETTI, *Il sindacato giudiziale*, cit., in *Foro amm.*, 1997, 1725 ss.; I. COLZI, *Discrezionalità tecnica e consulenza tecnica di ufficio nel giudizio di legittimità: nuovi poteri del giudice amministrativo?*, in *Foro amm.*, 1997, 1997 ss.

⁷⁵ Cons. Stato, sez. IV, 9.4.1999, n. 601. Sulla predetta sentenza si vedano le note di D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1179 ss.; M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 185 ss.; P. LAZZARA, "Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 212 ss.; L. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2000, 424 ss.; A. TRAVI, *Circa il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 9.4.1999, n. 601, in *Foro it.*, 2001, III, 9 ss.

⁷⁶ Sulla problematica si vedano A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, Padova, 2001, 421 ss.; S. BACCARINI, *Giudice amministrativo*, cit., in *Dir. proc. amm.*, 2001, 80 ss.; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo*, cit., 2005, 99 ss., 189 ss., 284 ss.; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 2006, 125 ss.

⁷⁷ R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 2006, 135 ss.; 143 ss. Sul tema si veda anche A. TRAVI, *Il giudizio amministrativo*, cit., in *Dir. pubbl.*, 2004, 442.

Infatti, la giurisprudenza maggioritaria ammette che il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica possa spingersi oltre un controllo meramente estrinseco, tradizionalmente attuato mediante massime di esperienza appartenenti al sapere comune e finalizzato a ripercorrere l'iter logico seguito dall'amministrazione.

Tuttavia, lo stesso orientamento ritiene che il controllo di tipo intrinseco, che può effettuarsi in giudizio, non consente al giudice di sostituirsi all'amministrazione, avvalendosi eventualmente di un consulente tecnico e sostituendo, in tal modo, la valutazione discrezionale dell'amministrazione con una diversa determinazione.

Il sindacato del giudice deve arrestarsi a un controllo intrinseco limitato alla verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo⁷⁸.

Solo un orientamento giurisprudenziale minoritario prospetta la possibilità di un sindacato intrinseco del giudice sulla discrezionalità tecnica di tipo "forte" e sostitutivo⁷⁹.

A tal proposito, la dottrina ha osservato che la tendenza minoritaria ad un sindacato del giudice più incisivo risulta rafforzata a seguito dell'abolizione del regime di distinzione dei mezzi di prova ammessi a seconda delle diverse giurisdizioni⁸⁰.

Sulla scorta di quanto precede appare evidente che la tesi secondo la quale la violazione commessa nell'esercizio di un'attività di discrezionalità tecnica è quanto meno frettolosa perché formulata rispetto a una realtà magmatica, la discrezionalità tecnica, che non implica automaticamente l'esistenza di un potere del giudice – peraltro, amministrativo, cosa di non poco conto – di accertare in termini inconfutabili la legittimità della scelta compiuta. Anche le regole tecniche sono suscettibili di una pluralità di declinazioni.

L'abuso di ufficio non è configurabile innanzi tutto perché l'art.

⁷⁸ Cfr. T.a.r. Calabria, sez. I, 27.3.2008, n. 302; Cons. Stato, sez. IV, 10.7.2007, n. 3911; T.a.r. Calabria, sez. II, 9.8.2010, n. 2234.

⁷⁹ Cfr. T.a.r. Lombardia, sez. I, 10.3.2014, n. 613.

⁸⁰ In tal senso, si veda S. COGNETTI, *Legge, amministrazione giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, 2014, 133.

323 c.p. non menziona la violazione di una regola tecnica; in secondo luogo perché occorrerebbe pensare a un reato che presenti una violazione indiretta della legge, derivante dalla violazione di una regola tecnica; inoltre, come già messo in evidenza, la valutazione tecnica non conduce neanch'essa a una soluzione apprezzabile in termini di certezza.

10. Segue: d) Considerazioni di sintesi sulla validità del criterio selettivo scelto dal legislatore

In definitiva, l'inserimento nell'art. 323 c.p. del riferimento a “specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità” rende il reato in questione astrattamente inconfigurabile. Una rigorosa interpretazione della norma esclude l'esistenza in astratto del reato di abuso di ufficio. Si è parlato, a tal proposito, di “reato legislativamente impossibile”⁸¹.

Naturalmente, nessuno si attende che nella pratica il reato in questione divenga oggetto di una interpretazione così rigorosa. Sennonché, proprio il rischio del proliferare di letture ermeneutiche della norma, basate su significati generici e imprecisi della terminologia utilizzata dal legislatore, complicherà la questione, anziché semplificarla⁸². Vi saranno letture giurisprudenziali volte ad ampliare il significato della norma, anche accreditando soluzioni non volute espressamente dal legislatore. Vi saranno sentenze contraddittorie, che la Corte Suprema non riuscirà a ricondurre nell'ambito di una interpretazione

⁸¹ T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen. Web*, 2020, 8.

⁸² Sottolinea il rischio di “manipolazioni ermeneutiche” della norma, con evidenti ricadute sull'efficienza dell'azione amministrativa, il cui procedere è reso incerto dalla indeterminatezza della fattispecie penale, A. SESSA, *Spazio libero dall'illecito ed efficienza dell'azione amministrativa pubblica: le ragioni della politica criminale*, datt. 26.

conforme a legge. In definitiva, la giurisprudenza ricondurrà la disposizione di legge a una norma suscettibile di idonea applicazione.

Gli effetti negativi sull'esercizio dell'attività amministrativa si aggraveranno, imponendo al legislatore di ritornare di nuovo sul punto.

Sarebbe stato preferibile agire sulla norma puntando verso una differente direzione.

11. I problemi relativi all'oggetto della violazione alla luce della nuova formulazione normativa

Per definire l'oggetto della violazione, alla luce della nuova formulazione del reato di abuso di ufficio, è necessario verificare se residuano, in sede ermeneutica, ancora spazi per configurare il reato in presenza di una violazione di un regolamento, in presenza di una violazione indiretta di "specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuano margini di discrezionalità", in presenza di violazione di piani urbanistici generali, in presenza di violazione delle linee guida emesse dall'Anac, in presenza di violazione di principi costituzionali, di principi giuridici.

12. La violazione di regolamento

Il legislatore, con la riforma del 1997, per delimitare le patologie dell'azione amministrativa idonee a integrare il reato di abuso di ufficio, ha richiamato la nozione di violazione di regolamento.

Il riferimento alla violazione di regolamento – presente nella versione del 1997 dell'art. 323 c.p. – è stato sempre eccessivamente ampio e generico, perché la nozione di regolamento, nella teoria delle fonti, è una delle figure più controverse e indeterminate che vi siano.

Innanzitutto, le amministrazioni hanno adottato una pluralità di atti denominati regolamenti, ma che tali non sono. Inoltre, la nozione di

regolamento comprende sia atti che si collocano a livello primario nella gerarchia delle fonti, quali i regolamenti parlamentari e i regolamenti comunitari; sia atti che si collocano a livello secondario, espressione del potere normativo della pubblica amministrazione.

Alcune acquisizioni sono del tutto incontestabili.

Il regolamento è l'atto tipico del potere di normazione secondaria. Rientrano nella categoria i regolamenti degli enti locali, i regolamenti delle università, i regolamenti ministeriali ecc. ecc.

Appare incontestabile, altresì, l'affermazione secondo la quale i regolamenti non sono legge, vale a dire non hanno l'efficacia e la validità tipica della legge.

Infine, i regolamenti contengono disposizioni generali e astratte.

La dottrina, a più riprese, ha tentato di offrire una ricostruzione unitaria della categoria, pervenendo spesso a esiti del tutto opposti⁸³. Tuttavia, il tentativo di elaborare una categoria unitaria dei regolamenti non ha prodotto risultati unanimemente accolti⁸⁴. In termini molto netti si è sostenuto il fallimento dei tentativi volti ad elaborare una ricostruzione unitaria della figura, rilevando che la nozione in tal modo elaborata rappresenti una categoria così generale da non riuscire a fornire un elemento idoneo a distinguere i regolamenti dagli altri atti di normazione⁸⁵.

La giurisprudenza penale, al primo apparire della norma varata nel 1997, ha propugnato una lettura rigorosa, sostenendo che le uniche violazioni di regolamento da considerare fossero quelle dei regolamenti adottati secondo quanto previsto dalla l. 23.8.1988, n. 400⁸⁶.

Una parte consistente della dottrina ha sostenuto, in applicazione

⁸³ Sui regolamenti si vedano G. ZANOBINI, *Regolamento*, in *Nss. Dig. it.*, XV, 1968, 242 ss.; M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Scritti*, III, Milano, 2003, 769 ss.

⁸⁴ L. CARLASSARE, *Regolamento (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 607 ss.

⁸⁵ In tal senso, A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria. Fonti, soggetto e situazioni giuridiche soggettive*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F. ROVERSI MONACO-F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 48, 74 ss.

⁸⁶ In termini, Cass. pen., sez. VI, 18.12.2001, in *Riv. pen.*, 2002, 215.

del principio di determinatezza, che il concetto di regolamento comprende solo gli atti normativi adottati ai sensi della l. n. 400/1988 e della l. n. 142/1990⁸⁷.

Successivamente, l'orientamento giurisprudenziale in esame è stato superato dalla tendenza a conferire rilevanza a qualsiasi altra fonte secondaria, emanata da un ente pubblico al quale la legge avesse conferito una potestà normativa⁸⁸. Lungo questa china sono state considerate violazioni idonee a integrare il requisito in parola le violazioni di un bando di concorso o di gara, le violazioni degli statuti comunali, le delibere di giunta, ecc. Tale tendenza si è imposta sino a quando la Cassazione ha precisato che la violazione di un bando di concorso o di gara non è idonea ad integrare il requisito previsto dall'art. 323 c.p. per configurare il reato di abuso di ufficio⁸⁹.

Pertanto, la scelta del legislatore di fare riferimento in termini generici alla categoria dei regolamenti non è stata una scelta felice.

Sarebbe stato necessario limitare la previsione alla violazione dei regolamenti previsti dalla l. n. 400/1988 o, meglio, eliminare del tutto il riferimento alla violazione dei regolamenti. In ogni caso, affinché potesse ricorrere la violazione in esame, sarebbe stato necessario che il regolamento violato avesse posseduto i connotati formali e sostanziali di un atto regolamentare, così come indicati dall'art. 17, l. n. 400/1998. Infine, sarebbe stato necessario che il giudice penale avesse interpretato la norma regolamentare violata sulla scorta dei principi di tipicità e di tassatività della fattispecie penale⁹⁰.

⁸⁷ A. SEGRETO-G. DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 504 ss.; G. IADECOLA, *L'abuso di ufficio*, FORTUNA (a cura di), *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2002, 116 ss.; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (artt. 314-335 bis cod. pen.)*, Milano, 2006, 265; C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I; I delitti dei pubblici ufficiali*, Padova, 2013, 579.

⁸⁸ Cass. pen., sez. VI, 3.10.2000, n. 11933; Cass. pen., sez. VI, 17.3.2009, n. 26175; Cass. pen., sez. VI, 7.7.2016, n. 39452.

⁸⁹ Cass. pen., sez. VI, 26.5.2009, n. 24480; Cass. pen., sez. VI, 17.6.2015, n. 27823; Cass. pen., sez. V, 12.7.2018, n. 45332.

⁹⁰ F. ROTONDO, *Linee guida Anac ed abuso d'ufficio: principio di legalità e modifiche mediate della fattispecie incriminatrice*, in *Penale DP*, 13.5.2020, 4 ss.

Tutto questo non è mai avvenuto.

La dottrina, dal canto suo, si è dislocata, da un lato, sul fronte della nozione di regolamento in senso formale e, dall'altro, sul fronte della nozione di regolamento in senso sostanziale⁹¹. In realtà si è utilizzata in sede penale una distinzione proposta dalla dottrina amministrativistica per definire la nozione di regolamento, senza pervenire a unanimità di consensi. Quel dibattito, oggi, ha perso il suo fascino e ogni interesse.

Inoltre, il giudice penale non ha mai tenuto presente, nella dovuta misura, che la violazione di regolamento non integra una violazione di legge. La violazione di regolamento incide sulla patologia del provvedimento come sintomo di eccesso di potere.

Quest'ultima circostanza se da un lato ha ampliato la categoria delle patologie del provvedimento amministrativo penalmente rilevanti, dall'altro avrebbe dovuto imporre una attività ermeneutica ispirata ai principi di tipicità, di tassatività, di offensività e di prevedibilità.

I problemi sollevati dal richiamo normativo ai regolamenti non hanno mai trovato composizione nelle sentenze della Cassazione penale. Il giudice penale, in maniera ondivaga, ha continuato a ritenere integrato il reato di abuso di ufficio in presenza di violazioni di un qualsiasi atto regolamentare⁹².

Di fronte a una siffatta prassi applicativa, è del tutto naturale che il legislatore, con la riforma del 2020, abbia inteso eliminare in radice il problema, espungendo dall'art. 323 c.p. il riferimento ai regolamenti.

Naturalmente, il problema dell'idoneità della violazione del regolamento a integrare il reato di abuso di ufficio non può dirsi definitivamente risolto.

⁹¹ Il dibattito è ricostruito da G. SALCUNI, *La "disciplina altrove". L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, Napoli, 2019, 165 ss.

⁹² Si vedano, comunque, le sentenze in cui si è affermato che non integrano il reato di abuso di ufficio le violazioni dei decreti ministeriali: Cass. pen., sez. VI, 2.10.1998, n. 119984; Cass. pen., sez. VI, 1.3.1999, n. 5488; le violazioni delle delibere di giunta: Cass. pen., sez. VI, 3.10.2000, n. 11933; le violazioni delle circolari: Cass. pen., sez. VI, 24.10.2005, n. 44952; le violazioni del bando di concorso e del bando di gara: Cass. pen., sez. VI, 19.10.1999, n. 13795; Cass. pen., sez. V, 5.11.20001, n. 1732.

Invero, la norma è chiara. Il legislatore, eliminando il riferimento alla violazione di regolamento, ha ristretto l'area delle violazioni idonee a integrare il reato di abuso di ufficio. Il fine, in tal modo perseguito, è evidente e inequivocabile.

Tuttavia, la struttura della norma non è tale da tranquillizzare l'operatore giuridico.

La magistratura penale è proclive a interpretare, se non proprio a piegare, le norme in maniera aderente agli obiettivi di tutela, ritenuti propri, anche sovrapponendo una propria lettura a una precisa scelta del legislatore.

Anche in questo caso potrebbe ripetersi quello che è successo per l'eccesso di potere negli anni successivi alla riforma del 1997. La riforma dell'art. 323 c.p., introdotta con la l. n. 234/1997, aveva tra i suoi obiettivi espliciti quello di precludere al giudice penale la configurazione del reato di abuso di ufficio in presenza di una illegittimità per eccesso di potere. La relativa patologia non compariva più fra i vizi contemplati dall'art. 323 c.p.

Tuttavia, la magistratura penale, in numerose sentenze, anche della Corte Suprema, ha continuato a ritenere configurabile il reato di abuso di ufficio anche in presenza di una violazione per eccesso di potere. Sul tema si ritornerà più innanzi.

In ogni caso, di fronte a interpretazioni siffatte, non si rivelano sufficienti le leggi contraddistinte da una struttura normativa nella quale ci si limita a indicare le condotte idonee a configurare il reato. Per contrastare interpretazioni ermeneutiche in palese violazione della legge, è necessario enumerare anche le condotte inidonee a integrare il reato di abuso di ufficio, precisando, per esempio, che non integra il reato di abuso di ufficio la violazione di un regolamento e – per anticipare temi che verranno successivamente trattati – anche la violazione mediata e indiretta di leggi, la violazione dei piani urbanistici generali, la violazione delle linee guida dell'Anac, la violazione di principi costituzionali e la violazione di principi giuridici.

Questa precisazione potrebbe costituire un deterrente allo sviluppo di tendenze interpretative volte ad ampliare oltremisura l'applicazione del reato di abuso d'ufficio.

13. La violazione mediata o indiretta della legge

Benché la locuzione “violazione di norma di legge o di regolamento”, presente nella versione dell’art. 323 c.p. licenziata nel 1997, configuri un ambito notevolmente ampio di patologie del provvedimento amministrativo, idonee a integrare il reato di abuso di ufficio, la giurisprudenza ha travalicato i confini posti dal legislatore con il ricorso alla tesi della violazione mediata o indiretta della legge. Si ha violazione mediata o indiretta della legge quando si interpreta l’art. 323 c.p. come disposizione idonea a essere integrata mediante altra norma legislativa, ma a volte anche di rango sublegislativo, la quale a sua volta richiama altra fonte normativa, quale i regolamenti, o altra fonte provvedimentale, come i provvedimenti amministrativi generali e i provvedimenti amministrativi con specifica prescrizione.

Siamo ben oltre il fenomeno della norma penale in bianco. L’art. 323 c.p. viene interpretato come una norma penale in bianco, che a sua volta richiama altra norma penale in bianco, la quale per dare un contenuto alla disposizione normativa rinvia ad altra norma o a prescrizione provvedimentale. L’ultrabianco, aggettivo al quale ricorre la pubblicità dei deterrenti.

In altri termini, la violazione indiretta ricorre in ogni ipotesi in cui la disposizione legislativa inserisca nella fattispecie astratta il riferimento a un elemento normativo relativo ad atti giuridici.

Secondo la prospettazione giurisprudenziale in esame, integra una violazione di legge anche la violazione delle norme tecniche di attuazione di un piano urbanistico comunale perché l’art. 12, primo comma, del d.p.r. n. 380/2001 stabilisce che “il permesso di costruire è rilasciato in conformità alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico edilizia vigente”. Secondo l’orientamento in esame la violazione delle previsioni del piano urbanistico rappresenta solo il presupposto di fatto della violazione delle disposizioni legislative in materia urbanistica e, rifacendosi a queste ultime, ricorrerebbe l’elemento costitutivo della fattispecie di abuso di ufficio rappresentato dalla violazione di legge⁹³.

⁹³ In tal senso, si veda Cass., sez. VI, 20.3.2007, n. 11620, in *Cass. pen.*, 2008,

La violazione di legge, in caso di violazione delle norme tecniche di attuazione (n.t.a.), non ricorrerebbe in prima battuta, ma in maniera mediata e indiretta, come se si trattasse di una violazione di secondo grado, di una violazione di riflesso.

Una prima configurazione di violazione indiretta si rinviene nelle sentenze culminate nella decisione delle S.U. 1993, Borgia, la quale configurava la violazione dell'art. 20 lett. a), l. n. 47/1985, nelle ipotesi in cui le opere edili siano state assentite con concessione edilizia, ma siano in contrasto con il PRG, con le n.t.a., con i regolamenti o con altre disposizioni della stessa l. n. 47/1985.

Tuttavia, secondo la tesi in esame, la difformità, anche se di secondo grado, integrerebbe pur sempre una violazione di legge. Dal punto di vista tecnico, infatti, si è in presenza di un elemento normativo richiamato dalla fattispecie penale astratta.

Siamo in presenza di una lettura interpretativa della locuzione “violazione di norma di legge”, presente nella versione dell'art. 323 c.p. licenziata dalla riforma del 1997, dotata di una certa coerenza logica, che non ha mancato di conseguire l'assenso di una parte della dottrina⁹⁴. La coerenza logica del ragionamento sillogistico è evidente.

L'interpretazione proposta è plausibile e, su un piano meramente logico, può essere condivisa. Il riferimento alla presenza di un elemento normativo nella fattispecie penale astratta legittima l'opzione ermeneutica.

Senonché, un giurista non può accedere a una siffatta interpretazione. Il principio che presiede alla elaborazione e alla interpretazione della fattispecie penale astratta è il principio di tassatività. Il principio di tassatività comporta che, fra le diverse interpretazioni possibili, debba sempre essere preferita quella che conduce a una norma dai

2462, per una ipotesi di violazione delle prescrizioni di un piano regolatore generale; nonché Cass. pen., sez. VI, 16.10.1998, in *Foro it.*, 2000, II, 140 ss., con nota di O. DI GIOVINE, *Concessione edilizia illegittima e abuso d'ufficio. Una questione ancora aperta*, in *Foro it.*, 2000, II, 140 ss.

⁹⁴O. DI GIOVINE, *Concessione edilizia illegittima*, cit., in *Foro it.*, 2000, II, 140 ss.; C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I; I delitti dei pubblici ufficiali*, Padova, 2013, 595; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (artt. 314-335 bis cod. pen.)*, Milano, 2006, 266.

connotati ben definiti, insuscettibili di configurazioni ondivaghe.

La tesi che considera integrato il requisito della violazione di legge, anche in presenza di una violazione mediata e indiretta della legge, conduce a configurare il reato di abuso di ufficio – perlomeno sotto il profilo in esame – in presenza di ogni violazione di una norma giuridica, indipendentemente dal suo rango nella gerarchia delle fonti, perché ogni norma giuridica è riconducibile a una legge che le ricollega effetti giuridici.

Lungo questa china, non mancano coloro che hanno configurato il reato anche in presenza della violazione di un provvedimento amministrativo o di norme tecniche richiamate da norme giuridiche. Il concetto di violazione mediata o indiretta ha trovato applicazione anche in contesti completamente diversi da quelli sopra esaminati, come nel caso di violazione del C.C.N.L. e in genere delle norme di contrattazione collettiva⁹⁵.

Senonché, in questo modo, il criterio selettivo, introdotto dal legislatore con la locuzione “violazione di legge”, ha perso ogni significato e la norma è stata letta come se il legislatore non avesse inteso utilizzare l'elemento in questione ai fini di configurare una fattispecie dai connotati tassativi. Secondo la tesi in esame, qualsiasi violazione di una norma volta a disciplinare la pianificazione urbanistica e l'attività edilizia, di per sé sola, integrerebbe il requisito in parola dell'abuso di ufficio⁹⁶.

In senso critico si è osservato che una siffatta interpretazione costituisce una riedizione moderna della tesi della disobbedienza⁹⁷. Inoltre, si è evidenziato che la fattispecie diverrebbe generica e indeterminata,

⁹⁵ C. CUPELLI, *Abuso d'ufficio e tipologia delle fonti: sulla rilevanza penale della violazione di un "sistema di norme"*, in *Cass. pen.*, 2001, 520 ss.

⁹⁶ Rilievi critici alla tesi in esame si rinvengono in P. TANDA, *Piano regolatore generale e abuso d'ufficio: il delicato equilibrio tra discrezionalità amministrativa e controllo del giudice ordinario*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 204.

⁹⁷ Secondo V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, 15, la violazione di norma mediata è “capace di declassare a mero presupposto di fatto tutto il materiale normativo evocato, direttamente ma anche “a catena”, dall'estremo normativo tipico in violazione di norme di legge o di regolamento”.

se ogni violazione di materiale normativo venisse considerato sufficiente a comporre il tipo criminoso in esame⁹⁸.

L'art. 323 c.p. non ha la struttura della norma penale in bianco, in altri termini non è una disposizione che rinvia ad altre norme anche di rango subordinato a quelle legislative. Al contrario, il richiamo alla violazione di legge è stato inserito dal legislatore proprio al fine di delimitare le violazioni di norme giuridiche idonee a integrare un elemento costitutivo del reato di abuso di ufficio.

Pertanto, l'interpretazione in esame viola il principio di tipicità della fattispecie penale. Inoltre, la potenziale indeterminatezza delle violazioni di norme giuridiche idonee a integrare l'elemento costitutivo in esame del reato di abuso di ufficio viola il principio di tassatività della fattispecie penale.

La riforma del 2020 ha utilizzato una locuzione che non risolve il problema. L'interpretazione in esame potrà sempre essere riproposta dalla giurisprudenza.

Il legislatore avrebbe dovuto precisare che la violazione di legge doveva essere diretta e non mediata e indiretta. Non a caso, una parte della dottrina si è pronunciata in senso critico⁹⁹, rilevando che in tal modo svaniva la norma che, invece, nella struttura del reato di abuso di ufficio, avrebbe dovuto essere precisa e puntuale, con la conseguen-

⁹⁸ Rilevi critici alla tesi della rilevanza mediata e indiretta si vedano in A. VALLINI-A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, in F. PALAZZO (a cura di), *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2011, 291 ss.; F. MARONE, *Le norme interposte*, Napoli, 2015, 181 ss.; M. NADDEO, *I limiti della tutela penale nell'“abuso di ufficio”*, in *Ind. pen.*, 2018, 237; V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, 1 ss.; A. MERLO, *L'abuso di ufficio*, cit., 2019, 44 ss. In termini anche G. SALCUNI, *La “disciplina altrove”*, cit., 2019, 179 ss., 187 ss., anche se ritiene necessario compiere alcune precisazioni e puntualizzazioni che derivano dalla tesi da lui sostenuta di considerare la violazione delle linee guida vincolanti dell'Anac “già violazione di legge”.

⁹⁹ A. VALLINI-A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, in AA.VV., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in a cura di F. PALAZZO, Napoli, 2011, 291; M. NADDEO, *I limiti della tutela penale nell'“abuso di ufficio”*, in *Ind. pen.*, 2018, 237; V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, 1 ss.

za di imporre al pubblico ufficiale di adeguarsi a un “sistema di norme”¹⁰⁰.

La riforma introdotta dalla l. n. 120/2020 non ha risolto il problema. Né l'aggettivo specifiche, né l'avverbio “espressamente”, presenti nella nuova formulazione, posseggono la funzione selettiva volta a impedire la configurazione del reato di abuso di ufficio in caso di violazione indiretta e mediata.

Al fine di evitare che in sede ermeneutica la nuova fattispecie penale venga dilatata sino a includere le violazioni indirette e mediate della legge, sarebbe stato necessario, come già evidenziato, che il legislatore avesse sancito che “non integra il reato di abuso di ufficio la violazione mediata e indiretta della legge”.

A tal proposito, non va sottaciuto che una parte della dottrina ha proposto, molto opportunamente, di riformare il reato precisando che la violazione deve essere “immediata”¹⁰¹.

14. La violazione di un piano urbanistico generale

In Italia, sono diffuse le imputazioni di abuso di ufficio per aver rilasciato provvedimenti in contrasto con piani urbanistici generali, con piani attuativi o con piani paesaggistici. Spesso dette violazioni sono frammiste a violazioni di norme di diverso tipo. A tal proposito, la magistratura inquirente dimostra scarsa attenzione nell'individuare le patologie idonee a configurare il reato in esame, propendendo a riversare nell'imputazione una pluralità indefinita di violazioni.

La magistratura penale giudicante si vede costretta a dipanare spesso complicate matasse.

¹⁰⁰ Sul tema A. MERLO, *L'abuso di ufficio*, cit., 2019, 46.

¹⁰¹ A.R. CASTALDO, *Prefazione*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, XV; M. 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 A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 31.

Uno dei profili di criticità è rappresentato, appunto, dalla configurabilità del reato di abuso di ufficio in presenza di atti amministrativi che violano piani urbanistici¹⁰². Sul punto si registra la presenza di orientamenti giurisprudenziali contrastanti, complice anche la problematicità che ammantava la natura giuridica del piano urbanistico.

La natura giuridica del piano regolatore generale è stata oggetto di un ampio dibattito, nell'ambito del quale sono entrate in contesa la tesi che gli attribuisce natura di atto amministrativo¹⁰³ e la tesi che lo considera un atto normativo¹⁰⁴.

Secondo un ulteriore orientamento i piani urbanistici avrebbero una duplice natura¹⁰⁵: le norme tecniche di attuazione sarebbero regolamenti, mentre le prescrizioni relative alle zonizzazioni e alle localizzazioni sarebbero oggetto di un atto amministrativo generale¹⁰⁶. La tesi della duplice natura del piano è stata propugnata da chi ha soste-

¹⁰² Sui piani urbanistici si vedano G. VIGNOCCHI-G. BERTI, *Piani regolatori*, in *Nss. Dig. it.*, XIII, 1966, 16 ss.; L. MAZZAROLLI, *I piani regolatori urbanistici nella teoria giuridica della pianificazione*, Padova, 1962, 403 ss.; E. PICOZZA, *Il piano regolatore generale urbanistico*, Padova, 1983, 168 ss.; L. MAZZAROLLI, *Piano regolatore generale*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996, 211 ss.; F. SALVIA-F. TERESI, *Diritto urbanistico*, Padova, 2002, 41 ss.; P. URBANI-S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2004, 111 ss.; F. SALVIA, *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, 2008, 84 ss.

¹⁰³ Sostengono che il piano regolatore generale abbia natura amministrativa A.M. SANDULLI, *Appunti per uno studio sui piani regolatori*, in *Riv. giur. ed.*, 1956, II, 131 ss.; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Rassegna di giurisprudenza sui piani di ricostruzione*, in *Riv. giur. ed.*, 1956, II, 102 ss.; M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, II, 9 ss.; P. STELLA RICHTER, *Natura ed efficacia dei piani regolatori comunali*, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1071 ss.; F. SPANTIGATI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 1969, 95 ss.; L. MAZZAROLLI, *I piani regolatori urbanistici nella teoria giuridica della pianificazione*, Padova, 1962, 405 ss.

¹⁰⁴ Sostiene che il piano regolatore generale abbia natura normativa G.G. LOSCHIAVO, *Diritto edilizio*, Milano, 1964, 246 ss.

¹⁰⁵ Sostengono che il piano regolatore abbia natura mista G. VIGNOCCHI-G. BERTI, *Piani regolatori*, in *Nss. Dig. it.*, XIII, 1966, 16 ss.; G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2009, 128 ss.

¹⁰⁶ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, aggiornato a cura di F. FRACCHIA, Milano, 2020, 371.

nuto che, per effetto della copiosa disciplina regionale, i piani urbanistici comunali hanno assunto carattere variegato, che vedono spesso coesistere prescrizioni concrete conformative della proprietà, norme astratte sull'attività costruttiva, previsioni immediatamente operative e disposizioni essenzialmente programmatiche¹⁰⁷. Secondo la tesi in esame, gli orientamenti sul carattere duplice della natura giuridica del piano si rivelano eccessivamente schematici¹⁰⁸.

Pertanto, non mancano le tesi intermedie, le quali sostengono che si debba riconoscere natura regolamentare alle prescrizioni generali e astratte del piano urbanistico, sostenendo che il requisito in parola sia integrato dalla violazione di qualsiasi norma generale e astratta. Secondo la tesi in esame, norme siffatte potrebbero rinvenirsi fra le norme tecniche di attuazione del piano¹⁰⁹.

Ne è derivato un contrasto di opinioni anche in ordine alla idoneità della violazione di un piano urbanistico a integrare il reato di abuso di ufficio.

Una prima presa di posizione si deve a quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale il reato di abuso di ufficio può essere contestato quando la violazione concerna la componente normativa regolamentare del piano; mentre non è configurabile quando il piano esplica i suoi effetti diretti come atto amministrativo¹¹⁰. Tale tesi ebbe il riscontro di parte della dottrina¹¹¹.

Gli orientamenti giurisprudenziali successivi hanno privilegiato il criterio della violazione mediata e indiretta della legge, sostenendo che il reato di abuso di ufficio risulti integrato dalla violazione di quel-

¹⁰⁷ In tal senso, F. SALVIA, *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, 2008, 84 ss.

¹⁰⁸ F. SALVIA, *Manuale*, cit., 2008, 84 ss.

¹⁰⁹ In tal senso, P. TANDA, *Piano regolatore generale e abuso d'ufficio: il delicato equilibrio tra discrezionalità amministrativa e controllo del giudice ordinario*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 203, 204 ss.

¹¹⁰ Cass. pen., 18.11.1998, n. 11984.

¹¹¹ P. TANDA, *Abuso d'ufficio: eccesso di potere e violazione di norme di legge o regolamento*, in *Cass. pen.*, 1999, 2114 ss.; R. RIZ, *L'abuso d'ufficio nella pianificazione urbanistica*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, I, Milano, 2000, 875 ss.; P.M. VIPIANA, *L'abuso d'ufficio nel rilascio di una concessione edilizia illegittima*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1007 ss.

le leggi, statali o regionali, che impongono all'amministrazione di rispettare tutte le disposizioni urbanistiche ed edilizie vigenti¹¹². Invero, l'art. 12, primo comma, d.p.r. n. 380/2001, stabilisce che "il permesso di costruire è rilasciato in conformità alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente".

In tal modo, la giurisprudenza ha glissato elegantemente il problema della violazione dei piani urbanistici.

Per affrontare il problema in esame occorre innanzitutto un'operazione chirurgica volta a isolare la violazione del piano urbanistico o paesaggistico, che sia, da ogni altra violazione alla quale, spesso, la prima è connessa.

Pertanto, occorre respingere quegli orientamenti che configurano il reato di abuso sul presupposto che la violazione del piano concorre a integrare una violazione indiretta o mediata della legge. Le argomentazioni sviluppate al paragrafo precedente offrono una idonea giustificazione della tesi che si sostiene.

Il piano urbanistico generale non è una legge, né un regolamento. In particolare, il piano non ha né la forma, né la sostanza di un atto regolamentare. Esso è l'esito di un procedimento amministrativo complesso, nell'ambito del quale è offerta a una pluralità di soggetti, pubblici e privati, di partecipare. Il piano urbanistico è un provvedimento amministrativo a contenuto generale. Le prescrizioni del piano, anche quelle presenti nelle c.d. norme tecniche di attuazione, pur avendo a volte la forma di disposizione normativa, non ne hanno la sostanza. Invero, le prescrizioni del piano hanno natura provvedimentale perché sono sempre riferite a singole specifiche ipotesi, già configurate preventivamente nel piano.

Esse conservano tale natura anche se applicate a una pluralità di ca-

¹¹² Cass. pen., sez. VI, 16.10.1998, in *Foro it.*, 2000, II, 140 ss.; Cass. pen., sez. VI, 11.5.1999, n. 8194 in *Cass. pen.*, 2000, 350 ss., con nota di M. GAMBARDILLA, *Abuso d'ufficio e concessione edilizia illegittima: il problema delle norme di legge a precetto generico o incompleto*, in *Cass. pen.*, 2000, 350 ss.; Cass. pen., sez. III, 19.6.2012, n. 39462; Cass. pen., sez. III, 15.9.2017, n. 55506; Cass. pen., sez. III, 20.3.2018, n. 45536.

si, perché non si è mai in presenza di norme generali e astratte, ma sempre in presenza di una prescrizione relativa a casi specifici, riconoscibili preventivamente nella realtà, disciplinata nel suo complesso dal piano. Il fatto che il redattore del piano preferisca raccogliere le singole prescrizioni in un atto con struttura normativa, stabilendo che le stesse siano applicabili a una pluralità ben determinata di casi, non ne muta la natura. Si è sempre in presenza di un provvedimento amministrativo generale.

In ogni caso, anche qualora si volesse riconoscere, errando in maniera evidente, natura normativa a determinate prescrizioni del piano, tale qualificazione non è idonea a integrare la violazione di legge o di regolamento. Invero, il legislatore con la locuzione “violazione di legge o di regolamento” ha inteso fare riferimento a singoli atti normativi e non a tutti gli atti che possano assumere valenza normativa.

Né sussiste, a maggior ragione, la violazione “di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti di aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità”.

Pertanto, la tesi secondo la quale la violazione di un piano urbanistico generale o di un altro piano è idonea a integrare il reato di abuso di ufficio è frutto di un evidente errore interpretativo. Alla base di tale orientamento vi è una vistosa confusione fra la nozione di regolamento e quella di atto amministrativo generale¹¹³. Sono due concetti diversi.

In ogni caso, con la scomparsa della violazione di regolamento dal testo dell'art. 323 c.p. viene meno un ulteriore elemento sul quale la tesi in contestazione si fondava.

15. La violazione delle linee guida dell'Anac

È stata prospettata la possibilità di configurare il reato di abuso di ufficio anche in caso di violazione delle linee guida emesse dall'Anac.

¹¹³ Sugli atti amministrativi generali si veda G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000.

La tesi è stata formulata sotto la vigenza della versione del reato introdotta dalla l. n. 234/1997. Sulla scorta dell'analisi della natura delle linee guida, si è sostenuto che le linee guida vincolanti non siano atti amministrativi generali¹¹⁴ e che la loro violazione sia idonea a configurare il reato di abuso di ufficio¹¹⁵. Le linee guida vincolanti, secondo l'orientamento in esame, sarebbero assimilabili a norme regolamentari¹¹⁶. In particolare, si è sostenuto che le linee guida, pur non avendo il *nomen iuris* di regolamento e, dunque, pur essendo prive della qualificazione formale, condividono del regolamento numerose caratteristiche. “Ed invero l'Anac è titolare per legge di un vero e proprio potere di adozione di tali linee guida al pari di quello che avviene per il potere regolamentare del governo con l'art. 17, l. n. 400/1988. In secondo luogo non v'è dubbio che tali linee guida possiedono le caratteristiche proprie dei regolamenti – generalità astrattezza e innovatività – e ne condividono la natura sostanziale”¹¹⁷. In terzo luogo, sempre secondo la tesi in esame, le linee guida condividono, con i regolamenti, il requisito della pubblicità, perché il procedimento previsto dall'art. 213, secondo comma, del d.lgs. n. 50/2016, assicurerebbe una adeguata pubblicità.

Infine, sempre secondo la tesi in esame, poiché la legge in alcuni casi sancisce la vincolatività delle linee guida, la violazione di quest'ultime costituirebbe una violazione di legge¹¹⁸.

La tesi in esame giunge a diverse conclusioni per le linee guida non vincolanti, anche perché secondo un orientamento giurisprudenziale del giudice penale la mera violazione di circolari non costitui-

¹¹⁴ In una indagine molto approfondita sulle linee guida G. SALCUNI, *La “disciplina altrove”*, cit., 2019, 78 ss., ha sostenuto che le linee guida non siano atti amministrativi generali, ma regolamenti.

¹¹⁵ V. NERI, *Disapplicazione delle linee guida Anac e rilevanza penale della loro violazione*, in *Urb. app.*, 2018, 145 ss., 151; G. SALCUNI, *La “disciplina altrove”*, cit., 2019, 78 ss., 146 ss., 152 ss., 172, 175, 189 ss.

¹¹⁶ G. SALCUNI, *La “disciplina altrove”*, cit., 2019, 81 ss.

¹¹⁷ V. NERI, *Disapplicazione delle linee guida Anac e rilevanza penale della loro violazione*, in *Urb. app.*, 2018, 151.

¹¹⁸ G. SALCUNI, *La “disciplina altrove”*, cit., 2019, 189.

sce un requisito del reato di abuso di ufficio¹¹⁹.

La tesi in esame non può essere accolta e non solo perché la fonte regolamentare è stata espunta dal novero degli atti la cui violazione concreta l'abuso di ufficio.

È stato messo in evidenza, prima che intervenisse la riforma introdotta dalla l. n. 120/2020, che le linee guida vincolanti non possono essere ricomprese nell'ambito dei regolamenti¹²⁰ e che la tesi in esame viola il principio di legalità, quello di tassatività e quello di determinatezza. Si assisterebbe, peraltro, a una frammentazione della disciplina penale, che non si concilia con l'esigenza di certezza del precetto e della sanzione penale. Si è altresì evidenziato che da un punto di vista materiale la tutela penale deve intervenire solo in presenza di aggressioni ai beni giuridici di particolare gravità¹²¹.

16. La violazione dei principi giuridici

Un ulteriore problema da affrontare è quello volto a verificare se anche la violazione di principi giuridici è idonea a integrare un abuso di ufficio. Il tema viene trattato, nella generalità dei casi, in maniera indifferenziata, come se la categoria dei principi fosse una categoria dogmatica omogenea e non esistesse una pluralità di tipi fra di loro con profonde e radicali differenze e come se la violazione di un principio fosse assimilabile a una violazione di legge. L'indagine dovrà essere articolata distinguendo fra principi costituzionali, principi generali stabiliti espressamente dalla legge e principi generali desunti da complessi normativi più o meno omogenei, e verificando se e in che misura la loro violazione possa rientrare nella "violazione di norma di

¹¹⁹ V. NERI, *Disapplicazione delle linee guida Anac e rilevanza penale della loro violazione*, in *Urb. app.*, 2018, 145 ss., 151.

¹²⁰ Secondo V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, 18, le linee guida che non sono regolamenti non possono integrare il reato di abuso di ufficio.

¹²¹ F. ROTONDO, *Linee guida Anac*, cit., in *Penale DP*, 13.5.2020.

legge”, prima, e nella “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”, poi.

17. La equiparazione della violazione dei principi costituzionali alla violazione di legge

Appare opportuno procedere dalle imputazioni che contestano la violazione dei principi costituzionali.

Invero, la contestazione che colpisce più di tutte, fra quelle comunemente ricorrenti, è rappresentata dalla imputazione di abuso di ufficio per violazione dei principi costituzionali e, segnatamente, dell’art. 3 e dell’art. 97: violazione del principio di buon andamento dell’amministrazione, violazione del principio di imparzialità¹²², violazione del principio di uguaglianza¹²³.

Si veda la seguente imputazione formulata a carico di Tizio, comandante della polizia municipale di un Comune della Campania e di Caio, Segretario Comunale: *“reato p. e p. dagli artt. 110-323 c.p., perché, in concorso tra loro, nelle rispettive qualità, il primo quale istigatore e diretto beneficiario della condotta, il secondo, quale segretario Generale e, dunque, pubblico ufficiale, autore materiale del-*

¹²² Sui principi di buon andamento e di imparzialità la bibliografia è sterminata, fra i tanti si vedano U. ALLEGRETTI, *Imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 236 ss.; A. CERRI, *Imparzialità e indirizzo politico della pubblica amministrazione*, Padova, 1973, 136 ss.; F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XV, 1989, 1 ss.; U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, 1993, 131 ss.; C. PINELLI, il “buon andamento” e l’“imparzialità” dell’amministrazione, in AA.VV., *Commentario alla costituzione, artt. 97-98. La pubblica amministrazione*, Bologna, 1994, 31 ss.; R. CARANTA, *Commento all’art. 97*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, Torino, 2006, 1889 ss.; G. SCIULLO, *L’organizzazione amministrativa. Principi*, Torino, 2013, 44 ss.

¹²³ Sul tema, per una compiuta ricostruzione del dibattito, si veda F. RIGO, *Abuso di ufficio*, in T. PADOVANI (a cura di), *Le fonti del diritto italiano*, Milano, 2019, 2183 ss.

la stessa, avendo Caio espresso parere favorevole alla adozione della delibera n. xxx del xx/xx/xxxx, palesemente illegittima, in ordine alla quale, attraverso tale parere favorevole, ometteva di rilevare (come previsto dal comma 2 dell'art. 97 Cost., che statuisce la precipua responsabilità del segretario comunale di attestare la conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo statuto e ai regolamenti), all'organo deliberante, la macroscopica illegittimità che inficiata la delibera stessa, in quanto è messa in violazione: del combinato disposto degli artt. 3 l. 241/90 – 110 comma 3 d.lg.vo 267/2000 (laddove prevedono, in ossequio al principio generale dell'obbligo di motivazione di tutti i provvedimenti amministrativi, come unica condizione per il riconoscimento di benefici economici, e in particolare, per l'indennità ad personam, di cui al citato comma 3 art. 110, l'obbligo della giunta di motivare il provvedimento di attribuzione di detto beneficio, evidenziando le ragioni giuridiche giustificative del beneficio stesso, fermo restando la necessità di commisurare l'importo dell'indennità da attribuire alla specifica qualificazione professionale e culturale del soggetto interessato), intenzionalmente, procuravano a Tizio un ingiusto vantaggio patrimoniale, costituito da un aumento ingiustificato dell'indennità ad personam, da euro 500,00 mensili ad euro 2.000,00 mensili, attribuita quale compenso aggiuntivo rispetto alla retribuzione annua stabilita dai contratti di categoria per il conferimento dell'incarico di dirigente del settore vigilanza, con pari danno per l'amministrazione comunale”.

La nomina del dirigente, ampiamente titolato, è stata disposta dal Sindaco in conformità al d.lgs. n. 267/2000; l'emolumento in esame è previsto senza alcun limite dall'art. 110 del d.lgs. n. 267/2000, l'attribuzione del predetto emolumento è stata proposta dal Sindaco ed è stata disposta dalla Giunta.

La delibera di Giunta, secondo l'impianto accusatorio, sarebbe illegittima perché non adeguatamente motivata (il dato non corrisponde al vero perché la delibera era più che motivata, ma questo è un dettaglio).

L'illegittimità della condotta del Segretario Comunale sarebbe consistita nel violare l'art. 97, secondo comma, Cost., che – facciamo parlare all'imputazione – “*statuisce la precipua responsabilità del segre-*

tario comunale di attestare la conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo statuto e ai regolamenti".

Leggerezza e vaghezza ermeneutica.

Nel caso in esame, poiché la leggerezza interpretativa delle norme sostanziali spesso si coniuga con la leggerezza interpretativa anche di quelle processuali, si è verificato che tutte le indagini preliminari sono state svolte senza iscrivere gli imputati nel registro notizie di reato, con conseguente inutilizzabilità degli atti compiuti, per violazione degli artt. 335 c.p.p. Inoltre, le indagini sono state svolte dopo la scadenza del termine per il compimento delle indagini preliminari, con conseguente violazione dell'art. 405 ss. c.p.p., e inutilizzabilità degli atti, ai sensi del 407, terzo comma, c.p.p. Infine, si è proceduto all'interrogatorio di uno degli imputati, camuffato da sommarie informazioni testimoniali, senza l'assistenza del difensore e senza assicurare alcuna garanzia difensiva, in violazione degli artt. 60 ss., 63, 64 ss. c.p.p.

Naturalmente il segretario comunale ha dovuto subire un processo che è durato oltre dieci anni e che ha inciso negativamente sullo sviluppo della sua carriera. Il processo ha varcato tranquillamente la soglia dell'udienza preliminare e si è chiuso in primo grado, come era prevedibile, con una declaratoria di non doversi procedere per prescrizione, a dispetto della completa assenza di un compendio probatorio utilizzabile dall'accusa.

Il dibattito sulla configurabilità del reato di abuso di ufficio in siffatte ipotesi ha investito anche la Cassazione, nelle cui sentenze si rinvengono posizioni diametralmente opposte. Accanto a sentenze in cui si nega nettamente la configurabilità del reato, vi sono pronunce che ne affermano la configurabilità.

In diverse sentenze della Cassazione si afferma che il requisito della violazione di legge, previsto dalla fattispecie del reato di abuso di ufficio, può consistere anche nella violazione del principio di imparzialità, contenuto nell'art. 97, primo comma, Cost., nella componente immediatamente precettiva della norma. La componente precettiva del principio costituzionale impone al pubblico ufficiale, nell'esercizio delle sue funzioni, di non utilizzare il potere conferitogli dalla legge per compiere deliberati favoritismi e procurare ingiusti vantaggi ovvero per realizzare intenzionali vessazioni o discriminazioni, causando

ingiusti danni¹²⁴. Il principio di imparzialità amministrativa, con il conseguente divieto di specifici favoritismi, costituisce una vera e propria regola di immediata applicazione, idonea a integrare i caratteri e i contenuti precettivi richiesti dall'art. 323 c.p.¹²⁵.

Nella predetta direzione, si precisa che il principio di imparzialità, riferito all'organizzazione amministrativa, non ha un immediato contenuto precettivo, idoneo a integrare il requisito richiesto per la sussistenza del reato di abuso d'ufficio, perché la sua applicazione dovrà necessariamente essere mediata dalla legge. Invece, il principio in questione ha una immediata valenza per l'attività amministrativa, le cui modalità di svolgimento assumono la veste del procedimento amministrativo, nell'ambito del quale il principio di imparzialità comporta la necessità di acquisire tutti gli interessi e tutti gli elementi utili a una deliberazione il più possibile ponderata¹²⁶.

Nella stessa scia si collocano varie pronunce che, sulla scorta della distinzione delle disposizioni costituzionali tra norme programmatiche e norme precettive, considerano integrato il reato di abuso d'ufficio in caso di violazione dell'art. 97, terzo comma, Cost. relativo all'accesso al pubblico impiego tramite procedura concorsuale¹²⁷.

Anche una parte della dottrina condivide la tesi secondo la quale la violazione dei principi costituzionali di imparzialità e di buon andamento integra il requisito della violazione di legge, richiesto dal legislatore per la configurabilità del reato di abuso di ufficio¹²⁸. Questa

¹²⁴ Cass., sez. II, 27.10.2015, n. 46096. In termini, si vedano Cass., sez. VI, 17.2.2011, n. 27453; Cass., sez. VI, 14.6.2012, n. 41215; Cass., sez. VI, 30.1.2013, n. 12370; Cass., sez. VI, 26.6.2013, n. 34086; Cass., sez. VI, 12.6.2014, n. 38357; Cass., sez. VI, 24.6.2014, n. 37373; Cass., sez. VI, 17.2.2015, n. 27816; Cass., sez. VI, 2.4.2015, n. 27816; Cass., sez. II, 27.10.2015, n. 46096; Cass., sez. VI, 2.4.2018, n. 49549.

¹²⁵ Cass., sez. VI, 12.2.2008, n. 25162, annotata positivamente da M. DE BELLIS, *Il principio di imparzialità nella condotta della pubblica amministrazione dettato dall'art. 97, comma 1, Cost. può avere efficacia precettiva ai fini del reato di abuso di ufficio*, in *Cass. pen.*, 2008, 1025 ss.

¹²⁶ Cass., sez. VI, 12.2.2008, n. 25162.

¹²⁷ Cass., sez. VI, 26.2.2002, n. 31895.

¹²⁸ M. GAMBARDILLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministra-*

tesi include il parametro costituzionale nell'ambito della nozione di norma di legge e vi desume una vera e propria regola di comportamento, di immediata applicazione¹²⁹.

Tuttavia, non mancano sentenze che, dopo aver richiamato la distinzione delle disposizioni costituzionali tra norme programmatiche e norme precettive, escludono la configurabilità del reato di abuso d'ufficio in caso di violazione dell'art. 97, terzo comma, Cost., negando che tale disposizione abbia valore precettivo¹³⁰.

In tal senso, un orientamento della Cassazione sostiene che l'art. 97

tiva, Milano, 2002, 276 ss., 295. Secondo l'orientamento in esame, includere il parametro costituzionale nell'ambito della nozione di norma di legge, consente di trovare un punto di equilibrio fra l'esigenza di repressione delle condotte riconducibili a illegittimità, sottese al reato di abuso di ufficio, e la necessaria tassatività della fattispecie penale. In termini, T. PADOVANI, *Commento all'art. 323 del codice penale, Leg. pen.*, 1997, 744; S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, in *Studium iuris*, 1997, 1253; M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso di ufficio*, Padova, 1998, 67; P. PITTARO, *La nuova disciplina dell'abuso di ufficio*, in A. GIARDA-G. SPANGHER-TONINI (diretta da), *Le nuove leggi penali. Problemi attuali della giustizia penale*, Padova, 1998, 23 ss., 26; A. MANNA, *Luci ed ombre nella nuova fattispecie di abuso di ufficio*, in *Ind. pen.*, 1998, 21 ss.; C.F. GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso di ufficio*, in *Foro it.*, 1999, V, 334, 336; A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso di ufficio*, in *Dir. proc. pen.*, 1999, 108 ss.; A. PAGLIARO, *L'antico Principi di diritto penale. Parte speciale*, I, Milano, 2000, 243; A. CIOFFI, *Eccesso di potere e violazione di legge nell'abuso d'ufficio*, Milano, 2001, 102 ss.; A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto di interesse nel sistema penale*, Torino, 2004, 53; M. DE BELLIS, *Il principio di imparzialità nella condotta della pubblica amministrazione dettato dall'art. 97, comma 1, Cost. può avere efficacia precettiva ai fini del reato di abuso di ufficio*, in *Cass. pen.*, 2008, 1027 ss.; A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, cit., 2009, 62; M. 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, 910 ss.; R. BORSARI, *Reati contro la pubblica amministrazione e discrezionalità amministrativa. Dai casi in materia di pubblici appalti*, Padova, 2012, 81; S. SEMINARA, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2016, 797 ss.; S. SEMINARA, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2017, 1073 ss.; A. MERLO, *L'abuso di ufficio*, cit., 2019, 83.

¹²⁹ Cass., sez. VI, 12.2.2008, n. 25162, con nota di M. LEPERA, *La rilevanza della violazione del principio di imparzialità di cui all'art. 97 Cost. ai fini della sussistenza del delitto di abuso di ufficio*, in *Cass. pen.*, 2008, II, 609 ss.

¹³⁰ In termini, Cass., sez. VI, 8.5.2003, n. 35108; Cass., sez. VI, 19.2.2009, n. 13097.

Cost. non contiene parametri specifici di comportamento tali da considerarlo come idoneo a produrre una puntuale norma di legge. Diversamente, si corre il rischio di ampliare eccessivamente la fattispecie incriminatrice dell'abuso di ufficio, rendendola indeterminata. In alcune sentenze, per motivare l'inconfigurabilità del reato in presenza della violazione dell'art. 97 Cost., si è richiamata anche la distinzione fra norme precettive e norme programmatiche, ascrivendo l'art. 97 a quest'ultima categoria, considerata inadeguata a rappresentare una disposizione tassativa. Tali violazioni non sarebbero idonee a integrare il requisito, richiesto dal legislatore in termini tassativi, della violazione di norme di legge.

Anche una parte della dottrina ha negato che l'art. 97 possa essere assimilato a una norma di legge, dal contenuto così tassativo da integrare il requisito richiesto dalla fattispecie penale¹³¹. Si è sostenuto che il reato di abuso possa essere integrato solo in caso di violazione di norme di legge che prescrivono specifici modelli di comportamento. Inoltre, si è affermato che solo la mediazione della legge possa dare corpo alla funzione precettiva dei principi costituzionali di cui all'art. 97 Cost.¹³².

Il nocciolo della questione ruota intorno alla possibilità che il principio costituzionale si traduca in un precetto dai connotati tassativi. In

¹³¹ A. CARMONA, *La nuova figura di abuso di ufficio: aspetti di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 1988, 1843 ss.; C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, Padova, 1998, 96; V. MANES, *Abuso di ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro it.*, 1998, II, 391 ss.; G. PAVAN, *La nuova fattispecie di abuso di ufficio e la norma di cui all'art. 97, primo comma, Cost.*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, 285; A. SEGRETO-G. DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 495 ss.; C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2002, 261 ss.; A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, in A. BONDI-A. DI MARTINO-G. FORNASARI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008, 249 ss.; S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008, 262 ss.; A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, cit., 2009, 124; M.G. COLANGELO, *Intervento*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 28 ss.; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (artt. 314-335 bis cod. pen.)*, Milano, 2019, 360.

¹³² A. MERLO, *L'abuso di ufficio*, cit., 2019, 82 ss., 89.

numerose sentenze della Cassazione, tante da indurre a parlare di un “diritto vivente”, si afferma che sussiste il reato di abuso di ufficio in quei casi in cui il requisito della violazione di legge è integrato dalla violazione dell’art. 97 Cost., nella componente immediatamente precettiva della norma che, in ossequio al principio di imparzialità, vieta ingiustificate preferenze o favoritismi.

La questione della configurabilità del reato di abuso di ufficio in presenza della violazione dell’art. 97 Cost. è stata affrontata dalla Corte Costituzionale per ben due volte. La prima volta è stata affrontata *per incidens*; invece, la seconda volta in maniera espressa.

La Corte Costituzionale, in una sentenza avente a oggetto la costituzionalità del reato di abuso di ufficio di cui all’art. 323 c.p., ritenuto dal remittente non adeguatamente capace di tutelare i valori costituzionali di imparzialità e di buon andamento, in un *obiter dictum*, sottolineò che i predetti principi costituzionali, evocati dall’art. 97, sono posti “in relazione all’organizzazione dei pubblici uffici”¹³³.

Invece, la seconda volta, la Corte Costituzionale si pronunciò sulla questione di legittimità dell’art. 323 c.p., dichiarandola inammissibile, fra l’altro, sul presupposto che il giudice remittente ben potesse giungere, sulla scorta degli ordinari criteri ermeneutici, a ritenere insussistente il reato di abuso di ufficio in caso di violazione dell’art. 97 Cost., oltre che di contratti collettivi di lavoro, di atti amministrativi e di circolari, come veniva prospettato nella fattispecie sottoposta dal giudice remittente¹³⁴. Naturalmente, appare superfluo sottolineare che la decisione della Corte Costituzionale implicava una valutazione negativa sulla configurabilità del reato¹³⁵.

Ciò nonostante, si veda sulla questione di recente, Cass. pen., sez.

¹³³ Corte Cost., sent. n. 447/1998, in *Giur. cost.*, 1999, 351, con nota di S. PREZIOSI, *Norme di favore e controllo di costituzionalità nel nuovo abuso di ufficio*, in *Giur. cost.*, 1999, 351 ss.

¹³⁴ Corte Cost., ord. 14.7.2016, n. 177.

¹³⁵ Per un commento alla sentenza si veda la nota di E. APRILE, *Per la Consulta non costituisce “diritto vivente” la scelta di considerare i parametri dell’art. 97 Cost. ai fini della configurabilità del delitto di abuso di ufficio*, in *Cass. pen.*, 2016, 3585 ss.

VI, 12.6.2018, n. 49549, secondo la quale, invece, il reato di abuso è configurabile. Naturalmente, l'individuazione della componente pre-cettiva di un principio costituzionale compone la struttura argomentativa delle prospettazioni che configurano il reato di abuso di ufficio anche in presenza della violazione di un principio costituzionale.

La riforma del 2020 non risolve il problema, che dovrà sicuramente essere affrontato di nuovo.

Appare opportuno sottolineare che la formula utilizzata dal legislatore nella nuova versione dell'abuso di ufficio, facendo riferimento alla 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", esclude la possibilità di imputazioni per abuso di ufficio in caso di violazione dei principi costituzionali. Una interpretazione condotta con l'ausilio di una tecnica rigorosa preclude che nella nozione di "legge o atto avente forza di legge" possa essere incluso un principio costituzionale. Legge o atto avente forza di legge e principio costituzionale sono due concetti diversi. Sennonché, anche nella previgente versione dell'art. 323 c.p. la nozione di "violazione di norma di legge" costituiva un concetto profondamente diverso da "violazione di un principio costituzionale". Tuttavia, la profonda differenza intercorrente fra le due predette nozioni non ha precluso alla giurisprudenza di includere nella prima anche la seconda. Pertanto, non si può seriamente dubitare che si ripresenteranno, così come già in questi primi mesi si stanno ripresentando, imputazioni per il reato di abuso d'ufficio per violazione di principi costituzionali.

In un ufficio giudiziario della Campania, dopo l'emanazione della l. n. 120/2020, al sindaco di un comune, a un noto avvocato e al figlio di quest'ultimo, segretario comunale, si è contestata, con richiesta di misure cautelari, la seguente imputazione *"del reato di cui agli artt. 110, 323 comma primo c.p., perché, in concorso tra loro, Tizio, in qualità di sindaco del comune, dunque di pubblico ufficiale nello svolgimento delle sue funzioni – d'intesa con Caio (padre) e con Sempronio (figlio), in qualità di concorrenti determinatori (quest'ultimo nominato segretario comunale presso il citato comune in forza del decreto sindacale ...), con sviamento del potere attribuitogli e in violazione di legge ossia dei principi di buon andamento ed imparzialità"*

della P.A. di cui agli artt. 97 Cost. art. 3 l. 241/1990, ovvero, procedendo, in assenza di qualsivoglia motivazione, con decreto sindacale prot. n. 0000 del 0.00.0000, alla nomina, in qualità di segretario comunale del Comune, di Sempronio (figlio), individuato, tra numerosi candidati partecipanti, su espressa sollecitazione di Caio (padre) e del figlio Sempronio (figlio) e su accordo pregresso, intenzionalmente procurava allo stesso un ingiusto vantaggio patrimoniale, da identificarsi nella copertura della relativa carica di segretario comunale su indicata, con conseguente danno per il regolare svolgimento della procedura di evidenza pubblica di nomina e per i candidati partecipanti”.

Appare superfluo sottolineare, in punto di fatto, che l'intervento del padre era rimasto nei limiti di una mera segnalazione, inidonea ad asurgere al livello di raccomandazione, peraltro anche essa ritenuta dalla Cassazione condotta insufficiente a integrare il reato di abuso di ufficio. Appare superfluo sottolineare, in punto di diritto, che la nomina del segretario comunale non è oggetto di una procedura a evidenza pubblica¹³⁶, che la scelta del segretario comunale non avviene sulla

¹³⁶ Non si è in presenza di una procedura di evidenza pubblica. Invero, la scelta avviene all'esito di un iter procedimentale, disciplinato dagli artt. 97, 98 e 99 del d.lgs. n. 267/2000, dagli artt. 12, 13, 15 del d.p.r. n. 465/1997, dal CCNL del 2001 e dalla delibera n. 150/1999 dell'Agenzia Autonoma per la gestione dell'Albo dei segretari comunali e provinciali.

Tuttavia, l'iter procedimentale delineato dalle predette norme non integra una procedura a evidenza pubblica. Le procedure a evidenza pubblica sono disciplinate dal codice dei contratti, il quale non trova applicazione per la scelta dei segretari comunali. Si è invece in presenza di un interpello al fine di acquisire le dichiarazioni di disponibilità a ricoprire l'incarico di segretario comunale. Si tratta di una differenza di non lieve momento. Infatti, le procedure di evidenza pubblica hanno natura comparativa e vengono definite sulla scorta dei criteri di aggiudicazione previsti dagli artt. 94 (principi generali in materia di selezione), 95 (criteri di aggiudicazione) e 96 (costi del ciclo vita) del d.lgs. n. 50/2016. Invece, l'interpello non ha natura comparativa, non consiste nella comparazione degli aspiranti sulla base dei curricula o di titoli, non viene definito sulla scorta di criteri di scelta predeterminati, ma l'individuazione avviene sulla base di una scelta fiduciaria.

Come sostenuto dalla Cassazione, la nomina del segretario comunale dà luogo a un contratto di diritto privato e la scelta è fiduciaria e insindacabile.

Fra le tante pronunce si veda la sentenza della Cass., sez. lav., n. 20842/2019, nella quale si afferma che: “La dipendenza funzionale del segretario dall'organo di

scorta di un criterio di valutazione della sua professionalità¹³⁷ e che la

*vertice dell'ente locale (competente per la nomina e la revoca) si traduce nella configurazione di un rapporto caratterizzato dall'elemento fiduciario, che si esprime nella regola secondo cui la nomina ha durata corrispondente a quella del mandato del sindaco o del presidente della provincia che lo ha nominato, con cessazione automatica dall'incarico con la fine del mandato, pur dovendo il titolare della carica continuare ad esercitare le funzioni sino alla nomina del nuovo segretario (D.Lgs. n. 267 del 2000, art. 99, comma 2). La nomina è disposta non prima di sessanta giorni e non oltre centoventi giorni dalla data di insediamento del sindaco e del presidente della provincia, decorsi i quali il segretario già in carica è confermato (art. 99, comma 3). A tal fine il sindaco, o il presidente della provincia, individua il nominativo del segretario prescelto, a norma delle disposizioni contenute nell'art. 11, e ne chiede l'assegnazione al competente consiglio di amministrazione dell'Agenzia, il quale provvede entro sessanta giorni dalla richiesta. Quanto al **procedimento di nomina del segretario comunale** o provinciale questa Corte ha affermato che lo stesso (al pari di quello di revoca) **ha natura negoziale di diritto privato**, in quanto posto in essere dall'ente locale con la capacità e i poteri del datore di lavoro (v. Cass. 31 ottobre 2017, n. 25960; Cass. 15 maggio 2012, n. 7510; Cass. 9 febbraio 2007, 25969; Cass., Sez. Un., 20 giugno 2005, n. 16876; Cass., Sez. Un., 12 agosto 2005, n. 166876).*

La natura fiduciaria dell'incarico, che termina con la scadenza dell'organo amministrativo elettivo di riferimento, è stata, in particolare, affermata da questa Corte con riferimento alla tipologia e alla varietà dei compiti di collaborazione e di assistenza giuridico – amministrativa nei confronti degli organi comunali in ordine alla conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo statuto ed ai regolamenti in piena coerenza con il ruolo del segretario quale controllore di legalità (D.Lgs. n. 267 del 2000, art. 97, comma 2) nonché alle funzioni consultive, referenti e di assistenza alle riunioni del consiglio e della giunta (D.Lgs. n. 267/2000, art. 97, comma 4, lett. a) – v. Cass. 23 agosto 2008, n. 12403; Cass. 1 luglio 2008, n. 17974 e da ultimo Corte Costituzionale n. 23 del 22 febbraio 2019). Peraltro le indicate funzioni si sono anche arricchite con la legislazione successiva: in particolare, con la L. n. 190 del 2012 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione), nonché con il D.Lgs. n. 33 del 2013 (Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni) che attribuiscono al segretario comunale, di norma, il ruolo di responsabile della prevenzione della corruzione e quello di responsabile della trasparenza”.

¹³⁷ La disciplina per la nomina dei segretari comunali non contempla un criterio di valutazione sulla scorta del quale procedere alla nomina. La scelta del segretario comunale, fra quelli titolati a ricoprire l'incarico, non è subordinata a un'attività di comparazione sulla base di criteri predeterminati dal legislatore.

In particolare, l'art. 99, primo comma, d.lgs. n. 267/2000, dispone che “il sinda-

co e il presidente della provincia nominano il segretario, che dipende funzionalmente dal capo dell'amministrazione, scegliendo tra gli iscritti all'albo di cui all'art. 98". In tal senso anche l'art. 15 del d.p.r. n. 465/1997.

L'Agenzia fornisce, a richiesta i curricula relativi alle caratteristiche professionali dei segretari. La nomina del segretario ha effetto dall'accettazione. (...) "La nomina a segretario avviene nel rispetto delle previsioni del T.u.e.l. n. 267/2000 e del DPR n. 465/1997. 2. A tal fine, a seguito dell'avvio della procedura che deve essere pubblicizzato nelle forme stabilite dal Consiglio nazionale di amministrazione, la Sezione regionale dell'Agenzia competente trasmette ai sindaci che ne hanno fatto richiesta l'elenco dei segretari iscritti e che non siano già titolari di incarichi presso altri enti, con i relativi curricula" (art. 17 CCNL). I segretari comunali dipendono dall'Agenzia autonoma per la gestione dell'albo dei segretari comunali e provinciali, avente personalità giuridica di diritto pubblico, sottoposta alla vigilanza del Ministero dell'Interno" (art. 102, d.lgs. n. 267/2000; art. 1 del d.p.r. n. 465/1997, d.l. 31.5.2010, n. 78).

La procedura risulta così articolata: a) avvio del procedimento di nomina da parte del Sindaco (o dal Presidente della Provincia) tramite richiesta all'Agenzia di pubblicare avviso di ricerca di un segretario per l'ente; b) pubblicazione dell'avviso di vacanza sul sito internet dell'Agenzia; c) individuazione da parte dell'amministrazione richiedente del nominativo del segretario da nominare e conseguente richiesta di assegnazione indirizzata all'Agenzia; d) assegnazione da parte dell'Agenzia, una volta accertato il possesso, in capo al segretario individuato, dei requisiti prescritti per l'assunzione dell'incarico; e) adozione da parte del Sindaco (o del Presidente della Provincia) del provvedimento di nomina del segretario assegnato; f) accettazione da parte del nominato ed assunzione in servizio dello stesso. Il Sindaco (o il Presidente della Provincia) può provvedere alla nomina, "solo in presenza e dopo l'intervenuta assegnazione, da parte dell'Agenzia, del Segretario in precedenza individuato; ove manchi l'assegnazione, non può farsi luogo ad alcuna nomina e quella eventualmente disposta deve stimarsi *tamquam non esset* per carenza del suo unico ed indefettibile presupposto. Detto altrimenti, la nomina del Segretario procede dal perfezionamento di una fattispecie a formazione progressiva, di cui l'assegnazione da parte dell'Agenzia è un elemento essenziale e costitutivo" (cfr. C.d.S., dec. citata). L'assegnazione del segretario da parte dell'agenzia avviene solo se quest'ultimo sia titolato a ricoprire l'incarico. La natura fiduciaria della scelta e la natura privatistica del rapporto escludono la configurabilità di un abuso di ufficio. Il sindaco designa il segretario comunale esercitando una scelta di natura fiduciaria. Non si è in presenza dell'esercizio di un potere amministrativo, ma di un potere politico. Il sindaco può scegliere liberamente, fra i soggetti di titolati a ricoprire l'incarico di segretario comunale per la classe di riferimento del Comune, preferendo colui che gli dia fiducia. Non si è in presenza di una attività vincolata, né di una scelta discrezionale, né di una scelta basata su una discrezionalità tecnica. Non a caso, l'atto di nomina è insindacabile. Pertanto, non è configurabile un eccesso di potere per sviamento perché non si è in presenza di un potere amministrativo, ma di un potere politico, di natura fiduciaria e insindacabile. Non si è neppure in presenza di una viola-

nomina è una prerogativa del Sindaco sulla base di un rapporto fiduciario.

Parte della giurisprudenza interpreta le nuove norme alla luce di stili del passato.

Tutto ciò impone all'interprete di fare i conti con il diritto vivente e di calibrare la propria proposta di riforma sulle tendenze giurisprudenziali in atto.

18. Rilievi critici alla tesi che equipara la violazione dei principi costituzionali alla violazione di legge

Il ragionamento posto a base delle decisioni che configurano l'abuso di ufficio anche in caso di violazione di principi costituzionali non può essere condiviso per le seguenti tre considerazioni, che verranno sviluppate nel presente e nel prossimo paragrafo.

a) Innanzi tutto, la tesi in esame è sorretta da un banale artificio argomentativo che, se sottoposto a una seria verifica analitica, disvela la sua inconsistenza.

Non vi è abuso di ufficio per violazione del principio di imparzialità quando un provvedimento dispone diversamente da quanto deciso da un precedente provvedimento su di un caso identico. Non può venire in considerazione la violazione del principio di imparzialità.

Se il primo provvedimento è illegittimo, vale a dire viola la legge, non si può pretendere che il secondo si adegui al primo, riproducendo

zione di legge per violazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost. perché la designazione del segretario comunale deriva da una scelta insindacabile di natura fiduciaria. Le esigenze di buon andamento e di imparzialità sono assicurate dal fatto che il sindaco può scegliere soltanto fra quei segretari comunali titolati a ricoprire l'incarico per la classe di appartenenza del comune. Infine, non si è in presenza di una violazione di legge per violazione dell'art. 3, l. n. 241/1990, per aver provveduto in assenza di motivazione, perché l'atto di designazione quindi di scelta del segretario comunale, basandosi su una valutazione fiduciaria, non richiede motivazione, né potrebbe essere altrimenti motivato.

la stessa illegittimità del primo. La giurisprudenza amministrativa e la dottrina hanno sempre escluso che sia viziato da eccesso di potere per disparità di trattamento e per violazione del principio di imparzialità il provvedimento emanato in conformità alla legge, ma in maniera difforme da altri provvedimenti adottati in palese violazione della legge¹³⁸. Il giudice amministrativo ha sancito che l'emanazione di un provvedimento illegittimo non consente, a chi sia interessato a conseguire un provvedimento dello stesso tipo, di censurare l'operato dell'amministrazione¹³⁹. Il problema risulta affrontato anche in altri ordinamenti giuridici, nei quali si è sostenuto che non è giuridicamente tutelata la pretesa a conseguire lo stesso trattamento riservato ad altri, quando quest'ultimo si sia concretizzato nell'emanazione di un provvedimento illegittimo¹⁴⁰. Detto orientamento è stato sintetizzato nella locuzione "*Keine Gleichheit im Unrecht*" (nessuna uguaglianza nell'ingiustizia)¹⁴¹ ed è giustificato dalla esigenza di evitare lo sviluppo e il proliferare di pandemie di illegittimità amministrativa.

Tale conclusione è valida sia per gli atti vincolati, che per gli atti discrezionali. Infatti, in caso di attività vincolata, non si può pretendere che l'amministrazione adotti un atto illegittimo, ma favorevole all'interessato, eccependo che in un'altra identica fattispecie è stato emanato un atto analogo a quello richiesto. La pretesa si tradurrebbe nell'imporre all'amministrazione di emanare un atto illegittimo, violando la legge che la vincola a emanare un provvedimento diverso.

¹³⁸ S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 124 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica*, cit., 2016, 415 ss.; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 2017, 543 ss.

¹³⁹ Non considerano viziati da eccesso di potere per disparità di trattamento i provvedimenti in contrasto con precedenti atti illegittimi Cons. Stato, sez. V, 3.10.1992, n. 932; Cons. Stato, sez. VI, 10.1.1995, n. 5; Cons. Stato, sez. VI, 19.3.1998, n. 486; Cons. Stato, sez. V, 4.7.2002, n. 3671; Cons. Stato, sez. V, 17.7.2014, n. 3796; Cons. Stato, sez. VI, 1.10.2014, n. 4867.

¹⁴⁰ Fra le tante, Cons. Stato, sez. IV, 30.5.2007, n. 2781; T.a.r. Sardegna, sez. I, 5.11.2009, n. 1615.

¹⁴¹ C. KÖLBEL, *Gleichheit im Unrecht*, Köln-Berlin-Boon-München, 1998, 115 ss.; B. PIEROTH-B. SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht*, II, Heidelberg, 2008, 112 ss.

Inoltre, in caso di attività discrezionale, l'emanazione di un provvedimento illegittimo non sopporta la pretesa di un altro interessato a conseguire un analogo provvedimento, perché si produrrebbe una diffusione esponenziale dell'illegittimità¹⁴².

Invece, se il primo provvedimento è legittimo, il secondo sarà illegittimo di suo, in via diretta per violazione di legge, in via indiretta e residuale per eccesso di potere per contraddittorietà, per eccesso di potere per disparità di trattamento e per eccesso di potere per violazione del principio di imparzialità. Naturalmente, una siffatta conclusione è valida sia per l'attività vincolata, che per quella discrezionale.

Per quanto concerne il profilo sopra esaminato, si deve concludere osservando che, da un punto di vista teorico e dogmatico, non si può conferire la "qualifica" di "legge" a un principio costituzionale. Da un punto di vista pratico, una siffatta qualificazione non è necessaria.

b) Inoltre, il ragionamento è errato perché l'illegittimità non è presente *ex ante*, bensì *ex post*. In altri termini, la deduzione della regola immediatamente precettiva dal principio costituzionale è frutto di una complessa attività interpretativa, riservata al giurista, non ascrivibile, né imputabile al cittadino.

19. Rilievi critici alla tesi in esame per l'erronea concezione dei principi costituzionali che essa accoglie

c) La tesi che equipara i principi costituzionali alla violazione di legge non può essere accolta anche per la seguente ragione.

Il dibattito sulla configurabilità del reato di abuso di ufficio in caso di violazione di principi costituzionali si fonda su di una concezione inadeguata degli stessi. Essa li assimila ai principi giuridici, così come configurati nel dibattito che investì la categoria agli inizi degli anni trenta o, nella migliore delle ipotesi, li interpreta riesumando la distin-

¹⁴² R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 2017, 543 ss.

zione fra norme programmatiche e norme precettive.

La riflessione verte intorno alla idoneità o alla inidoneità del principio a integrare una regola di immediata applicazione, con connotati tali da configurare in maniera esauriente il requisito della violazione di legge.

Il difetto più grave di tale dibattito è rappresentato dalla completa assenza di consapevolezza della natura e del ruolo dei principi costituzionali nei sistemi costituzionali contemporanei.

L'opinione che equipara i principi costituzionali alla violazione di legge in esame appare dominata da tre criticità:

1. Innanzi tutto, appare del tutto assente la consapevolezza degli effetti prodotti dalle Costituzioni moderne sui sistemi giuridici contemporanei¹⁴³.

2. Inoltre, si trascurano del tutto gli effetti prodotti dal costituzionalismo moderno sulla teoria del diritto¹⁴⁴.

3. Infine, appare davvero incredibile che nel dibattito sul profilo in questione sia del tutto assente l'approccio teorico che propone il superamento delle visioni tradizionali del diritto (giusnaturalistiche, giuspositivistiche e realistiche) rilevando la progressiva costituzionalizzazione dei sistemi giuridici contemporanei.

I protagonisti del dibattito sull'abuso di ufficio (giurisprudenza e dottrina) ignorano o, comunque, trascurano nella maniera più assoluta le più importanti direzioni di ricerca del costituzionalismo contemporaneo.

¹⁴³ R. GUASTINI, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano*, in *Ragion pratica*, n. 11, 1998.

¹⁴⁴ Sugli effetti del costituzionalismo sulla teoria del diritto si vedano M. TROPER, *Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1, Milano, 1988, 62 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 112 ss.; M. BARBERIS, *Filosofia del diritto*, Bologna, 2000, 76 ss.; M. BARBERIS, *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale*, in *Ragion pratica*, n. 14, 2000, 34 ss.; A. SCHIAVELLO, *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 3, 2003, 67 ss.; V. GIORDANO, *Il positivismo e la sfida dei principi*, Napoli, 2004, 67 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 143 ss., 344 ss., 366 ss.

Naturalmente, il riferimento è al neocostituzionalismo, alla teoria discorsiva del diritto di J. Habermas, alle correnti di revisione del positivismo, sia quelle che hanno dato luogo al positivismo inclusivo di J. Coleman e di W. Waluchow, sia a quelle che hanno dato luogo al positivismo critico di L. Ferrajoli.

20. Brevi cenni sui profili del costituzionalismo contemporaneo

Su tali aspetti si è costretti a limitare l'indagine ai seguenti pochi richiami.

a) Innanzi tutto, va evidenziato che l'importanza delle trasformazioni introdotte dai sistemi costituzionali costituisce un criterio ispiratore anche delle revisioni del positivismo, che hanno condotto al positivismo "inclusivo"¹⁴⁵ o al positivismo "esclusivo". Il positivismo "inclusivo"¹⁴⁶ riconosce la presenza, negli Stati costituzionali, di standard non legati direttamente alla statuizione positiva e di principi morali per la validità delle norme¹⁴⁷. Esso mantiene ferma la tesi secondo la quale il diritto è un fatto sociale, ma da essa non ne desume la separazione fra diritto e morale. Inoltre, ammette la presenza di valutazioni morali che derivano direttamente sia dal contenuto delle norme, fra le quali soprattutto quelle costituzionali, sia dall'opera dell'interprete¹⁴⁸. La teoria dell'interpretazione – applicazione del diritto

¹⁴⁵ L'orientamento in esame nasce come reazione alle critiche di R. Dworkin al positivismo e si basa su di una rilettura di Hart, sviluppata con riferimento alle sue precisazioni contenute nel Postscript. Si veda H. HART, *The Concept of Law, With a Postscript*, Oxford, 1994, 79 ss.

¹⁴⁶ W. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivismus*, Oxford, 1994, 136 ss.; J. COLEMAN, *Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis*, in *Hart's Postscript*, Oxford, 2001, 148 ss.; J. COLEMAN, *The Practice of Principle*, Oxford, 2001, 133 ss.

¹⁴⁷ G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, 2012, 125 ss.

¹⁴⁸ Il positivismo inclusivo fornisce una descrizione più accurata dei sistemi costituzionali e degli articoli della Costituzione che richiamano valori morali. Sul tema

non viene scissa dalla teoria del diritto perché i processi interpretativi e applicativi sono anch'essi elementi che compongono il mondo del diritto. L'ingresso di contenuti morali nel diritto si realizza e completa non solo attraverso le complesse pratiche produttive, ma anche attraverso quelle interpretative e applicative¹⁴⁹.

Le riflessioni condotte dalla corrente del positivismo inclusivo si sviluppano in un confronto continuo e diretto con i fautori del positivismo "esclusivo"¹⁵⁰, che nega alla morale il ruolo di condizione di validità del diritto¹⁵¹ e che, ancorando la giuridicità delle norme alla fonte delle loro statuizioni, considera la giuridicità indipendente dal loro contenuto.

b) Invece, il neocostituzionalismo, come è noto, nasce dal confronto critico con la corrente del legalismo¹⁵² e si sviluppa in diretta relazione all'attività svolta e alle decisioni assunte dalle Corti Costituzionali. L'elaborazione si deve a R. Dworkin¹⁵³, a R. Alexy¹⁵⁴, a C.S.

V. VILLA, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*, Torino, 2004, 264 ss.; G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, 2012, 127.

¹⁴⁹ Sul tema, V. VILLA, *Alcune chiarificazioni concettuali sulla nozione di "inclusive positivism"*, in *Analisi e diritto*, 2000, 279 ss.; G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, 2012, 141.

¹⁵⁰ J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, 1979, 16 ss.; S. SHAPIRO, *On Hart's Way Out*, in J. COLEMAN (a cura di), *Hart's Postscript*, Oxford, 2001, 228 ss.

¹⁵¹ Sul positivismo "esclusivo" si vedano G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti*, Roma-Bari, 2002, 116 ss.; G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, 2012, 126 ss.

¹⁵² Il legalismo è una corrente critica dell'interpretazione della Costituzione e dei diritti costituzionali, che si sviluppa partendo dall'analisi di E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973, 233 ss., e si consolida con le riflessioni di E.W. BÖCKENFÖRDE, *Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1990,

¹⁵³ R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, Milano, 1989, 133 ss.; R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010 (ma 1977), 122 ss.; R. DWORKIN, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, London, 2002, 284 ss.; R. DWORKIN, *La democrazia possibile*, Milano, 1989, 277 ss.

¹⁵⁴ R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986, 86 ss.; R. Alexy, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, in *Rechtstheorie*, 1987, 56 ss.; R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg-München, 1992, 228 ss.

Nino, le opere dei quali sono a base delle riflessioni teoriche in molti paesi. Il neocostituzionalismo sostiene la tesi della connessione necessaria fra diritto e morale e considera la validità come un concetto che deve tener conto della presenza dei principi e che deve rispettare anche i criteri di valutazione "materiali". Il legalismo concepisce il sistema come composto solo di regole; invece, il neocostituzionalismo considera un sistema in cui sono presenti una pluralità di tipi di norme, che si articolano in regole e principi¹⁵⁵. Sono due concezioni del sistema giuridico e del diritto completamente differenti.

c) Di grande importanza è il contributo di R. Alexy sulla nozione di validità¹⁵⁶, anche per il ruolo centrale che questo tema riveste in tutta la riflessione dei neocostituzionalisti. Alexy analizza la validità giuridica da una prospettiva sociologica, da una etica e da una giuridica. Secondo la prospettiva sociologica, una norma è valida se è osservata oppure se la sua inosservanza viene sanzionata¹⁵⁷; secondo quella etica, una norma è valida se rinviene una giustificazione sul piano morale¹⁵⁸; infine, secondo la prospettiva giuridica, una norma è valida se la

¹⁵⁵ Si deve a R. ALEXY, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, in *Rechtstheorie*, 1987, 406 ss., una rappresentazione sintetica nei seguenti quattro punti dei rapporti fra neocostituzionalismo e legalismo: a) il valore in contrapposizione alla norma, che segna la contrapposizione fra una concezione del diritto che include i valori quali riferimenti delle disposizioni normative e una concezione che lo riduce alle sole norme positive; b) il bilanciamento in contrapposizione alla sussunzione, che conduce alla contrapposizione fra una concezione che conferisce ai giudici la funzione di valutare i casi sottoposti al loro giudizio attraverso un'attività che comprende la ponderazione dei principi o limita la loro funzione ad applicare la legge secondo il così detto sillogismo giudiziario; c) il riferimento alla costituzione in contrapposizione all'autonomia della legge, che limita l'interpretazione dei giudici alle sole norme positive, oppure che consente loro di considerare il diritto come l'insieme di disposizioni che rinviano a presupposti di valori; d) il ruolo dei Tribunali in contrapposizione all'autonomia del legislatore democratico nell'ambito della Costituzione, che conduce all'interpretazione della Costituzione come mera cornice delle leggi quale ordine di valori.

¹⁵⁶ R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg-München, 1992, 137 ss.

¹⁵⁷ R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg-München, 1992, 139 ss.

¹⁵⁸ R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg-München, 1992, 141 ss.

norma è statuita in modo conforme all'ordinamento, "se è stata emanata dall'organo competente nel modo prestabilito e non è in contrasto con il diritto di rango superiore"¹⁵⁹. La relazione fra le tre predette prospettive viene risolta da Alexy sulla base della norma fondamentale. Innanzi tutto, viene evidenziata la relazione intercorrente fra la dimensione sociale e quella giuridica. La validità sociale delle norme viene considerata l'antecedente della loro validità giuridica¹⁶⁰. Nei sistemi giuridici evoluti la validità delle norme si basa sulla Costituzione. L'obbligatorietà del diritto e la validità della Costituzione, anche nel pensiero kelseniano, presuppongono la necessità dell'esistenza di una norma fondamentale, che fonda la validità di tutte le norme di un sistema giuridico al di fuori di se stessa¹⁶¹. Le tesi neocostituzionaliste, risolto il problema della adozione della norma fondamentale, per definire quello della loro obbligatorietà, pongono il problema del contenuto della norma fondamentale, ampliandolo con l'inclusione di contenuti morali e considerando il diritto positivo solo come una parte del diritto.

d) L'importanza delle trasformazioni introdotte dai sistemi costituzionali moderni è presente anche nella teoria discorsiva del diritto di J. Habermas. Secondo la concezione in esame¹⁶² il diritto va inquadrato

¹⁵⁹ R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg-München, 1992, 142 ss.

¹⁶⁰ R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg-München, 1992, 144, afferma "Bedingung der rechtlichen Geltung eines Normensystems ist, daß die zu ihm gehörenden Normen im großen und ganzen sozial wirksam sind, also sozial gelten", richiamando un noto concetto kelseniano espresso, fra l'altro, in H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, 242.

¹⁶¹ Come è noto, l'ipotesi di norma fondamentale è stata messa radicalmente in discussione. H. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 1991 (ma 1961), 291, si prefigge di dimostrare l'inutilità teorica della nozione di norma fondamentale e le difficoltà teoriche connesse alla sua formulazione. H. HART pone al centro della sua riflessione l'idea di norma di riconoscimento, riferita al fatto istituzionale di una costituzione praticata e accettata e conclude sostenendo che non è necessario ipotizzare l'esistenza di una ulteriore norma secondo la quale la costituzione deve essere obbedita. Secondo R. Alexy questa prospettiva non riesce a dimostrare perché una Costituzione accettata sia anche doverosa.

¹⁶² J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2018 (ma 1992), 103.

nella prospettiva teorica dell'agire comunicativo¹⁶³. L'agire comunicativo si basa sull'agire del linguaggio in funzione discorsiva¹⁶⁴. Grazie all'agire comunicativo è possibile l'integrazione sociale, che rappresenta uno dei problemi più caratteristici delle società moderne¹⁶⁵. Secondo J. Habermas il diritto è uno strumento di integrazione sociale¹⁶⁶, con la funzione di stabilizzare le aspettative sociali, che nelle società post tradizionali divengono sempre più instabili ed esposte al rischio di dissenso¹⁶⁷. Centrale nella sua riflessione è la tensione tra fattualità e validità del diritto¹⁶⁸, che rinviene soluzione nel sistema dei diritti e nell'idea di Stato di diritto. Il sistema dei diritti, recepito nelle Costituzioni moderne, conduce a vedere le norme come espressione della dimensione dell'autodeterminazione (diritti individuali e autonomia privata) e come espressione dell'autorealizzazione (potere pubblico, potere amministrativo e sovranità)¹⁶⁹. Per J. Habermas il diritto è una "integrazione della morale intesa a stabilizzare le aspettative comportamentali"¹⁷⁰. J. Habermas sviluppa la tesi secondo la quale "autonomia privata e autonomia pubblica, diritti umani e sovranità popolare, debbano necessariamente presupporre a vicenda"¹⁷¹. La critica che J. Habermas solleva nei confronti del giusrazionalismo è quella di avere ritenuto necessario la conciliazione tra diritti e sovranità popolare, ma di non essere riuscito a trovare una soluzione adeguata¹⁷². La soluzione, secondo J. Habermas, deve essere ravvisata nel

¹⁶³ J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo. I. Razionalità nell'azione e razionalizzazione sociale*, Bologna, 2017 (ma 1981); J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo. II. Critica della ragione funzionalistica*, Bologna, 2017 (ma 1981).

¹⁶⁴ J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., 2018 (ma 1992), 112.

¹⁶⁵ J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., 2018 (ma 1992), 137.

¹⁶⁶ J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., 2018 (ma 1992), 13.

¹⁶⁷ J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., 2018 (ma 1992), 51.

¹⁶⁸ J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., 2018 (ma 1992), 38 ss., 55 ss.

¹⁶⁹ J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., 2018 (ma 1992), 122 ss.

¹⁷⁰ J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., 2018 (ma 1992), 139 ss.

¹⁷¹ J. HABERMAS, *Il nesso interno tra Stato di diritto e democrazia*, in J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, 2013 (ma 1996), 249 ss.

¹⁷² J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., 2018 (ma 1992), 124 ss., 146 ss.

principio democratico, che nello Stato costituzionale di diritto diventa “l’unica fonte post metafisica di legittimità” del diritto e dell’ordinamento giuridico. Il diritto e la sua articolazione, rappresentata dal potere amministrativo, hanno la funzione di realizzare i valori specifici di una determinata comunità. Questo conduce l’autore a sostenere che il diritto ha il compito di realizzare i valori specifici di una determinata comunità e ciò richiede la valutazione dei contenuti morali, di quelli pragmatici e di quelli etici. Il diritto ha alla sua base una esigenza fondativa che rinvia alla dimensione morale. La rilevanza costituzionale dei diritti e gli stessi principi costituzionali, anche nell’ambito di questa riflessione, posseggono un contenuto valoriale non determinabile in termini di certezza.

e) Di grande rilevanza è anche il giuspositivismo critico di L. Ferrajoli.

L. Ferrajoli, autore molto noto fra gli studiosi del diritto penale, sottolinea l’importanza delle trasformazioni introdotte dai sistemi costituzionali moderni. La novità storica, rappresentata dalle Costituzioni del secondo dopoguerra, consiste nell’aver trasformato in norme di legittimazione interna di rilievo costituzionale “gran parte delle fonti di giustificazione esterna relative al ‘quando’ e al ‘come’ dell’esercizio dei pubblici poteri”¹⁷³. La sua indagine è volta a mettere in evidenza i mutamenti che lo Stato costituzionale di diritto ha prodotto rispetto: a) alla natura del diritto, b) alla natura della scienza giuridica, c) alla natura della giurisdizione¹⁷⁴. Il primo profilo investe prevalentemente la teoria della validità, perché la supremazia della Costituzione comporta la sottoposizione delle leggi non solo alle norme formali sulla produzione normativa, ma anche alle norme sostanziali che incidono sul contenuto delle leggi stesse. Ciò comporta la necessità di distinguere una validità formale delle norme, propriamente definita “vigore”, dalla loro validità sostanziale, definita “validità”. La distinzione

¹⁷³ L. FERRAJOLI, *Lo Stato di diritto fra passato e futuro*, in P. COSTA-D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, 349 ss.

¹⁷⁴ L. FERRAJOLI, *Lo Stato di diritto fra passato e futuro*, in P. COSTA-D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, 350.

tra vigore e validità rappresenta uno dei punti centrali della riflessione di L. Ferrajoli, che determina diversi modi di verifica delle norme. La verifica sul vigore delle norme conduce a un giudizio di fatto relativo al rispetto delle forme, delle procedure e della competenza. Invece, la verifica della validità implica “un giudizio di valore sui contenuti sostanziali”¹⁷⁵. Anche per L. Ferrajoli il giudizio valoriale non si traduce mai in una decisione in termini di certezza.

Le riflessioni sui mutamenti della natura del diritto conducono a rilevare che negli Stati costituzionali di diritto muta il rapporto tra il giudice e la legge. Detto rapporto non può essere più visto come “soggezione alla legge qualunque ne sia il contenuto o il significato”, ma si trasforma in “soggezione anzitutto alla Costituzione e quindi alla legge solo se valida costituzionalmente”¹⁷⁶.

Infine, l'affermazione del costituzionalismo produce il mutamento del paradigma epistemologico della scienza giuridica. La scienza giuridica non ha una funzione meramente esplicativa e valutativa, ma critica e progettuale. Il compito del giurista non è quello di sistemare le norme dell'ordinamento, non è meramente conoscitivo, ma è critico e progettuale. L'analisi conduce ad una revisione critica del postulato della valutatività della scienza giuridica. Il giuspositivismo critico di L. Ferrajoli implica una rinuncia all'illusione kelseniana e bobbiana di una teoria pura o formale e dunque valutativa.

La riflessione in esame condurrà l'Autore a formulare una teoria del diritto, costruita con metodo assiomatico, protesa a ridefinire il paradigma teorico e normativo delle odierne democrazie costituzionali e a identificare le garanzie idonee ad assicurare il massimo grado di effettività ai diversi tipi di diritti, contro ogni potere¹⁷⁷.

¹⁷⁵ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 252.

¹⁷⁶ L. FERRAJOLI, *Lo Stato di diritto*, cit., 2002, 355; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Roma-Bari, 1989, 914.

¹⁷⁷ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2012, 846 ss.; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia*, Roma-Bari, 2009, 158 ss., 537 ss. Si vedano, inoltre, L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di Ermanno Vitale, Roma-Bari, 2008, 5 ss. 145 ss.; L. FERRAJOLI, *La democrazia at-*

21. Le direttrici di ricerca del costituzionalismo moderno

Per il profilo che qui interessa, tutte le predette direttrici di ricerca riconoscono, senza ombra di dubbio, che a) i principi costituzionali posseggono una struttura normativa, una natura giuridica e una funzione diversa dai principi giuridici come precedentemente noti alla scienza giuridica; b) i principi costituzionali posseggono una struttura normativa differente dalle regole; c) i principi costituzionali sono suscettibili di una pluralità di interpretazioni.

a) Invero, i principi costituzionali posseggono una struttura normativa, una natura giuridica e una funzione diversa dai principi giuridici come precedentemente noti alla scienza giuridica.

Infatti, la teoria del diritto contemporanea ha evidenziato che esiste una grande differenza fra le regole *iuris* del diritto romano e medioevale, i *principia iuris* del giusnaturalismo moderno e dell'illuminismo giuridico, i principi generali del diritto della dogmatica giuridica e i principi costituzionali dello Stato di diritto moderno¹⁷⁸.

I principi costituzionali sono diversi dai principi generali del diritto da un punto di vista strutturale, da un punto di vista finalistico e da un punto di vista funzionale.

I principi giuridici, propri della tradizione codicistica, quelli, per intenderci, richiamati dall'art. 12, secondo comma, delle preleggi, svolgono una funzione meramente ausiliaria rispetto alle regole¹⁷⁹.

I principi costituzionali non hanno una funzione ausiliare delle norme. Inoltre, a differenza dei principi generali del diritto, non possono essere utilizzati per integrare le norme quando queste ultime non comprendano espressamente il caso in esame. A maggior ragione, si deve escludere che il principio costituzionale possa integrare una fattispecie penale.

traverso i diritti, Roma-Bari, 2013, 50 ss., 141 ss., 181 ss.; L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, conversazione con M. Barberis, Bologna, 2013, 90 ss., 152 ss.

¹⁷⁸ F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, 371.

¹⁷⁹ G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, 2012, 27.

Per quanto concerne la finalità, va evidenziato che i principi costituzionali sono più adatti a proteggere beni essenziali e primari, come quelli che riguardano i diritti; hanno una maggiore capacità di proteggere i diritti, rispetto alle norme che contengono regole generali e astratte.

Alexy, sulla scorta delle riflessioni di Dworkin¹⁸⁰, ha elaborato una delle sistemazioni più organiche dei principi costituzionali¹⁸¹. I principi costituzionali sono stati rapportati ai diritti fondamentali. Le norme costituzionali pongono i diritti fondamentali, che corrispondono ai valori supremi dell'ordinamento. I principi costituzionali rappresentano i valori fondativi ultimi¹⁸², i valori direttivi dell'ordinamento giuridico, contenuti nella Costituzione¹⁸³. Per tale ragione i principi costituzionali occupano un ruolo apicale, anzi supremo, nella scala gerarchica normativa e posseggono una diretta dimensione normativa¹⁸⁴.

I diritti fondamentali posseggono un valore fondativo ultimo.

b) I principi costituzionali posseggono una struttura normativa differente dalle regole.

Nella struttura normativa della regola è presente la delimitazione del suo ambito di applicazione. Invece, nella struttura normativa del principio costituzionale è normalmente assente la delimitazione del suo ambito di applicazione, perché esso ha una valenza universale e trova applicazione nella universalità dei casi. Tali affermazioni meriterebbero più approfondita riflessione che in questa sede non è possibile svolgere. Tuttavia, al fine di chiarire il concetto è sufficiente procedere con un esempio. Si può prendere in considerazione la buona

¹⁸⁰ Sul ruolo e sulla classificazione dei principi nella riflessione di R. Dworkin, si veda A. FERRARA, *Giustizia e giudizio*, Roma-Bari, 2000, 110 ss.

¹⁸¹ R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986, 75 ss.

¹⁸² La configurazione dei principi quali valori fondativi ultimi è uno dei pilastri della teoria di Dworkin. Si veda R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, Milano, 1989 (ma 1986).

¹⁸³ L'aspetto fondativo dei principi costituzionali e il loro valore supremo sono sottolineati da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1999, 148.

¹⁸⁴ F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, 378 ss.

fede ed esaminare i casi in cui essa si presenta sotto forma di regola ed i casi in cui assume la veste di principio costituzionale.

Un campo elettivo della formulazione della buona fede, sotto veste di regola, è quello dei contratti. Gli articoli del codice civile che stabiliscono l'obbligo della buona fede, sotto forma di regola, sono numerosi. Fra questi si consideri l'art. 1337 c.c., secondo il quale "Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede"; oppure l'art. 1366 c.c., secondo il quale "Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede"; o, infine, l'art. 1375 c.c., secondo il quale "Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede". Nel codice civile vi sono altre numerose norme che sanciscono l'obbligo della buona fede. Enumerarle tutte sarebbe un fuor d'opera. In questa sede è sufficiente evidenziare che nelle tre ipotesi prese in considerazione c'è sempre la delineazione, da parte del legislatore, dell'ambito di applicazione della regola dell'obbligo della buona fede. Nell'art. 1337 c.c., si fa riferimento allo svolgimento delle trattative e alla conclusione del contratto; nell'art. 1366 c.c., si fa riferimento alla interpretazione del contratto e, infine, nell'art. 1375 c.c., alla esecuzione del contratto. Ai fini che qui interessano è superfluo indicare altri elementi che connotano le fattispecie per le quali vige la regola della buona fede.

Si consideri, ora, la buona fede nell'art. 97 Cost. L'art. 97, secondo comma, stabilisce "I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizione di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione". La norma presenta una riserva relativa di legge e impone alla legge il compito di assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. L'art. 97, secondo comma, non definisce il destinatario dei doveri, non precisa se la norma si riferisca solo all'organizzazione o anche all'attività, non indica cosa si intenda per buon andamento e cosa si intenda per imparzialità, né quali siano gli effetti derivanti dalla loro applicazione.

In diverse sentenze della Cassazione si afferma che i principi costituzionali sopra indicati esplicano efficacia precettiva quando da essi si può desumere una regola puntuale e precisa.

È del tutto evidente che un principio costituzionale possa essere trasformato in regola, vale a dire in un precetto normativo, ma per fare

questo è necessario integrare la disposizione che prevede il principio quanto meno con l'indicazione dei soggetti e della fattispecie alla quale esso deve trovare applicazione.

Questa opera di specificazione può essere condotta dal legislatore, può essere svolta in sede normativa anche di rango inferiore, ma non può essere compiuta in sede interpretativa e, per di più, in sede di applicazione della norma penale. Vi ostano i principi che vigono per il diritto penale più volte richiamati in questa sede.

c) I principi costituzionali sono suscettibili di una pluralità di interpretazioni.

Le Costituzioni contemporanee sono connotate da un pluralismo assiologico; esse racchiudono diverse ideologie politiche, ossia differenti sistemi di valori. È un dato generalmente riconosciuto che le costituzioni moderne, fra le quali anche quella italiana, contengono principi etico-politici che esprimono prospettive e valori diversi¹⁸⁵.

Gli stessi principi fondamentali presenti nella Costituzione, come il principio di uguaglianza, il principio di proprietà, ecc., possono essere interpretati diversamente in dipendenza dei differenti sistemi valoriali racchiusi nelle diverse ideologie politiche¹⁸⁶. Si è affermato che i parametri di validità delle norme costituzionali che includono principi consistono in valori che non conducono mai a decisioni in termini di certezza¹⁸⁷.

Pertanto, i principi costituzionali sono suscettibili di giudizi valoriali che conducono a interpretazioni differenti, dipendenti dal diverso ambito ideologico prescelto¹⁸⁸.

¹⁸⁵ G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, 2012, 16.

¹⁸⁶ G. GOZZI, *Storia e prospettive del costituzionalismo*, in G. BONGIOVANNI (a cura di), *La filosofia del diritto e i problemi del liberalismo contemporaneo*, Bologna, 1998, 25.

¹⁸⁷ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Roma-Bari, 1989, 917.

¹⁸⁸ G. ZAGREBELSKY, *Stato e costituzione*, in G. ZAGREBELSKY-P.P. PORTINARO-J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996, 78; B. CELANO, *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 4, 2004, 122; G. BUONGIOVANNI, *Costituzio-*

I principi sono suscettibili di una pluralità di declinazioni perché la loro ermeneutica è condizionata dalle diverse opzioni ideologiche, tutte presenti nella stessa Costituzione per il suo pluralismo.

Uno dei pregi dei nostri sistemi costituzionali è da individuare nella loro capacità inclusiva di valori.

Di recente la dottrina penalista si è espressa sul punto in maniera inequivocabile, affermando che i principi costituzionali sono inconciliabili con la “logica del tutto o niente” e risultano suscettibili di “infinite possibilità di perfezionamento, essendo plausibile e spesso auspicabile che, grazie all’evolversi della coscienza giuridica complessiva, si assista alla promozione di un dato principio da argomentativo/di indirizzo politico/informatore a più vincolante statuto di principio assiomatico o deduttivo”¹⁸⁹.

22. La digressione sul costituzionalismo moderno

La digressione sul costituzionalismo moderno – che in questo lavoro potrebbe apparire eccessiva, mentre in assoluto di certo non lo è – va ascritta all’esigenza di rappresentare, anche se in estrema sintesi, la vastità della riflessione condotta dalla dottrina sul tema. La sua importanza è conclamata anche dal fatto che essa costituisce, già nei primi anni, oggetto di studio nel percorso formativo per conseguire la laurea in giurisprudenza.

La configurazione del reato di abuso di ufficio in presenza della violazione di un principio costituzionale desta molte perplessità, perché induce fondatamente a ritenere che chi sostenga una tale tesi abbia obliterato uno degli insegnamenti fondamentali ricevuti sin dai primi anni di università.

I principi costituzionali non possono essere assunti a base della fat-

nalismo e teoria del diritto, Roma-Bari, 2012, 16.

¹⁸⁹ M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 25 ss.; S. BONINI, *L’elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Napoli, 2016, 209.

tispecie penale perché la loro struttura normativa non consente di poterli utilizzare per ricostruire una fattispecie tipica e tassativa.

I principi costituzionali non si prestano alla deduzione di una fattispecie “in termini di certezza” adeguata alla tassatività.

In base a essi, sono possibili differenti ricostruzioni della fattispecie penale, che mal si conciliano con la necessaria prevedibilità della fattispecie penale e, in generale, di quella sanzionatoria¹⁹⁰.

23. La violazione dei principi generali posti dalla legge e dei principi generali dell'ordinamento giuridico

Il discorso sui principi giuridici va completato esaminando le ipotesi di violazione di principi generali posti espressamente dalla legge e dei principi generali desunti implicitamente dall'ordinamento giuridico o da un complesso normativo omogeneo. I principi generali desunti implicitamente dall'ordinamento giuridico o da un complesso normativo omogeneo possono essere trattati insieme perché, per quanto interessa in questa sede, presentano caratteri omogenei quanto meno limitatamente al fatto di essere desunti implicitamente da un insieme di norme, sia dall'ordinamento giuridico nel suo complesso, che da un complesso omogeneo di norme.

I principi generali dell'ordinamento giuridico intervengono, come è noto, per integrare una lacuna normativa. Pochi avrebbero l'ardire di sostenere che nel diritto penale sia ammissibile una applicazione analogica in *malam partem*¹⁹¹.

¹⁹⁰ S. DE FELICE, *Performance della pubblica amministrazione e possibili riforme dei reati della pubblica amministrazione*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 9, mette in evidenza il monito che proviene dalla CEDU di assicurare, soprattutto per il diritto penale, l'esigenza di certezza del diritto, affinché i cittadini possano conoscere e prevedere con certezza le conseguenze della loro condotta.

¹⁹¹ M. DONINI, *Fattispecie o case law? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Quest. giust.*, 2018, 101,

Questo preclude, in maniera inesorabile, che la norma penale sull'abuso di ufficio possa essere integrata, in via di applicazione analogica, da un principio generale dell'ordinamento giuridico, con conseguenze in *malam partem*.

Inoltre, la dottrina ha indicato nel principio di tipicità¹⁹² – analogamente a quanto fatto per perimetrare altre norme penali¹⁹³ – un ulteriore, decisivo e insormontabile ostacolo a integrare l'art. 323 c.p. con la violazione di principi, perché diversamente si trasformerebbe la fattispecie a forma vincolata in fattispecie a forma libera¹⁹⁴.

24. La proposta di utilizzare la locuzione “violazioni di formali norme di legge”

Nell'ambito della riflessione sull'abuso di ufficio, è stata prospettata l'idea di ricorrere alla locuzione “violazione di formali norme di legge” per risolvere i problemi interpretativi sollevati dalla applicazione giurisprudenziale della norma. La tesi, pure esito di una pregevole riflessione, non può essere condivisa¹⁹⁵.

Innanzitutto, si deve osservare che la qualificazione di una legge

ha chiarito che non è possibile colmare in via analogica lacune nel settore dei delitti e delle pene, se non in *bonam partem*.

¹⁹² Sul principio di tipicità G. VASSALLI, *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XLIV, 1992, 535 ss.; R. ALAGNA, *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007, 289 ss.; CARUSO, *La discrezionalità penale tra tipicità classificatoria e tipologia ordinale*, Milano, 2009, 77 ss., 114 ss.

¹⁹³ F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, solidarietà, libertà e responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 337 ss., sul ruolo dei principi costituzionali a perimetrare la portata normativa di norme come quella posta dall'art. 40, secondo comma, c.p.. Si veda A. MANNA, *Corso di diritto penale*, Padova, 2017, 505 ss., sul ruolo dei principi costituzionali e, in particolare, dell'art. 27 Cost. a determinare la portata normativa dell'art. 110 c.p. sul concorso di persone.

¹⁹⁴ G. SALCUNI, *La “disciplina altrove”*, cit., 2019, 148 ss.

¹⁹⁵ Rilievi critici alla proposta sono state formulate anche da G. SALCUNI, *La “disciplina altrove”*, cit., 2019, 161, nt. 71.

con l'aggettivo "formale" non assolve ad alcuna funzione selettiva. Come è noto, non esistono leggi formali e leggi informali. Le leggi che vengono in considerazione in questa sede sono solo quelle emanate, ai sensi dell'art. 70 ss. Cost., dalle Camere del Parlamento, e ai sensi dell'art. 117 ss. Cost., dalle Regioni e dalle Province di Trento e Bolzano.

Al di fuori di tali ipotesi non vi è legge, né vi è violazione di legge.

Nella teoria del diritto, come si vedrà più oltre, si distingue fra "disposizioni" e "norme", ma non fra "legge formale" e "legge non formale".

Inoltre, l'aggettivo formale non vale a identificare una specifica categoria di leggi rispetto alle altre. Non vale neppure a distinguere la legge giuridica dalle leggi morali, dalle leggi della chimica, dalle leggi della matematica, dalle leggi della fisica e via di seguito. Anche queste ultime, ove siano formulate per iscritto, ben possono essere definite leggi formali. Insomma, è una aggettivazione che non serve a nulla.

In particolare, non consente di risolvere il problema della configurabilità del reato di abuso di ufficio in presenza della violazione di un principio enunciato in Costituzione, né quello di una violazione mediata e indiretta della legge.

25. La proposta di introdurre la causa di giustificazione del rispetto delle linee guida

Un orientamento dottrinale, al fine di rinvenire una soluzione idonea a contrastare le interpretazioni estensive del reato di abuso di ufficio, all'esito di una impegnativa ricerca, ha proposto di ricorrere a linee guida, la cui osservanza da parte del pubblico dipendente vale ad escludere la punibilità¹⁹⁶.

¹⁹⁶ A.R. CASTALDO, *Prefazione*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, XVI; M. NADDEO, *Abuso d'ufficio: tipicità umbratile o legalità crepuscolare del diritto vivente? Dogmatica di categorie e struttura del tipo nella prospettiva de*

La valutazione della proposta implica la necessità di affrontare una pluralità di non facili problemi¹⁹⁷. Innanzitutto, è necessario delimitare il possibile oggetto delle linee; in secondo luogo, è necessario ipotizzare ed elaborare delle linee guida; inoltre, è indispensabile determinare il soggetto al quale devolvere il potere di dettare le linee guida; poi, è imprescindibile individuare gli effetti prodotti dal rispetto delle linee guida e, infine, è inevitabile puntualizzare la funzione scriminante.

La pluralità e la complessità dei predetti problemi inducono a ritenere che la proposta di riforma in esame abbia omissso di considerare la diversità che ricorre fra l'introduzione dei protocolli o di linee guida in materia sanitaria e l'introduzione di linee guida nell'ambito dell'esercizio dell'attività amministrativa.

In particolare, per quanto concerne il contenuto delle linee guida, si ha l'impressione che non si sia considerato adeguatamente che l'esercizio del potere amministrativo è completamente oggetto di una disciplina dettagliata e minuziosa che ne regola ogni elemento. La disciplina in parola ha natura legislativa, come per esempio quella dettata dalla legge generale sul procedimento o dalle leggi specifiche su singoli procedimenti espropriativi, urbanistici, concorsuali; è oggetto di una disciplina regolamentare; è contemplata in circolari, direttive, ordini, atti amministrativi generali, in atti di autovincolo emanati dalla stessa amministrazione. Insomma, uno dei problemi che affliggono l'esercizio dell'azione amministrativa è rappresentato proprio dal concorrere di un eccesso di norme, nell'ambito del quale è estremamente difficile districarsi. A detto mastodontico complesso normativo, la proposta in esame ritiene di poter aggiungere anche una ulteriore disciplina rappresentata dalle linee guida. Quali ulteriori disposizioni possano essere introdotte, per sottrarre il pubblico dipendente a responsabilità pe-

lege ferenda, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 40 ss.

¹⁹⁷ Sui problemi che derivano dall'introduzione delle linee guida in funzione di causa di giustificazione si veda F. PINELLI, *Riflessioni sul reato dell'abuso d'ufficio*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 126 ss.

nale e rendere la sua azione più efficace, è davvero difficile immaginare. La proposta in questione, già a un sommario esame, desta perplessità.

Per quanto concerne l'oggetto dell'attività amministrativa disciplinata anche dalle linee guida, va rilevato che si renderebbe necessario distinguere fra l'attività vincolata e l'attività discrezionale della pubblica amministrazione. In caso di attività amministrativa vincolata, il contenuto della determinazione che l'amministrazione deve adottare è già previsto dal legislatore. Nella generalità dei casi, l'amministrazione non può determinarsi diversamente. Pertanto, in caso di attività amministrativa vincolata diventa difficile, se non impossibile, individuare il campo di azione di possibili linee guida. Invece, in presenza di una attività amministrativa discrezionale diventa complesso trovare il possibile oggetto di una disciplina ulteriore, introdotta sotto forma di linee guida. Qualora si voglia devolvere alle linee guida il compito di introdurre ulteriori norme sulle modalità di svolgimento della relativa azione, vale a dire norme di ordine procedimentale o formale, sarà difficile individuare disposizioni con una portata normativa più tranquillizzante di quanto non faccia già il legislatore con la legge generale sul procedimento amministrativo, la quale, com'è noto, disciplina l'avvio del procedimento, le forme di contraddittorio, le modalità di partecipazione degli interessati, i tempi di svolgimento dell'azione amministrativa, la rilevanza degli atti consultivi sulla decisione da adottare e via di seguito. Ancora più complessa è l'elaborazione di linee guida in ordine al contenuto della determinazione che l'amministrazione dovrà adottare.

Alle difficoltà sino a ora rappresentate si aggiunge il problema della determinazione del soggetto che deve adottare le linee guida. Se le linee guida vengono adottate da un soggetto giuridico estraneo all'amministrazione, avendo l'effetto di guidarne l'azione, si porrà un problema di invasione dell'autonomia dell'amministrazione. Qualora, invece, sia la stessa amministrazione ad auto disciplinare la propria azione, si potrà verificare un'attenuazione della funzione scriminante, derivante dal fatto che lo stesso pubblico ufficiale possa essere stato coinvolto nella formulazione delle linee guida.

Per quanto concerne gli effetti delle linee guida, non può sfuggire che la configurazione in concreto del reato di abuso di ufficio si basa

sulla interpretazione delle norme vigenti e che spesso il giudice penale offre una interpretazione differente da quella formulata dalla stessa amministrazione e confermata dal giudice amministrativo. Le linee guida offriranno ulteriori elementi per formulare fantasiose ipotesi interpretative delle norme amministrative vigenti. Il rischio al quale si espone la proposta in esame è quello di produrre un effetto contrario a quello perseguito: invece di neutralizzare l'azione penale, si forniranno ulteriori elementi per incrementare le contestazioni. Le linee guida, a loro volta, diverranno, per il giudice penale, terreno fertile per coltivare ulteriori vizi di legittimità dell'azione amministrativa. Serviranno a incrementare le ipotesi di reato, non certo a ridurle.

Senza con ciò accennare minimamente al problema se le linee guida svolgano una funzione idonea a incidere sulla tipicità del fatto oppure una funzione limitata al profilo soggettivo.

26. La proposta di introdurre cause di giustificazione di natura procedurale

Una interessante prospettiva, peraltro da tempo coltivata dal suo autore¹⁹⁸, suggerisce di utilizzare le cause di giustificazione di natura procedurale con funzione selettiva della condotta e delle patologie idonee a integrare il reato di abuso di ufficio¹⁹⁹. In tale direzione, viene indicato l'istituto del dialogo competitivo come esempio della proposta in esame. Secondo la predetta tesi, nel dialogo competitivo si instaura “un colloquio collaborativo-discorsivo tra la pubblica amministrazione e gli operatori di mercato”²⁰⁰, al fine di valorizzare l'apporto

¹⁹⁸ A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2018, 247 ss.

¹⁹⁹ A. SESSA, *Spazio libero dall'illecito ed efficienza dell'azione amministrativa pubblica: le ragioni della politica criminale*, dal dattiloscritto cortesemente messo a disposizione dal suo autore, 1 ss.

²⁰⁰ A. SESSA, *Spazio libero dall'illecito ed efficienza dell'azione amministrativa pubblica: le ragioni della politica criminale*, datt. 12.

dei concorrenti nella puntualizzazione di aspetti di natura tecnica. Una simile condotta, se non avesse la copertura legislativa, integrerebbe il reato di turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.). La disciplina procedimentale introdotta dal legislatore per il dialogo competitivo esclude la configurabilità del reato sulla scorta di “una giustificazione procedurale da prognosi privilegiata statale”²⁰¹. La disciplina del dialogo competitivo circoscrive “uno spazio di diritto libero, *rectius* uno spazio libero dall’illecito”²⁰².

La soluzione proposta è di grande interesse, ma è destinata ad avere una funzione ancillare, perché non è facile giungere a una copertura integrale dell’azione amministrativa con cause di giustificazione di natura procedurale. Inoltre, la soluzione proposta non costituisce un baluardo sicuro idoneo a resistere alle tendenze invasive del sindacato del giudice penale, il quale avrà agio di estendersi investendo direttamente le cause di giustificazione procedurali.

27. Considerazioni di sintesi

La riforma del reato di abuso di ufficio, introdotta con la l. n. 120/2020, non offre una soluzione sicura ai problemi derivanti da interpretazioni estensive della fattispecie penale astratta. La formulazione della norma introduce degli elementi con funzione selettiva idonei a delimitare con chiarezza il territorio precluso alle indebite ingerenze, ma la norma omette di proteggere i confini del territorio così delimitato, in maniera adeguata a evitare l’invasione di un sindacato penale, proclive a prospettare letture ermeneutiche ampliative della norma. In altri termini, il legislatore ha ommesso di ergere solide e robuste mura, tali da rendere invalicabili i confini del territorio devoluto alla pubblica amministrazione e in maniera tale da delineare una fattispecie ispi-

²⁰¹ A. SESSA, *Spazio libero dall’illecito ed efficienza dell’azione amministrativa pubblica: le ragioni della politica criminale*, datt. 16.

²⁰² A. SESSA, *Spazio libero dall’illecito ed efficienza dell’azione amministrativa pubblica: le ragioni della politica criminale*, datt. 17.

rata ai principi di tassatività, di determinatezza e di prevedibilità.

La critica va rivolta alla tecnica normativa utilizzata. La criticità della riforma risiede nell'aver conferito una funzione selettiva alla qualificazione giuridica dell'attività amministrativa.

La distinzione dell'attività amministrativa in attività discrezionale e in attività vincolata è frutto di una conoscenza datata del diritto amministrativo, che individua quali uniche strategie legislative di configurazione del potere amministrativo quelle che connotano l'attività come attività vincolata e quelle che, invece, la configurano come attività discrezionale.

Rimangono estranee alla previsione legislativa tutte le altre strategie legislative di configurazione del potere amministrativo. In particolare, rimangono estranee le strategie legislative di configurazione del potere amministrativo come attività interpretativa, le strategie legislative di configurazione del potere amministrativo come attività integrativa di principi costituzionali e principi generali dell'ordinamento giuridico, di concetti giuridici indeterminati e di clausole generali, nonché le strategie legislative di configurazione del potere amministrativo come attività di discrezionalità tecnica.

Inoltre, la tecnica normativa utilizzata non consente di risolvere tutti i problemi che derivano dalla tendenza invasiva del sindacato del giudice penale. In particolare, non consentono di escludere il reato in presenza di una violazione di un regolamento, in presenza di una violazione indiretta di "specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità", in presenza di violazione di principi costituzionali, di principi giuridici o in presenza di violazione piani urbanistici generali.

La soluzione al problema deve essere individuata mutando completamente la prospettiva. La funzione selettiva non deve essere conferita all'attività amministrativa, distinguendola a seconda delle diverse qualificazioni giuridiche. La funzione selettiva deve essere attribuita alle patologie dell'azione amministrativa. Nella prima ipotesi ci si inserisce in un ginepraio inestricabile, costituito dalla difficile distinzione fra attività vincolata, attività discrezionale, attività interpretativa, attività integrativa di principi costituzionali e principi generali dell'ordi-

namento giuridico, di concetti giuridici indeterminati e di clausole generali, di attività di discrezionalità tecnica. Nella seconda ipotesi, invece, si utilizzano istituti giuridici che rinvengono una compiuta disciplina nella legge generale sul procedimento amministrativo e, in particolare, negli artt. 21-*septies* e 21-*octies* della l. n. 241/1990 e nella attenta elaborazione compiuta dal giudice amministrativo.

Tuttavia, anche la seconda tecnica di redazione della legge non è da sola sufficiente a risolvere i problemi di indeterminatezza della norma sull'abuso di ufficio.

A tal fine è necessario che il legislatore precisi con formule tecniche ineccepibili quali violazioni non integrano il reato di abuso di ufficio.

La norma sull'abuso di ufficio dovrà essere integrata dalla seguente locuzione: "Non integrano il reato di abuso di ufficio la violazione di un regolamento, la violazione mediata o indiretta di specifiche regole di condotta, espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge, la violazione di principi costituzionali e di principi giuridici e la violazione di piani urbanistici generali o di piani paesaggistici".

Capitolo Terzo

La condotta del reato di abuso di ufficio: la natura della violazione

SOMMARIO: 1. Le patologie della funzione amministrativa. – 2. Le diverse tipologie di nullità. – 3. La nullità per mancanza degli elementi essenziali. – 4. La nullità per difetto assoluto di attribuzione. – 5. La nullità per violazione o elusione del giudicato. – 6. La nullità prevista espressamente dalla legge. – 7. L' idoneità delle illegittimità a integrare il reato di abuso di ufficio. – 8. Le ragioni teoriche ostative alla configurazione dell'abuso di ufficio in presenza di ogni illegittimità amministrativa. – 9. La violazione di legge. – 10. La violazione di norme di natura procedimentale. – 11. L' incompetenza. – 12. La configurazione del reato di abuso d'ufficio in presenza del vizio di eccesso di potere nel codice rocco e nella riforma del 1990. – 13. L' eccesso di potere e la riforma del reato di abuso di cui alla l. n. 234/1997. – 14. Gli argomenti adottati dalla dottrina che ha configurato l'abuso di ufficio anche in presenza dell' eccesso di potere. – 15. La dottrina che esclude l' ammissibilità dell'abuso di ufficio in presenza di un eccesso di potere. – 16. L' orientamento giurisprudenziale che configura l'abuso solo in presenza di uno sviamento. – 17. La scelta legislativa del 2020 e la sua vulnerabilità. – 18. Il vizio di eccesso di potere. – 19. Rilievi critici alla tesi che rileva un abuso di ufficio in presenza di un eccesso di potere. – 20. Le ragioni che escludono l' eccesso di potere dal novero delle violazioni idonee a integrare l'abuso di ufficio. – 21. Come configurare la norma per escludere l' eccesso di potere.

1. Le patologie della funzione amministrativa

L'indagine deve proseguire affrontando il secondo profilo in precedenza richiamato, mediante l'analisi delle patologie dell'azione amministrativa che sono idonee a integrare il reato di abuso di ufficio.

Rispetto agli orientamenti tradizionali, maturati in vigenza della

versione del reato di abuso di ufficio introdotta dalla l. n. 234/1997, vanno segnalate due importanti novità, rappresentate, la prima, dalla emanazione della l. n. 15/2005, del d.lgs. n. 104/2010, della l. n. 164/2014 e della l. n. 124/2015, e la seconda dalla riforma del reato di abuso di ufficio con il d.l. n. 76/2020, convertito con l. n. 120/2020.

Il primo gruppo di innovazioni legislative rilevano, in questa sede, per le modifiche della l. n. 241/1990, derivanti dalla introduzione del capo IV-*bis*, intitolato “Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso”, e dalla successiva rimodulazione dei suoi articoli, che hanno condotto a configurare le seguenti categorie patologiche del provvedimento amministrativo: nullità, illegittimità per violazione di legge, illegittimità per violazioni formali e procedurali, illegittimità per incompetenza e illegittimità per eccesso di potere. Rispetto a tutte siffatte categorie occorre verificare la configurabilità del reato di abuso di ufficio, alla luce del nuovo impianto normativo. Per quanto concerne, invece, le illegittimità non invalidanti è sufficiente effettuare un breve riferimento.

La seconda novità, come è intuibile, è rappresentata dalla riforma del reato di abuso di ufficio introdotta dal d.l. n. 76/2020, convertito con l. n. 120/2020.

Appare opportuno premettere che la norma introdotta con la riforma del 2020 ha una formulazione chiara, che non dovrebbe dare ingresso a letture ampliative. Tuttavia, essa presenta il grave difetto di non sottrarre all'interprete, proclive a sostituire la propria volontà a quella del legislatore, la possibilità di letture ermeneutiche volte a dilatare la fattispecie penale. Pertanto, anche rispetto alla nuova formulazione del reato di abuso di ufficio si ripropongono problematiche analoghe a quelle affrontate in vigenza della versione introdotta nel 1997.

Appare opportuno esaminare prima la categoria della nullità e poi quella della illegittimità e, solo alla fine della predetta disamina, accennare alle illegittimità non invalidanti.

2. Le diverse tipologie di nullità

L'art. 21-*septies* della l. n. 15/2005 ha disciplinato la figura della nullità del provvedimento amministrativo, stabilendo che “è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge”. Occorre soffermarsi su tutte le predette categorie, per verificare se un provvedimento affetto da una di dette nullità, è idoneo a integrare il reato di abuso di ufficio.

3. La nullità per mancanza degli elementi essenziali

La prima tipologia di nullità è quella che ricorre quando il provvedimento manca degli elementi essenziali¹.

La determinazione della prima categoria di nullità del provvedimento amministrativo è problematica perché il legislatore non solo non ha definito la nozione di provvedimento², ma non ha neppure precisato quali siano i suoi elementi essenziali. La dottrina e la giurisprudenza, in assenza di un preciso parametro normativo, hanno prospettato diverse soluzioni. Il profilo più complicato è quello rappresentato dalla individuazione degli elementi essenziali del provvedimento amministrativo.

¹ Numerosi autori hanno qualificato nullo il provvedimento privo di uno degli elementi essenziali. In tal senso, F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Parte generale, Padova, 1987, 110 ss.

² Come diversamente è avvenuto in Germania con il § 35 della VwVfG, che ha codificato la nozione di provvedimento. Sul tema si vedano, C.H. ULE-H.W. LAUBINGER, *Verwaltungsverfahrenrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1979, 232 ss.; P. STELKENS, *Verwaltungsakt*, in P. STELKENS-H.J. BONK-K. LEONHARDT, (a cura di), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, München, 1983, 343 ss.; C. BUMKE, *Verwaltungsakte*, in W. HOFFMANN RIEM-E. SCHMIDT ABMANN-A. VOBKUHLE (a cura di), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, München, 2012, 1142 ss.; F. KOPP-U. RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, München, 2012, 633 ss.

Sulla scorta delle considerazioni, sviluppate in un altro lavoro³, che in questa sede non è possibile riproporre, se non operando una invasiva digressione, deve affermarsi che gli elementi essenziali del provvedimento, nel nostro ordinamento, sono la causa, il contenuto e la forma⁴.

Invero, il provvedimento privo di causa è nullo. Infatti, la causa, intesa come la corrispondenza di un tipo di atto a un tipo di effetto, qualificato da una norma, o meglio intesa come l'idoneità dell'atto a produrre i suoi effetti, è un elemento essenziale del provvedimento⁵. La causa è il provvedimento in sé, è la sua conformità a una norma, che lo rende idoneo a produrre i suoi effetti⁶. In mancanza di ciò, il provvedimento non esplica effetti ed è nullo⁷.

Anche il provvedimento privo di contenuto è nullo⁸. Sulla scorta dell'indagine volta a individuare gli elementi essenziali del provvedimento⁹, si è sostenuto che "atto è qualunque causa di un effetto", perché l'atto è un comportamento causa di un qualunque effetto¹⁰ e causa è equivalente a quello di effetto¹¹. L'effetto è la conseguenza dell'atto ed esso esiste unitamente all'atto, non quale conseguenza

³ S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 186 ss., 388 ss.

⁴ Sugli elementi essenziali del provvedimento, seppur con una prospettiva diversa da quella accolta in questa sede, si vedano R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 2017, 221 ss., al quale si rinvia anche per indicazioni bibliografiche.

⁵ L. FERRAIOLI, *Principia iuris. I. Teoria del diritto*, cit., 2012, 266 ss.

⁶ S. PERONGINI, *Profili strutturali o statici del provvedimento amministrativo*, in S. COGNETTI-A. CONTIERI-S. LICCIARDELLO-F. MANGANARO-S. PERONGINI-F. SAITTA (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 363.

⁷ Sulla causa del provvedimento amministrativo si vedano R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 2017, 249 ss., i quali, sulla scorta di una configurazione della causa diversa da quella accolta in questa sede, dubitano della sua configurabilità in diritto amministrativo.

⁸ S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica*, cit., 2016, 212 ss.

⁹ S. PERONGINI, *Profili strutturali*, cit., 2014, 371.

¹⁰ L. FERRAIOLI, *Principia iuris. I. Teoria del diritto*, cit., 2012, 269 ss.

¹¹ L. FERRAIOLI, *Principia iuris. I. Teoria del diritto*, cit., 2012, 271 ss.

empirica, bensì quale sua conseguenza giuridica¹².

Il contenuto dell'atto rappresenta la modificazione che i suoi effetti producono sulle situazioni giuridiche altrui. In altri termini il contenuto del provvedimento è rappresentato dalla sua determinazione precettiva, quella che delinea il mutamento giuridico destinato a essere prodotto nella sfera giuridica del destinatario¹³. La regolazione giuridica del singolo caso, vale a dire la determinazione precettiva¹⁴, costituisce l'elemento essenziale del provvedimento amministrativo¹⁵. Il provvedimento senza precetto non può produrre effetti, difetta di un elemento essenziale e, pertanto, è nullo¹⁶.

Per quanto concerne la forma, va osservato che il provvedimento non emanato per atto scritto, su formato cartaceo o su supporto elettronico, è nullo¹⁷. Si sostiene, anche, che "l'esternazione è indefettibile per l'esistenza del provvedimento amministrativo"¹⁸. Appare opportuno precisare in questa sede che non ogni vizio formale è causa di nullità. La nullità sussiste quando il provvedimento è privo di forma. Per esempio, un decreto di esproprio emesso oralmente. La patologia in esame ricorre non solo quando la norma impone che l'atto assuma una forma particolare, ma anche quando, pur in assenza di una espressa disposizione, si è in presenza di una così radicale deviazione dal parametro normativo relativo alla forma da non poter ravvisare un provvedimento espresso, come nell'esempio sopra prospettato.

Ogni altra deviazione dal modello formale delineato dal legislatore

¹² L. FERRAIOLI, *Principia iuris. I. Teoria del diritto*, cit., 2012, 272 ss.

¹³ S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica*, cit., 2016, 213.

¹⁴ In tal senso, H.P. BULL, *Allgemeines Verwaltungsrecht. Ein Lehrbuch*, Königstein, 1982, § 10, 220 ss.; ID., *Allgemeines Verwaltungsrecht. Ein Lehrbuch*, Heidelberg, 2000, 45, 513; H.J. WOLF-O. BACHOF-R. STÖBER, *Verwaltungsrecht*, I, München, 2007, § 45, 1; D. DE PETRIS, *L'atto amministrativo autoritativo nell'esperienza tedesca*, in *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Atti convegno annuale A.I.P.D.A., 30.9 – 1.10.2011, Napoli, 2012, 307.

¹⁵ S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica*, cit., 2016, 213.

¹⁶ R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 2017, 236.

¹⁷ S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica*, cit., 2016, 215 ss.

¹⁸ R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 2017, 256.

non integra alcuna nullità. Le difformità formali di minore entità determineranno l'annullabilità del provvedimento o, nelle ipotesi contemplate dall'art. 21-*octies*, una mera illegittimità non invalidante.

In definitiva, sono nulli il provvedimento senza causa, il provvedimento senza contenuto e il provvedimento privo della forma scritta o di altra forma prevista dal legislatore.

4. La nullità per difetto assoluto di attribuzione

Il provvedimento amministrativo è nullo anche quando è viziato da difetto assoluto di attribuzione¹⁹.

Il difetto assoluto di attribuzione ricorre in due ipotesi. Innanzi tutto, si ha difetto assoluto di attribuzione quando l'amministrazione esercita un potere di cui nessuna altra amministrazione è titolare, o perché si tratta di un potere inesistente in generale, oppure perché si tratta di un potere legislativo o giurisdizionale. In secondo luogo, il difetto assoluto di attribuzione sussiste quando un'amministrazione esercita un potere conferito dal legislatore ad altro plesso organizzativo o, secondo una diffusa terminologia, ad altra branca organizzativa.

La definizione è chiara e consente di abbracciare una serie di ipotesi specifiche, non suscettibili di equivoco alcuno, anche se permangono casi di difficile collocazione.

Per esempio, la tendenza a sovrapporre il difetto assoluto di attribuzione alla carenza di potere non può essere condivisa. Le due figure non combaciano perfettamente²⁰. Invero, mentre la figura dell'atto

¹⁹ Sul tema, cfr. G. CORSO, *Manuale*, cit., 2008, 338; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013, 610; M. CLARICH, *Manuale*, cit., 2013, 201 ss., 215; M. D'ORSOGNA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, 328 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 390 ss.

²⁰ Come è noto, la giurisprudenza (Cass., sez. un., 4.7.1949, n. 1657, in *Foro it.*, 1949, I, 926) elaborò un ulteriore criterio di riparto della giurisdizione fondato sulla distinzione fra carenza di potere e cattivo o scorretto esercizio del potere. Secondo tale criterio si ha carenza di potere quando si contesta l'inesistenza del potere eserci-

amministrativo nullo per difetto assoluto di attribuzione è un istituto di diritto sostanziale, la distinzione fra carenza di potere e cattivo o scorretto esercizio del potere è stata elaborata per risolvere un problema di natura processuale²¹. Inoltre, l'atto amministrativo nullo per difetto assoluto di attribuzione ha un'area di applicazione più ampia di quella occupata dalla carenza di potere²².

Anche i casi in cui la funzione amministrativa è attribuita a diversi enti, dotati di un'autonoma soggettività giuridica, sono problematici. La soluzione non può essere ravvisata nell'individuare nella personalità giuridica un confine invalicabile, con la conseguenza di configurare una nullità per difetto assoluto di attribuzione ogni qual volta il provvedimento venga adottato da un organo estraneo all'ente dotato di soggettività giuridica. La soluzione è di stretto diritto positivo. Occorre verificare come il legislatore abbia distribuito una determinata funzione fra le diverse amministrazioni²³.

tato dall'amministrazione; invece, si ha cattivo o scorretto esercizio del potere quando si assume l'esistenza del potere e se ne contesta l'uso illegittimo. Sulla carenza di potere si pronunciava il giudice ordinario; invece, sul cattivo o scorretto esercizio del potere si pronunciava il giudice amministrativo. Il criterio in questione, come è noto, venne ulteriormente precisato dalla Cassazione, secondo la quale la verifica della carenza di potere non deve avvenire considerando in astratto soltanto l'esistenza di una norma attributiva del potere, ma deve essere sviluppata in concreto, verificando se nella realtà sussistono tutti i presupposti giuridici e fattuali alla presenza dei quali la norma ancora l'esistenza del potere. L'orientamento giurisprudenziale in questione viene fatto risalire alla sentenza della Cass., sez. un., 25.10.1958, n. 3457, in *Giust. civ.*, 1958, I, 2029.

²¹ F.G. SCOCA, *Relazione al convegno di Caserta 20 maggio 2005*, su *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, 2006, ha osservato che la regola giurisprudenziale sulla carenza di potere mirava a risolvere un problema di giurisdizione, invece, la previsione della nullità del provvedimento nullo incide sia sui diritti che sugli interessi legittimi.

²² Infatti, mentre in ogni caso di carenza di potere si è in presenza, per forza di cose, di un atto amministrativo nullo per difetto assoluto di attribuzione, non è vero il contrario. Non è vero che in ogni caso in cui si faccia questione di un atto amministrativo nullo per difetto assoluto di attribuzione venga in considerazione anche la figura della carenza di potere, perché quest'ultima figura non avrebbe alcuna ragione di ricorrere nei casi di giurisdizione esclusiva.

²³ Per esempio, il diploma di laurea rilasciato dal Sindaco di un comune è nullo per difetto assoluto di attribuzione, avendo esercitato un potere attribuito al plesso

Naturalmente, problematiche di questo genere proiettano il giudice e i cultori del diritto penale su territori sconosciuti e inesplorati, con i quali non sempre hanno dimestichezza.

Né è prova la tesi formulata in alcune sentenze della Cassazione²⁴, secondo la quale l'incompetenza assoluta (alias difetto di attribuzione) integra un'ipotesi di usurpazione dei poteri, sanzionata dall'art. 347 c.p.

Alcuni autori sono intervenuti sul tema, formulando tesi diverse²⁵, basate a volte su definizioni discutibili del vizio di incompetenza o del difetto di attribuzione. Tutto ciò non ha consentito di giungere a soluzioni generalmente accettabili.

La tesi non può essere accolta, perché non è possibile instaurare alcun automatismo fra l'incompetenza assoluta o difetto di attribuzione e l'usurpazione.²⁶ L'usurpazione²⁶ presuppone l'assenza di incardinazione del soggetto nella pubblica amministrazione, l'assenza di qualsiasi atto di investitura, anche se meramente invalido, vale a dire la mancanza di un rapporto organico o di servizio tra il soggetto e l'amministrazione. La scissione fra l'amministrazione e l'usurpatore è netta ed è ancora più radicale di quella che esiste fra amministrazione e funzionario di fatto²⁷, il quale comunque presenta una incardinazione nell'amministrazione, anche se invalida. Il provvedimento ammini-

amministrativo che fa capo al M.i.u.r. Invece, l'ordinanza contingibile e urgente, emanata dal Sindaco, ai sensi dell'art. 54 t.u.e.l., sarà eventualmente affetta da incompetenza perché il potere in questione è devoluta dal Ministero dell'Interno al Sindaco.

²⁴ Cass. pen., sez. VI, 25.2.1998, n. 5118, in *Cass. pen.*, 1999, 1184.

²⁵ G. SALCUNI, *La "disciplina altrove"*, cit., 2019, 150, nt. 31, sostiene la configurabilità del reato di abuso di ufficio in caso di usurpazione di pubbliche funzioni.

²⁶ Sull'usurpazione di funzioni, anche per indicazioni bibliografiche, si veda D. PORENA, *L'usurpatore di pubbliche funzioni*, in B. CAVALLO (a cura di), *Il funzionario di fatto*, Milano, 2005, 51 ss.

²⁷ Sul funzionario di fatto, anche per indicazioni bibliografiche, si vedano L. CESARINI-A. GRIMALDI, *La nozione di funzionario di fatto: presupposti e limiti*, in B. CAVALLO (a cura di), *Il funzionario di fatto*, Milano, 2005, 18 ss.; S. FANTINI, *Attività amministrativa del funzionario di fatto ed invalidità derivata*, in B. CAVALLO (a cura di), *Il funzionario di fatto*, Milano, 2005, 67 ss.; G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, Torino, 2013, 78 ss.

strativo nullo per difetto di attribuzione è emanato da un soggetto incardinato nella pubblica amministrazione, ma nell'esercizio di una funzione amministrativa che appartiene ad altro plesso organizzativo.

Insomma, usurpazione di potere e difetto di attribuzione sono qualifiche giuridiche che si muovono su piani diversi: il primo, è quello del rapporto fra soggetto e pubblica amministrazione e concerne il rapporto di investitura nell'esercizio delle funzioni; il secondo, invece, è quello dell'appartenenza delle funzioni, esercitate da soggetto incardinato nell'amministrazione, al plesso organizzativo del quale quest'ultimo fa parte²⁸. Rapporto di investitura, da un lato, appartenenza delle funzioni amministrative al plesso organizzativo, dall'altro: due piani diversi.

In definitiva, la tesi secondo la quale l'incompetenza assoluta (alias difetto di attribuzione) integra un'ipotesi di usurpazione dei poteri, sanzionata dall'art. 347 c.p., fatta propria dalla sentenza della Cassazione, sez. VI, n. 5118/1998²⁹, non ha alcun valido fondamento scientifico.

Inoltre, contrariamente a quanto sostiene un orientamento non è configurabile alcun concorso formale fra il reato di abuso di ufficio e il reato di usurpazione di funzioni. L'usurpatore non è incardinato nella pubblica amministrazione e, in quanto tale, non è pubblico ufficiale. Invece, l'autore del reato di abuso di ufficio deve essere un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio e, per essere tale, deve essere incardinato nell'amministrazione. Fra le due situazioni vi è una assoluta incompatibilità che rende inconfigurabile il concorso formale. Se ricorre il primo reato, non può sussistere il secondo e viceversa³⁰.

²⁸ In tal senso, se non si è male interpretato il suo pensiero, F. RIGO, *Abuso di ufficio*, in T. PADOVANI (a cura di), *Le fonti del diritto italiano*, Milano, 2019, 2223.

²⁹ Cass. pen., sez. VI, 25.2.1998, n. 5118, in *Cass. pen.*, 1999, 1184.

³⁰ In termini, R. MANZIONE, *Le forme di manifestazione della condotta*, in A.A. DALIA-M. FERRAIOLI (a cura di), *La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997, 9, C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, Padova, 1998, 196.

5. La nullità per violazione o elusione del giudicato

La terza ipotesi di nullità prevista dal legislatore ricorre in caso di violazione o elusione del giudicato. L'art. 21-*septies*, l. n. 241/1990 sancisce che è nullo il provvedimento emesso in violazione o elusione del giudicato. La norma codifica un orientamento giurisprudenziale, frutto di una lunga e complessa evoluzione. Il Consiglio di Stato, con l'Adunanza Plenaria n. 6/1984, ha affermato che gli atti emanati dall'amministrazione in esecuzione di un giudicato erano soggetti all'ordinario regime di impugnazione. Solo quando la sentenza vincolava l'amministrazione a emanare un atto, il cui contenuto era integralmente desumibile da essa, poteva farsi ricorso al rimedio contemplato dall'art. 27, n. 4 t.u. C.d.S., essendo l'amministrazione carente del potere di provvedere diversamente da quanto stabilito in sentenza, con la conseguente nullità dell'atto, censurabile indipendentemente dal decorso del termine di decadenza.

La tesi proposta dal Consiglio di Stato con la succitata decisione è stata accolta da numerose sentenze. La giurisprudenza ha precisato che l'atto è nullo solo se si pone integralmente in contrasto con il precedente giudicato. Invece, quando la sentenza lascia un margine di scelta discrezionale all'amministrazione, il provvedimento deve essere impugnato nell'ordinario termine di decadenza di sessanta giorni.

La dottrina ha proposto di estendere la qualifica di nullità non solo agli atti in netta violazione del giudicato, ma anche a quelli che comunque lo eludono.

Anche avverso l'atto a contenuto discrezionale, emanato in violazione o elusione del giudicato, la giurisprudenza ha consentito la proposizione del rimedio contemplato dall'art. 27, n. 4 t.u. C.d.S.³¹.

³¹ L'art. 21-*septies*, qualificando nullo il provvedimento emanato in violazione o elusione del giudicato, sottopose la relativa azione dichiarativa al termine decennale di prescrizione. Senonché, l'art. 31, quarto comma, c.p.a. ha sancito che l'azione volta all'accertamento delle nullità sancite dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni; che la nullità dell'atto può essere sempre opposta dalla parte resistente o rilevata di ufficio dal giudice, con l'unica eccezione delle nullità di cui all'art. 114, quarto comma, lett. b), per le quali restano ferme le dispo-

Invece, non sono nulli i provvedimenti amministrativi adottati in violazione o in elusione delle sentenze o di altri provvedimenti del giudice amministrativo, esecutivi, ma non ancora passati in giudicato³².

In definitiva, un provvedimento amministrativo che violi o eluda il giudicato presenta una patologia idonea a integrare il reato di abuso di ufficio.

6. La nullità prevista espressamente dalla legge

Infine, vi sono le nullità comminate espressamente dalla legge.

Il legislatore, in più di una occasione, ha sancito la nullità di determinati atti. Fra le prime fattispecie di nullità testuali, va annoverata quella contemplata dall'art. 288 t.u. legge comunale e provinciale n. 383/1934, secondo il quale “sono nulle le deliberazioni prese in adunanze illegali, o adottate sopra oggetti estranei alle attribuzioni degli organi deliberanti, o che contengono violazioni di legge”.

Numerose altre norme hanno previsto diverse ipotesi di nullità³³.

sizioni del libro quarto, titolo primo. Invero, ai sensi dell'art. 114, primo comma, c.p.a., l'azione di ottemperanza al giudicato si prescrive con il decorso di dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza. Pertanto, ai sensi del combinato disposto dell'art. 114, primo e quarto comma, lett. b), c.p.a., l'azione volta a dichiarare la nullità di atti, emanati in violazione o elusione del giudicato, si può proporre nel termine decennale di prescrizione e non nel termine decadenziale di centottanta giorni.

³² Infatti, l'art. 114, quarto comma, lett. c) c.p.a., stabilisce che il giudice dell'ottemperanza li considera inefficaci. Invero, è difficile qualificare la declaratoria di inefficacia. Secondo E. CASETTA, *Manuale*, cit., 2013, 613, tale determinazione normativa sia dovuta alla esigenza di sottrarre alla declaratoria di nullità un atto che potrebbe essere dichiarato efficace a seguito di una sentenza in appello che riformi quella emanata in primo grado. Per quanto sensato sia tale rilievo, non può non rilevarsi l'asimmetria della norma che considera solo inefficace il provvedimento che viola o elude una sentenza esecutiva, rispetto a quello che viola o elude una sentenza passata in giudicato, affetto da nullità. Sul tema si veda S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 392 ss.

³³ Si vedano le norme che comminano la nullità delle nomine a pubblico impiegato effettuate senza concorso. In tal senso, l'art. 4, primo comma, l. 31.3.1971, n.

Un provvedimento amministrativo che violi tali leggi presenta una patologia idonea a integrare il reato di abuso di ufficio.

7. L'idoneità delle illegittimità a integrare il reato di abuso di ufficio

L'indagine condotta nei precedenti paragrafi ha consentito di stabilire che tutte le ipotesi di nullità, disciplinate dall'art. 21-*septies*, l. n. 241/1990, sono idonee a integrare il reato di abuso di ufficio secondo la nuova formulazione. Infatti, in tutte le ipotesi di nullità si è in presenza di una "violazione espressamente prevista dalla legge".

Occorre verificare se una tale situazione ricorra anche in presenza delle diverse ipotesi di illegittimità. Come è noto, i vizi di legittimità sono disciplinati, ora, dall'art. 21-*octies*, primo comma, l. n. 241/1990, il quale sancisce che "è annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza"³⁴. Pertanto, i vizi di legittimità da esaminare sono la violazione di legge, l'incompetenza e l'eccesso di potere. Infatti, la configurabilità del reato di abuso di ufficio va verificata rispetto a tutte le tre predette categorie.

276; l'art. 6, terzo comma, l. 20.3.1975, n. 70; l'art. 9, ultimo comma, l. 20.12.1979, n. 761. Inoltre, il legislatore ha qualificato nulli anche gli incarichi conferiti da una pubblica amministrazione ad un dipendente di un'altra amministrazione senza la previa autorizzazione dell'ente di appartenenza. In termini, l'art. 53, ottavo comma, d.lgs. 30.3.2001, n. 165, nonché gli atti di conferimento di mansioni superiori attribuite al di fuori delle ipotesi tassative previste dalla legge. Si veda l'art. 52, quinto comma, d.lgs. 30.3.2001, n. 165. Inoltre, sono nulli, ai sensi dell'art. 6, l. n. 444/1994, gli atti di organi decaduti, emanati dopo il decorso di quarantacinque giorni dalla scadenza. Infine, va menzionato anche l'art. 17, d.lgs. n. 39/2013 che qualifica nulli gli atti di conferimento di incarichi adottati in violazione delle disposizioni previste dal decreto stesso e i relative contratti.

³⁴ Come è noto, la tripartizione dei tre vizi di legittimità è stata codificata dall'art. 3 della legge Crispi, del 1889, ed è stata riaffermata dall'art. 25 T.U. Consiglio di Stato del 1924, dagli artt. 2 e 3 della l. n. 1034/1971, legge T.a.r., e dall'art. 29 del c.p.a.

Tuttavia, prima di procedere in tale direzione, è opportuno premettere una considerazione generale sulla categoria della illegittimità, che si rivelerà essenziale per una corretta messa a fuoco del problema da affrontare.

Contrariamente a quanto si desume da alcune sentenze del giudice ordinario, l'illegittimità non si identifica con la violazione di legge e, soprattutto, non rinviene il suo fondamento nel principio di legalità, se non in un senso del tutto generico.

In senso polemico con tale affermazione, si suole richiamare la tesi formulata da M.S. Giannini, secondo il quale i tre vizi di legittimità possono essere compendati in uno, perché il vizio degli atti amministrativi “è unico: la violazione di legge che coincide senza residui con l'illegittimità (...). L'incompetenza e l'eccesso di potere sono anch'essi violazione di legge”³⁵. Invero, la tesi in esame non può essere accolta per le ragioni che si esporranno e, in ogni caso, essa è datata, vale a dire è stata enunciata in un'epoca in cui il sindacato di eccesso di potere non aveva raggiunto l'ampiezza e la profondità che possiede oggi, arricchito, a tacer d'altro, dalla violazione del principio di ragionevolezza e dalla violazione del principio di proporzionalità.

L'illegittimità, articolata nei predetti tre vizi, “non può identificarsi unicamente con la violazione di legge, ma comprende anche al suo interno la non conformità dell'atto alla disciplina dell'attività e della funzione, in cui si sintetizza il più profondo significato dell'eccesso di potere”³⁶. A tal proposito, appare opportuno evidenziare che la giurisprudenza considera integrato il vizio di eccesso di potere nell'ipotesi in cui il provvedimento amministrativo è inficiato da manifesta ingiustizia. La manifesta ingiustizia, come è noto, è considerata un elemento sintomatico dell'eccesso di potere. Pertanto, appare del tutto evidente che l'illegittimità non è determinabile solo in termini di violazione di legge e di violazione del principio di legalità.

L'art. 97 Cost. sancisce il principio secondo il quale “i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano

³⁵ In tal senso, M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, 183.

³⁶ R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 2017, 466.

assicurati buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione". L'art. 97 non trasforma il principio di buon andamento in una norma precettiva. Esso rimane sempre un principio costituzionale, vale a dire un principio suscettibile di svolgimenti diversi, dipendenti da una pluralità di fattori, come si è messo in evidenza nelle pagine precedenti.

In altri termini, il principio in parola non consente di risolvere in termini di certezza il problema dell'appartenenza di una determinazione amministrativa alla sfera del buon andamento; non consente di stabilire con certezza se un provvedimento amministrativo sia conforme al principio di buon andamento, perché una siffatta valutazione dipenderà da una pluralità di fattori e costituirà l'esito di una verifica ermeneutica alla quale concorrono elementi che appartengono alla sfera del merito amministrativo e che implicano valutazioni discrezionali. Non può essere oggetto di un giudizio meccanico, vale a dire di un giudizio formulabile in termini di sillogismo giuridico, di sussunzione di un fatto nella fattispecie astratta prevista dal legislatore; bensì di un giudizio di tipo valutativo. Su tali aspetti sarà necessario ritornare successivamente, in sede di trattazione dell'eccesso di potere.

La fondatezza di un enunciato così complesso non è di immediata e generalizzata evidenza. Essa può essere apprezzata solo approfondendo il tema dell'invalidità, sulla scorta delle elaborazioni della dottrina e della profonda e travagliata ricostruzione effettuata dalla giurisprudenza.

Nelle pagine che seguono si tenterà di sviluppare qualche precisazione in tal senso.

8. Le ragioni teoriche ostative alla configurazione dell'abuso di ufficio in presenza di ogni illegittimità amministrativa

Prima di affrontare il problema volto a individuare la natura delle illegittimità idonee a integrare il reato di abuso di ufficio, verificando se rientrino in tale categoria la violazione di legge, l'incompetenza, l'eccesso di potere e le illegittimità non invalidanti, appare opportuno formulare una considerazione di ordine generale.

Sia nel diritto amministrativo, che nel diritto penale, vi è sempre un conflitto fra autorità e libertà³⁷. Il potere pubblico (amministrativo o

³⁷ Si vedano in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15.11.2014, Torino, 2017, gli interventi di S. PERONGINI, *Stato costituzionale di diritto e provvedimento amministrativo*, 1 ss.; B. SORDI, *Al di là del nesso autorità e libertà: i nuovi sentieri della divisione dei poteri*, 11 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Atto autoritativo e diritto amministrativo*, 17 ss.; C.E. GALLO, *Potere amministrativo e valutazioni discrezionali*, 31 ss.; A. CONTIERI, *L'ambiguo volto della trasparenza tra diritto d'informazione e rimedio alla corruzione*, 45 ss.; V. GIORDANO, *Autorità, poteri, diritti. Risemantizzazioni del linguaggio globale*, 61 ss.; S. PIETROPAOLI, *Diritto amministrativo e filosofia del diritto. A proposito di un vecchio debito e della possibilità di un nuovo dialogo*, 71 ss.; A. TUCCI, *Pluralizzazione del potere tra autorità e pratiche del governo*, 79 ss.; L. BAZZICALUPO, *La tecnica governamentale e la ri-definizione dell'autorità*, 89 ss.; L. MANNORI, *Parlando di storia. La parabola dell'amministrazione autoritativa dal pre- al post-moderno*, 105 ss.; L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, 119 ss.; A. MALTONI, *Nuove forme di ingerenza nella gestione di imprese private da parte di autorità pubbliche: presupposti e limiti*, 159 ss.; G. PRETEROSSO, *Le metamorfosi del nesso autorità-libertà*, 191 ss.; A. POLICE, *La mitologia della "specialità" e i problemi reali della giustizia amministrativa*, 199 ss.; F. ASTONE, *Ragionevolezza delle scelte amministrative e sindacato giurisdizionale*, 219 ss.; G. BISOGNI, *Per una nuova "specialità" del giudice amministrativo*, 235 ss.; M.C. CAVALLARO, *Principio di legalità e giusto procedimento: per una diversa lettura del rapporto tra legge e amministrazione*, 247 ss.; M. IMMORDINO, *Risarcimento del danno e obbligo della pubblica amministrazione di annullare un proprio atto inoppugnabile su istanza del privato interessato*, 255 ss.; M.M. FRANZANI, *ADR e rito appalti. Ancora in margine alla giurisdizione sul contratto dopo sei mesi dalla stipula*, 269 ss.; F. MANCUSO, *Mutazioni dei concetti, mutazioni del diritto e della democrazia*, 275 ss.; S. VILLAMENA, *Osservazioni su "conflitto di interessi" e provvedimento amministrativo*, 287 ss.; G. CORSO, *Conclusioni della prima giornata di studi*, 293 ss.; M.A. SANDULLI, *Brevi considerazioni sulle ambiguità della liberalizzazione tramite dia/scia*, 299 ss.; M.R. FERRARESE, *Governance, arbitrati ed economia politica*, 311 ss.; E. FOLLIERI, *Gli atti soggettivamente privati e oggettivamente amministrativi, con particolare riferimento al sindacato giurisdizionale*, 327 ss.; S. COGNETTI, *Osservazioni sul presunto "superamento" del modello pubblicistico*, 337 ss.; A. CROSETTI, *Il rapporto autorità-libertà nei modelli di tutela dell'ambiente*, 343 ss.; M.C. D'ARIENZO, *I nuovi scenari della tutela della privacy nell'era della digitalizzazione alla luce delle recenti pronunce sul diritto all'oblio*, 395 ss.; L. GIANI, *Spunti sulla dinamica autorità/libertà nel sistema britannico letta attraverso la lente della decisione amministrativa*, 425 ss.; P.L. PORTALURI, *La riforma delle autonomie territoriali e il paradigma delle così dette Città Metropolitane*, 439 ss.; F.G. SCOCA, *Conclusioni*, 467 ss.

penale) incide sui diritti del cittadino, sulla loro libertà.

Nel diritto amministrativo, il sapiente lavoro svolto dal giudice amministrativo ha consentito di scovare, nelle pieghe dell'azione amministrativa, forme sempre più subdole di illegittimità, ampliando il decalogo delle invalidità dell'atto amministrativo (per es., eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità).

Il processo di valorizzazione delle garanzie difensive è in continuo sviluppo. In tal modo, si è arricchita la tutela giurisdizionale, si sono difesi i diritti dei cittadini, si è rafforzato il polo della libertà e dell'uguaglianza³⁸.

Questo prezioso risultato – che fa del nostro giudice amministrativo una istituzione irrinunciabile, un pilastro sul quale si fonda il nostro ordinamento – non può essere riversato in sede penale, vale a dire non può essere utilizzato come elemento costitutivo del reato di abuso di ufficio.

Anche nel processo penale si assiste alla dialettica fra autorità e libertà, fra il potere punitivo dello Stato e la libertà personale del cittadino. La disciplina del processo penale, le garanzie difensive, la tipicità, la tassatività della fattispecie penale e la prevedibilità delle condotte idonee a integrare reato sono tutte protese ad assicurare un giusto processo all'imputato, sono tutti baluardi a tutela della libertà personale.

La sovrapposizione fra illegittimità amministrativa e abuso di ufficio, l'identificazione di un abuso di ufficio ogni qual volta si sia in presenza di una illegittimità amministrativa conduce a due gravi conseguenze. Innanzi tutto, implica supportare il potere, l'autorità, con uno strumento concepito e utilizzato per la tutela della libertà. Si sovrappongono elementi che si muovono lungo direttrici contrapposte e conflittuali. In secondo luogo, si costruisce una fattispecie di abuso di ufficio atipica, perché uno dei suoi elementi costitutivi è rappresentato da un dato suscettibile di continue modificazioni, l'illegittimità appun-

³⁸ Sulla rifondazione costituzionale del potere amministrativo e del provvedimento amministrativo e sulla loro trasformazione da momenti di sintesi del rapporto fra autorità e libertà a strumenti per assicurare la sintesi fra libertà e uguaglianza si veda S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica*, cit., 2016, 343 ss., 366 ss.

to, scovata nelle pieghe dell'azione amministrativa dal suo giudice naturale.

9. La violazione di legge

La violazione di legge ricorre quando il provvedimento amministrativo viola una specifica disposizione di legge. Viene considerato un vizio residuale. Tuttavia, il vizio in esame presenta una latitudine tutt'altro che limitata. Nell'ambito delle violazioni di legge si annoverano i vizi del procedimento, quali la mancata comunicazione di avvio del procedimento, la omessa acquisizione di un parere obbligatorio, i difetti di forma degli atti endoprocedimentali, le patologie della comunicazione o della notificazione, l'irregolare convocazione degli organi collegiali, l'erronea modalità di votazione, le violazioni dei termini del procedimento, le patologie attinenti al contenuto, il contrasto del contenuto del provvedimento con specifiche prescrizioni legislative, l'omessa motivazione, i difetti di esternazione, le violazioni di espliciti divieti contenuti nella legge e, in generale, le ipotesi in cui il provvedimento decampa dallo schema legislativo.

Come si vede dall'incompleto elenco di patologie che integrano la figura in esame, il vizio di violazione di legge ha natura tutt'altro che residuale.

Inoltre, all'interno del termine "legge" vengono ricomprese, nell'ambito del diritto amministrativo, una pluralità di fonti normative.

Una siffatta interpretazione estensiva ha una sua validità nel diritto amministrativo, ma non nel diritto penale. Nel diritto amministrativo l'estensione interpretativa ha una copertura costituzionale; essa è giustificata dall'esigenza di assicurare la più ampia tutela giurisdizionale contro tutti gli atti della pubblica amministrazione. In altri termini, l'interpretazione in parola è giustificata dagli artt. 3, 24 e 113 Cost.

Nel diritto penale, invece, operano principi diametralmente opposti, che rendono l'interpretazione estensiva in contrasto con i principi costituzionali. Infatti, l'interpretazione in parola contrasta con il princi-

pio di tipicità, con il principio di tassatività, con il principio di prevedibilità e con il principio di riconoscibilità.

Tutto ciò impone all'interprete di considerare la "violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge" come violazione di disposizioni di legge.

10. La violazione di norme di natura procedimentale

Un ulteriore tema da affrontare è quello della violazione delle norme procedimentali.

Un orientamento della Corte Suprema contesta la configurabilità del reato di abuso di ufficio in presenza di violazioni di norme di principio o di norme meramente strumentali alla regolarità dell'attività amministrativa³⁹.

In diverse sentenze si è affermato, in maniera esplicita, che la violazione di norme procedimentali non è idonea a integrare il reato di abuso di ufficio. Tale affermazione è valida soprattutto per la violazione di quelle norme procedimentali destinate a rilevare solo all'interno del procedimento, perché relative ad atti che non incidono in maniera immediata e diretta sulla determinazione amministrativa⁴⁰.

La Cassazione più volte è ritornata sul tema, escludendo il reato di abuso di ufficio in presenza della violazione di norme procedimentali, sostenendo che il reato risulti integrato solo da violazioni di legge dotate di uno specifico contenuto prescrittivo⁴¹. Tali violazioni non sarebbero idonee a integrare il requisito della violazione di legge, richiesto dal legislatore in termini tassativi.

Una parte della dottrina si è espressa in termini diversi, sostenendo

³⁹ Cass., sez. VI, 8.5.2003, n. 35108; Cass., sez. VI, 11.10.2005, n. 12769; Cass., sez. VI, 12.2.2008, n. 25162; Cass., sez. VI, 18.2.2009, n. 13097; Cass., sez. VI, 19.12.2011, n. 7384.

⁴⁰ Cass., sez. VI, 7.4.2005, n. 18149 in *Cass. pen.*, 2007, 178.

⁴¹ Cass. pen, sez. VI, 7.4.2005, n. 231341; Cass. pen, sez. VI, 14.6.2007, n. 37531.

che l'esclusione della violazione delle norme procedurali a integrare il reato di abuso di ufficio non rinviene alcun appiglio nell'art. 323 c.p.⁴² Si è anche affermato che nell'espressione "violazione di norme di legge" rientri a pieno titolo anche la violazione di norme procedurali⁴³.

Per una parte della giurisprudenza, sarebbero idonee a integrare il reato di abuso di ufficio solo le norme procedurali che costituiscono l'antecedente causale dell'evento. In tal senso, si è espressa anche una parte della dottrina, che ha richiamato l'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990 a conferma della validità della predetta tesi⁴⁴.

La questione deve essere diversamente impostata.

Invero, l'art. 323 c.p. – nel fare riferimento alle "violazioni di norme di legge", secondo la versione licenziata dalla riforma del 1997, e nel fare riferimento alle "violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge", secondo la versione attualmente vigente a seguito dell'emanazione della l. n. 120/2020 – non offre alcuno spunto per conferire alla natura formale e procedimentale della disposizione di legge violata una funzione selettiva delle condotte idonee a integrare il reato.

Non si tratta di un difetto dell'impianto normativo; al contrario, la scelta compiuta dal legislatore non avrebbe potuto essere diversa. In astratto, su di un piano meramente teorico, la diversa natura delle disposizioni di legge (sia la natura sostanziale, che quella formale o procedimentale), non può essere utilizzata per stabilire i casi in cui ricorre un abuso di ufficio da quelli in cui siffatto reato non sussiste. In sé considerate, sia una violazione sostanziale sia una violazione di disposizione di legge formale o procedimentale, sono idonee a integrare una

⁴² C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, Padova, 1998, 75; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (artt. 314-335 bis cod. pen.)*, Milano, 2019, 360; A. SEGRETO-G. DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 500.

⁴³ C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, Padova, 1998, 75; S. SEMINARA, *Dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in A. CRESPI-F. STELLA-G. ZUCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1999, 852; A. CIOFFI, *Eccesso di potere e violazione di legge nell'abuso d'ufficio*, Milano, 2001, 55 ss.

⁴⁴ Si veda G. SALCUNI, *La "disciplina altrove"*, cit., 2019, 149 ss.

condotta di abuso. In altri termini, non è possibile fondare sulla diversità ontologica della disposizione di legge violata una discriminazione fra le condotte che integrano il reato di abuso di ufficio e quelle che, invece, sono esenti da sanzione.

Invero, una patologia del provvedimento ricorre sia quando sia stata violata una disposizione di legge sostanziale, sia quando sia stata violata una disposizione di legge formale o procedimentale. In sede amministrativa, peraltro, gli effetti invalidanti, causati al provvedimento amministrativo, dalla violazione di una disposizione di legge sostanziale non sono diversi da quelli causati da una disposizione di legge formale o procedimentale. Spesso gli effetti invalidanti causati dalla violazione di una disposizione di legge formale o procedimentale si riverberano sul profilo sostanziale del provvedimento amministrativo stesso. L'omessa comunicazione di avvio del procedimento, che si sia tradotta nella mancata partecipazione di un interessato, pur consistendo nella violazione di una disposizione di legge di natura procedimentale, si traduce in una alterazione del contenuto del provvedimento, derivante dalla omessa acquisizione degli interessi di cui sia titolare il soggetto pretermesso e, quindi, in una diversa valutazione degli interessi implicati nella vicenda, con conseguente alterazione della prescrizione provvedimentale. Il vizio procedimentale si riverbera in un vizio sostanziale relativo alla determinazione provvedimentale.

L'approfondimento dei predetti profili determinerebbe una digressione molto ampia della ricerca. Ai fini che qui interessano, è sufficiente rimarcare che la distinzione fra disposizioni di legge di natura sostanziale e disposizioni di legge di natura formale e procedimentale non può essere utilizzata in sede di elaborazione della fattispecie penale astratta per distinguere i casi in cui una condotta integra reato da quelli in cui una siffatta evenienza non ricorre.

L'inidoneità della distinzione in parola a svolgere, in astratto, una funzione selettiva delle condotte idonee a integrare il reato di abuso di ufficio non implica che una funzione siffatta non possa essere svolta in concreto.

Su di un piano concreto non contribuisce a svolgere una funzione selettiva neppure il richiamo al requisito dell'offensività. In altri ter-

mini, facendo riferimento al principio generale di offensività non è possibile selezionare le ipotesi di condotte delittuose da quelle che non presentano tale connotazione. Non perché il principio in parola non assolva a una valida funzione integratrice del precetto penale, ma perché nella ipotesi in questione il suo intervento è successivo al verificarsi di un altro elemento che assorbe, a pieno titolo, la funzione selettiva in parola.

In altri termini, al fine di stabilire se la violazione di una disposizione di legge formale o procedimentale sia idonea a integrare la condotta costitutiva del reato di abuso di ufficio, occorre accertare l'esistenza di un nesso causale fra la violazione stessa e il danno ingiusto o l'ingiusto vantaggio⁴⁵.

La funzione selettiva è assolta dal nesso causale previsto, in generale per tutti i reati, dall'art. 40 c.p. e, nell'ipotesi specifica disciplinata dall'art. 323 c.p., dal verbo "procura".

La valutazione dell'offensività è successiva al verificarsi del nesso causale.

In presenza di una violazione di legge formale o procedimentale, la funzione selettiva va affidata al nesso causale, vale a dire alla idoneità delle violazioni a causare l'ingiusto vantaggio o l'ingiusto danno. Pertanto, il reato sarà configurabile quando la violazione in parola si rivelerà idonea a produrre l'effetto di causare il vantaggio ingiusto o il danno ingiusto.

11. L'incompetenza

Un ulteriore problema da affrontare è quello volto a verificare se il vizio di incompetenza integri il reato di abuso di ufficio.

⁴⁵ Risolvono il problema dell'idoneità delle violazioni procedurali a integrare il reato di abuso di ufficio in tema di prova del nesso causale A. SEGRETO-G. DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 499; R. RIZ, *L'abuso d'ufficio nella pianificazione urbanistica*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, I, Milano, 2000, 884; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (artt. 314-335 bis cod. pen.)*, Milano, 2019, 365.

A tal proposito va osservato che negli anni immediatamente successivi alla istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, il vizio di incompetenza aveva una connotazione indefinita, che conduceva la giurisprudenza a confonderlo con il difetto di attribuzione. Oggi, la figura ha connotati ben delineati e, per evitare fraintendimenti, viene anche denominata “incompetenza relativa”, per distinguerla dalla “incompetenza assoluta”, con la quale si suole denominare il difetto di attribuzione.

Pertanto, l'incompetenza ricorre quando un provvedimento amministrativo viene emesso da un organo amministrativo che è privo della potestà di provvedere, la quale è devoluta ad altro organo, comunque appartenente allo stesso plesso organizzativo del primo⁴⁶.

Un orientamento della dottrina sostiene che la violazione delle norme sulla competenza sia assimilabile alla violazione di legge⁴⁷ e sia idonea integrare il reato di abuso di ufficio⁴⁸. Nello stesso senso si

⁴⁶ A.M. SANDULLI, *Per la delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, 25 ss., 101 ss.; P. GASPARRI, *Incompetenza (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 68 ss.; A. CROSETTI, *Incompetenza (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 205 ss.; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, cit., 2005, 827 ss.; E. CASSETTA, *Manuale*, cit., 2013, 620 ss.; M. CLARICH, *Manuale*, cit., 2013, 201 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica*, cit., 2016, 397 ss.; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 2017, 553 ss.; M. D'ORSOGNA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in F.G. COCCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2019, 285 ss.

⁴⁷ A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, in A. BONDI-A. DI MARTINO-G. FORNASARI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008, 252 ss.; C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I; I delitti dei pubblici ufficiali*, Padova, 2013, 963 ss.; A.R. CASTALDO, *Prefazione*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, XVI; F. COPPOLA, *La persistente ambiguità dell'abuso di ufficio. Alcune (amare) riflessioni a margine del “caso termovalorizzatore”*, in www.penalecontemporaneo.it; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (artt. 314-335 bis cod. pen.)*, Milano, 2019, 265 ss., 365 ss.

⁴⁸ L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1976, 265; M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, Padova, 1998, 69; A. PAGLIARO-M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. I. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, 290; C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I; I delitti dei pubblici ufficiali*, Padova, 2013, 965 ss.; C. BENUSSI, *I de-*

è pronunciata parte della giurisprudenza che, dopo isolate pronunce in cui contestava che il vizio in parola fosse idoneo a integrare il delitto di abuso di ufficio⁴⁹, ha sostenuto che l'atto emanato da un'amministrazione incompetente è affetto da una patologia idonea a configurare il reato di abuso di ufficio, "perché tale vizio (di carattere soggettivo) rientra sicuramente tra le violazioni di legge capaci di conferire all'atto amministrativo non solo la qualificazione di atto illegittimo ma anche di atto idoneo, in concorso con gli altri requisiti, a dar luogo alla violazione penale"⁵⁰.

La tesi sopra prospettata non può essere condivisa⁵¹. Il primo problema da affrontare è quello di distinguere l'incompetenza dal difetto di attribuzione. Il difetto di attribuzione è causa di nullità del provvedimento e, in quanto tale, è idoneo a integrare il reato di abuso di ufficio, per le ragioni sopra rappresentate. Invece, l'incompetenza è un vizio di legittimità che deriva dalla violazione di norme di rango diverse, come si vedrà di qui a poco. In questa sede è doveroso specificare che la distinzione in esame, pur essendo chiara in sede dogmatica, in ambito applicativo presenta diversi profili di criticità.

Ai fini che qui interessano, occorre rimarcare che la competenza è disciplinata non solo dalla legge, ma anche da atti normativi sottordinati. Infatti, l'art. 97, secondo comma, Cost. stabilisce che "i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizione di legge". Come è noto, la norma pone in materia una riserva relativa di legge.

Ne consegue che la violazione della norma sulla competenza che determina l'illegittimità del provvedimento può essere non solo quella

litti contro la pubblica amministrazione, I; I delitti dei pubblici ufficiali, Padova, 2013, 965 ss.; A. MERLO, *L'abuso di ufficio*, cit., 2019, 47 ss.

⁴⁹ Cass. pen., sez. VI, 29.5.2000, Strano.

⁵⁰ Cass. pen., sez. VI, 14.7.2000, Maronato. Sulla idoneità della competenza relativa a integrare il reato di abuso di ufficio si veda anche Cass. pen., sez. VI, 12.11.2001, n. 45265, con nota di M. SCOLELLA, *Problemi interpretativi in tema di abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 443 ss.

⁵¹ Interessanti considerazioni in A.M. STILE-C. CUPELLI, *Abuso d'ufficio*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 36 ss., 40; M. CATENACCI, *Abuso d'ufficio*, in ID. (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2011, 124.

contenuta in una disposizione di legge, bensì anche quella che consiste nella violazione di statuti, di regolamenti e di altri atti normativi, emanati in esecuzione della legge⁵².

Senonché, l'incompetenza idonea a integrare il reato di abuso di ufficio è solo quella che deriva dalla violazione di una disposizione di legge. Invece, non rileva l'incompetenza che consegue alla violazione di una norma di rango subordinato alla legge per le seguenti due ragioni. Innanzitutto, perché nella nuova formulazione dell'abuso di ufficio occorre prendere in considerazione solo la "violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge". L'art. 323 c.p. non contempla più norme di rango subordinate alla legge, come per esempio i regolamenti. In secondo luogo, perché non possono venire in considerazione violazioni mediate o indirette di disposizioni di legge, vale a dire le violazioni di norme di rango secondario, alle quali la legge o l'atto avente forza di legge devolve il compito di disciplinare la competenza delle amministrazioni, per le ragioni esposte nel secondo capitolo.

In definitiva, il vizio di incompetenza, che può rilevare come elemento che concorre a comporre il reato di abuso di ufficio, è solo quello che si concreta in una diretta e immediata violazione di una disposizione di legge o di atto avente forza di legge.

12. La configurazione del reato di abuso d'ufficio in presenza del vizio di eccesso di potere nel codice rocco e nella riforma del 1990

Al fine di individuare le patologie del provvedimento amministrativo idonee a integrare il reato di abuso di ufficio, occorre verificare se

⁵² In termini, E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2005, 516; A. ROMANO, *art. 26, 275 ss.*; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA-F. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 566.

il vizio di eccesso di potere possa rappresentare uno degli elementi costitutivi richiesti dall'art. 323 c.p.

Il problema dell'idoneità dell'eccesso di potere a integrare il reato in esame si è posto anche sotto il vigore del Codice Rocco. La dottrina ha discusso la questione ed è pervenuta alla conclusione che l'abusività dei poteri del pubblico ufficiale è configurabile quando questi, pur agendo nelle condizioni formali previste dalla legge per l'esercizio del suo potere, ha ordinato o compiuto "un fatto per uno scopo diverso da quello in vista del quale gli è affidato il potere discrezionale stesso"⁵³. Si è sostenuto apertamente la configurabilità del reato in caso di compimento di un atto amministrativo illegittimo per eccesso di potere⁵⁴.

In tempi più recenti, ma sempre sotto il vigore dell'originaria formulazione dell'art. 323 c.p., si è precisato che si ha abuso di potere allorché il pubblico ufficiale eccede dai limiti della sua competenza, agendo fuori dai casi stabiliti dalle leggi e dai regolamenti; qualora non osservi le norme o le formalità prescritte o le istruzioni che gli sono impartite e, infine, quando fa uso dei suoi poteri per uno scopo diverso da quello per cui i poteri stessi gli sono conferiti (il c.d. sviamento di potere)⁵⁵.

La riforma introdotta dalla l. n. 86/1990 ha lasciato inalterato del tutto il profilo del controllo di legittimità, consentendo pieno accesso anche alle contestazioni del reato di abuso di ufficio per il vizio di eccesso di potere. La giurisprudenza, negli anni immediatamente succes-

⁵³ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V, Torino, 1981, 280. In termini anche BABBONI, *L'abuso di autorità e la illegittimità degli atti dei pubblici funzionari*, in *Riv. dir. proc. pen.*, I, 1910, 215 ss.; E. CONTIERI, *Abuso innominato d'ufficio*, in *Enc. dir.*, I, 1958, 189; G. SABATINI, *Le contravvenzioni nel codice penale vigente*, Milano, 1961, 146 ss.; F. DELFINO, *Osservazioni in tema di sindacato del giudice ordinario sull'eccesso di potere*, in *Foro it.*, 1962, II, 328 ss.; G. CONTENTO, *Giudice penale*, cit., 1979, 109 ss.; T. ALIBRANDI, *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, Napoli, 1969, 118 ss.

⁵⁴ S. RICCIO, *Abuso di ufficio*, in *Nss. Dig. it.*, I, 1968, 110; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 1983, 206; M. PARODI GIUSINO, *Abuso innominato di ufficio*, in *Dig. disc. pen.*, I, 1987, 44 ss.

⁵⁵ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte speciale, II, Milano, 1982, 780.

sivi al 1990, ha sostenuto la sindacabilità per eccesso di potere⁵⁶ e parte della dottrina si è attestata su siffatta posizione⁵⁷.

L'esigenza di ricondurre il reato di abuso di ufficio entro confini tassativamente predeterminati ha spinto il legislatore a intervenire di nuovo.

13. L'eccesso di potere e la riforma del reato di abuso di cui alla l. n. 234/1997

L'intervento legislativo è stato preceduto da numerose ordinanze di remissione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p., nella versione introdotta dalla l. n. 86/1990, per violazione del principio di determinatezza della fattispecie penale, nonché dai numerosi disegni di legge e dalle innumerevoli proposte di legge che si sono succeduti dall'ottobre 1992 all'aprile 1997⁵⁸.

Dai lavori parlamentari e dalle dichiarazioni di voto che hanno preceduto l'emanazione della l. n. 234/1997, risulta evidente l'intenzione del legislatore di espungere dalle patologie dell'atto amministrativo, idonee a integrare il reato di abuso di ufficio, l'eccesso di potere⁵⁹.

⁵⁶ Indicazioni si vedano in S. SEMINARA, *Dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in A. CRESPI-F. STELLA-G. ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1992, 734.

⁵⁷ Per la configurabilità del reato di abuso di ufficio in presenza di un eccesso si vedano T. GALIANI, *Il sindacato del giudice penale sugli atti del pubblico ufficiale in riferimento al reato di abuso innominato di ufficio*, in *Arch. pen.*, 1962, II, 443; A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, Milano, 1995, 160 ss.

⁵⁸ Si veda A.A. DALIA, *Sintesi dei lavori parlamentari*, in AA.VV., *La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997, 236 ss.; A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, Milano, 2009, 39 ss.

⁵⁹ Indicazioni dettagliate in A.A. DALIA, *Sintesi dei lavori parlamentari*, in AA.VV., *La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997, 236 ss., 300 ss., che riporta il dibattito svoltosi alla Camera. Sul tema si veda anche M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002, 262 ss., secondo il quale è innegabile che lo scopo della

Dagli interventi in aula appare evidente che l'obbiettivo perseguito dai riformatori è stato quello di ricondurre il reato di abuso di ufficio entro i margini, rassicuranti e conformi ai principi costituzionali, di una fattispecie dai connotati tassativi e dai confini determinati.

In una prima fase la giurisprudenza e la dottrina hanno ribadito l'irrelevanza dell'eccesso di potere, evidenziando la necessità di offrire una interpretazione della norma conforme al principio di determinatezza, in maniera tale da precludere al giudice penale un sindacato sulle scelte di merito dell'amministrazione, precluso peraltro allo stesso giudice amministrativo⁶⁰.

Senonché, nonostante la modifica normativa del 1997 sia stata sostenuta anche dall'esigenza di espungere l'eccesso di potere dalle patologie idonee a integrare il reato di abuso di ufficio⁶¹, la questione si

riforma dell'abuso di ufficio fu quello di sottrarre al giudice penale il controllo sull'eccesso di potere; G. SALCUNI, *La "disciplina altrove". L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, Napoli, 2019, 156.

⁶⁰ O. FORLENZA, *Necessario un chek-up sulla giurisprudenza per la diversa configurazione del delitto*, in *Guida dir.*, 1997, 25; T. PADOVANI, *Commento alla l. 16/7/1997n.234 – Modifica dell'art. 323 del codice penale in materia di abuso d'ufficio*, in *Leg. pen.*, 1997, 747; A. CARMONA, *La nuova figura di abuso di ufficio: aspetti di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 1988, 1843 ss.; G. IADECOLA, *L'abuso di ufficio*, FORTUNA (a cura di), *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2002, 116 ss.; A.M. STILE-C. CUPELLI, *Abuso d'ufficio*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 39; A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, in A. BONDI-A. DI MARTINO-G. FORNASARI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008, 249 ss.; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (artt. 314-335 bis cod. pen.)*, Milano, 2019, 360.

⁶¹ Nel corso dei lavori preparatori della riforma del 1997 venne presentato un emendamento volto a inserire nel testo della norma anche "l'oggettivo e manifesto sviamento di potere". Detto emendamento venne respinto ritenendo che esso potesse incoraggiare un ritorno alla prassi giudiziaria che considerava la mera violazione per eccesso di potere sufficiente a integrare il requisito richiesto per la configurabilità del reato di abuso di ufficio. Si vedano indicazioni in tal senso in M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, Padova, 1998, 13; A. SEGRETO-G. DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 510; M. MANNA, *Considerazioni in tema di abuso d'ufficio*, in M. CATENACCI-MARCONI (a cura di), *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, Torino, 2009, 83 ss.; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2019, 355.

è riproposta all'attenzione degli interpreti. Si è diffusa la convinzione che, nonostante il chiaro intento del legislatore, la questione non fosse ancora chiusa.

14. Gli argomenti addotti dalla dottrina che ha configurato l'abuso di ufficio anche in presenza dell'eccesso di potere

Alcuni settori della dottrina hanno sostenuto che anche un mero eccesso di potere possa integrare il requisito posto dal legislatore con l'espressione "violazione di norme di legge o di regolamento".

Innanzitutto, sono state sollevate aperte critiche alle scelte del legislatore di escludere l'eccesso di potere dal novero delle patologie idonee a integrare l'abuso di ufficio, precludendo al giudice penale di sindacare l'attività discrezionale. Si è affermato che, in tal modo, rimangono privi di sanzione "l'arbitrio più sfacciato e partigiano"⁶² e i "fenomeni di ingiusti arricchimenti privati all'ombra della pubblica amministrazione attraverso l'uso distorto dei poteri pubblici"⁶³; si viola il principio di uguaglianza e si preclude al giudice penale di intervenire proprio in quei casi più vistosi e odiosi di abuso. In ogni caso, la configurazione dell'abuso di ufficio in presenza di un eccesso di potere non consente al giudice penale di conoscere il merito dell'atto amministrativo⁶⁴.

In particolare, si è affermato che vi sia una discrasia fra l'intenzione del legislatore, pur manifestata nel corso dei lavori preparatori, e il dato testuale della legge e che tale discrasia legittimi, in ossequio alla

⁶² T. PADOVANI, *Commento alla l. 116/7/1997 – Modifica dell'art. 323 del codice penale in materia di abuso d'ufficio*, in *Leg. pen.*, 1997, 747.

⁶³ C.F. GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso di ufficio*, in *Foro it.*, 1999, V, 330.

⁶⁴ D. GENTILE, *La tormentata storia dell'abuso d'ufficio: evoluzione normativa, derive attuali e criticità sistemiche*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 152.

teoria moderna dell'interpretazione, a includere l'eccesso di potere fra le patologie suscettibili di integrare il reato di abuso di ufficio⁶⁵.

Si è sostenuto, ancora, che proprio l'impossibilità di ricondurre l'espressione "violazione di norme di legge o di regolamento" al vizio di legittimità denominato "violazione di legge" costituisce la dimostrazione della maggiore latitudine conferita dal legislatore all'elemento in questione, comprensivo anche dell'eccesso di potere⁶⁶. Secondo la tesi in esame, il legislatore nel riscrivere l'abuso di ufficio avrebbe fatto riferimento alle fonti del diritto e non ai vizi di legittimità⁶⁷, con la conseguenza che dalla nuova fattispecie "non ne può restare fuori l'eccesso di potere, perché questo è per definizione un vizio di legittimità. Come tale, comporta – sempre per definizione – la violazione di una norma di legge o di regolamento"⁶⁸.

Si è affermato, infine, che il riferimento alle "norme di legge" e non semplicemente alle leggi, aprirebbe l'interpretazione del reato di abuso di ufficio a significati più ampi, comprensivi sia della norma che si ricava da più disposizioni tra loro combinate, sia della norma che non ha disposizione (vale a dire sia implicita o inespressa e si ricavi per analogia) oppure dall'ordinamento giuridico nel suo complesso, come avviene in presenza di principi generali o di principi fondamentali⁶⁹.

⁶⁵ A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso di ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 107. Negli stessi termini M. PARODI GIUSINO, *Abuso 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, 910; A. MANNA, *Luci ed ombre nella nuova fattispecie di abuso di ufficio*, in *Ind. pen.*, 1998, 20; C.F. GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso di ufficio*, in *Foro it.*, 1999, V, 333; M. GAMBARDELLA, *Considerazioni sulla "violazione di norme di legge" nel nuovo delitto di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*, nota a *Cass. Pen.*, sez. II, 4.12.1997, n. 1279, *Tosches*, in *Cass. pen.*, 1998, 2336 ss., 2338 ss.

⁶⁶ In tal senso, A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso di ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 107.

⁶⁷ A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso di ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 108 ss.

⁶⁸ A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso di ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 108 ss.

⁶⁹ M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002, 275.

Vi è stato chi ha sostenuto che l'eccesso di potere sia una violazione di legge e, in particolare, una violazione della legge costituzionale e segnatamente dell'art. 97 Cost. Il principio di buon andamento, secondo la tesi in esame, è violato dall'agire irragionevole⁷⁰.

Infine, si è ritenuto che il riferimento alle norme costituzionali sia del tutto superfluo⁷¹ e che l'art. 323 c.p. non restringe la violazione di legge o di regolamento alle sole interpretazioni formali o letterali, perché la norma di legge risulta violata non solo nelle ipotesi di violazione diretta delle disposizioni, ma anche nei casi in cui risulti frustrata la *ratio* della disposizione. La tesi della violazione della *ratio* della disposizione è compatibile con una interpretazione letterale dell'art. 323 che considera la "violazione di norme di legge".

Violare la *ratio* di una disposizione significa non rispettare quella disposizione. In tal modo, secondo la tesi in esame, non si interpreta l'art. 323 c.p. in maniera vaga, perché tale interpretazione consente di selezionare, all'interno della categoria dell'eccesso di potere, unicamente le sottoclassi suscettibili di univoco inquadramento (lo sviamento di potere). Il principio di precisione determina che solo i casi di eccesso di potere in senso stretto (lo sviamento della funzione dal suo fine tipico) sono compatibili con l'art. 25, secondo comma, Cost. Questi sono i casi di violazione della *ratio legis*. Le violazioni di norme di legge o di regolamento sono proprio i casi di violazione della *ratio legis*. In tutte le altre ipotesi di eccesso di potere, in particolare nei casi di mere figure sintomatiche, il vaglio di compatibilità rispetto al principio di precisione non potrà considerarsi superato⁷².

⁷⁰ S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, in *Studium iuris*, 1997, 1253; F. INFANTE, *Disciplina intertemporale delle fattispecie di abuso di ufficio*, in *Ind. pen.*, 1998, 847; C.F. GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso di ufficio*, in *Foro it.*, 1999, V, 333; M. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto di interesse nel sistema penale*, Torino, 2004, 53; M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002, 265 ss., A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, Milano, 2009, 59.

⁷¹ M. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto di interesse nel sistema penale*, Torino, 2004, 175.

⁷² M. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto di interesse nel sistema penale*, Torino, 2004, 57; G. SALCUNI, *La "disciplina altrove". L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, Napoli, 2019, 162 ss.

15. La dottrina che esclude l'ammissibilità dell'abuso di ufficio in presenza di un eccesso di potere

Altri autori, invece, hanno maturato la convinzione che l'eccesso di potere fosse stato definitivamente divelto dalle patologie idonee a integrare il reato di abuso di ufficio⁷³. A tal proposito, si è osservato che proprio il sintagma “violazione di norme di legge o di regolamento” rimarcando che le norme violate debbano essere di legge o di regolamento, vale a dire di precisi atti normativi, àncori il requisito in esame a una diretta contrarietà a regole scritte positivamente poste dall'ordinamento⁷⁴.

16. L'orientamento giurisprudenziale che configura l'abuso solo in presenza di uno sviamento

La Cassazione si è pronunciata anche con tesi diametralmente opposte. Dopo alcune decisioni che hanno escluso l'eccesso di potere dalle patologie idonee a configurare un abuso di ufficio⁷⁵, la giurisprudenza si è attestata su una posizione possibilista⁷⁶.

Sul tema un ruolo decisivo ha avuto una interessante pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione⁷⁷, richiamata ripetutamente, in posi-

⁷³ M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, Padova, 1998, 35 ss.; C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, Padova, 1998, 90 ss.; G. DELLA MONICA, *L'ingiusto vantaggio patrimoniale*, in A.A. DALIA-M. FERRAIOLI (a cura di), *La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997, 70 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 240 ss.

⁷⁴ In tal senso, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2019, 356.

⁷⁵ Trib. Napoli 24.9.1997, in *Cass. pen.*, 1998, 1242; Trib. Piacenza 21.11.1997, in *Foro it.*, 1998, II, 190; Trib. Palermo 3.12.1997, in *Foro it.*, 1998, II, 259; Cass. pen., sez. VI, 17.2.1998 Ferrante, in *Cass. pen.*, 1999, 2506; Cass. pen., sez. VI, 3.11.1998 Caldarola, in *Cass. pen.*, 1999, 1242.

⁷⁶ Cass. pen., sez. VI, 26.5.2014, n. 21237.

⁷⁷ Cass., sez. un., 29.9.2011, n. 155.

tivo, da coloro che la hanno utilizzata per giustificare l'ammissibilità dell'abuso in caso di violazione per eccesso di potere, sotto il profilo dello sviamento, e in negativo, da coloro che hanno lamentato la sovrapposizione dell'interpretazione ampliativa condotta dalla giurisprudenza sulle scelte effettuate dal legislatore⁷⁸.

Come è noto, la sentenza ritiene integrato il reato di abuso di ufficio dalla condotta di un magistrato addetto alla esecuzione civile, in concorso con i diretti beneficiari, per *“violazione del dovere del giudice di vigilare che le parti si comportino con lealtà e probità, secondo quanto previsto dall'art. 88 c.p.c., in relazione ai commessi poteri di riduzione o condanna alle spese, ai sensi quanto meno dell'art. 92 c.p.c.. E sul punto relativo alla estensione e ai contenuti del dovere di conformazione al canone generale di buona fede oggettiva e correttezza, che ripetendo forza normativa dall'art. 2 Cost. deve improntare anche le azioni giudiziarie per il soddisfacimento della pretesa sostanziale”*; nonché per omessa riunione di 35 procedure esecutive, in violazione degli artt. 273 e 274 c.p.c.

Secondo le Sezioni Unite della Cassazione *“ciò che deve ritenersi rilevante ai fini della violazione di legge, è che l'atto di ufficio non sia stato posto in essere nel rispetto delle norme di legge che regolano una attività ovvero che attribuiscono al pubblico ufficiale il potere di compierla”*. *“In tanto può parlarsi di esercizio legittimo in quanto tale esercizio sia diretto a realizzare lo scopo pubblico in funzione del quale è attribuita la potestà, che del potere costituisce la condizione intrinseca di legalità. Secondo la giurisprudenza nettamente prevalente di questa corte, si ha pertanto violazione di legge, rilevante a norma dell'art. 323 c.p., non solo quando 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 conferito. Anche in queste ipotesi si realizza un*

⁷⁸ A. MERLO, *L'abuso di ufficio. Tra legge e giudice*, Torino, 2019, 36 ss.

vizio della funzione legale, che è denominato sviamento di potere e che integra violazione di legge perché sta a significare che la potestà non è stata esercitata secondo lo schema normativo che legittima l'attribuzione".

In definitiva, le Sezioni Unite della Cassazione hanno configurato il reato di abuso di ufficio in caso di violazione dei doveri funzionali che competono al giudice dell'esecuzione. Si è sostenuto che si ha violazione di legge quando nella condotta del pubblico ufficiale difettino le condizioni funzionali che legittimano l'esercizio del potere, vale a dire quando la condotta risulti volta alla realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è stato conferito. Secondo la Cassazione, la violazione dei doveri propri della funzione esercitata integra un vizio della funzione legale, denominato sviamento di potere e consistente in una violazione di legge.

Appare difficile scorgere la differenza che vi è fra la formulazione in esame e la locuzione "abusa del suo ufficio", presente nella formulazione dell'art. 323, precedente alla modifica introdotta nel 1997.

Dalla lettura della sentenza si trae l'impressione che tutti gli interventi, compiuti dal legislatore per tentare di ricondurre la fattispecie del reato di abuso di ufficio entro i rigorosi confini della tassatività della fattispecie penale, siano andati a vuoto. La condotta, che le Sezioni Unite della Cassazione hanno ritenuto idonea a integrare il reato di abuso di ufficio, risulta sanzionabile più ai sensi dell'art. 323 del codice Rocco che ai sensi dell'art. 323 riformato dalla l. n. 86/1990. Sicuramente detta condotta non può farsi rientrare nella fattispecie delineata dall'art. 323 c.p. modificato dalla l. n. 234/1997. In termini molto sagaci, nel commentare la massima della sentenza in esame, si è affermato "si tratta di una massima che potrebbe essere stata scritta (come fu in effetti scritta) sessanta o settant'anni fa"⁷⁹.

Ciò nonostante, l'autorevolezza del consesso ha influenzato la giurisprudenza successiva, dando vita a un orientamento che ha raccolto diversi consensi⁸⁰. Da questa sentenza prende avvio la convinzione,

⁷⁹ T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen. Web*, 2020, 8.

⁸⁰ In termini si vedano Cass., sez. VI, 16.10.2012, n. 43476; Cass., sez. VI,

ancora dura a morire, che lo sviamento di potere sia una violazione di legge.

Ad onor del vero, la dottrina non è ancora riuscita a formare uno studioso di tanto acume da dimostrare che l'eccesso di potere per sviamento è una violazione di legge e, prima ancora, da compilare, con precisione, un elenco delle leggi che indicano espressamente il fine che ognuna di loro persegue. Anche quest'ultimo è un problema di non poco conto, perché il fine della legge è frutto di attività ermeneutica e, salvo casi eccezionali, nessuna legge enuncia il suo fine.

Invero, la tesi sostenuta dalle Sezioni Unite della Cassazione viola il principio di tassatività che presiede alla formulazione della fattispecie penale.

Oltre al fatto che l'eccesso di potere (neppure sotto forma di sviamento) non è tecnicamente una violazione di legge, vi è un'altra ragione che induce a escludere che l'illegittimità derivante da eccesso di potere sia idonea a integrare l'abuso di ufficio.

Invero, il giudice penale, sostenendo che anche l'eccesso di potere sia idoneo a integrare l'abuso di ufficio, invade una sfera riservata alla pubblica amministrazione. Tuttavia, in tal modo, il giudice penale non invade solo la sfera della valutazione discrezionale, ma anche quella – più ampia di quest'ultima – dei giudizi valutativi, anch'essi riservati in via esclusiva alla pubblica amministrazione.

17. La scelta legislativa del 2020 e la sua vulnerabilità

La l. n. 120/2020 ha sostituito la locuzione “specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità” a quella introdotta dalla l. n. 234/1997.

18.10.2012, n. 43789; Cass., sez. VI, 31.3.2015, n. 25944; Cass., sez. VI, 2.4.2015, n. 72816; Cass., sez. II, 5.5.2015, n. 23019; Cass., sez. VI, 13.4.2018, n. 19519; Cass., sez. VI, 26.9.2018, n. 45332; Cass., sez. VI, 29.10.2018, n. 49549; Cass., sez. VI, 25.2.2019, n. 8296.

Appare opportuno evidenziare che non vi è alcuna simmetria fra la locuzione “violazione di norme di legge”, presente nella formulazione della l. n. 234/1997, e la locuzione “specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità”, presente nel nuovo assetto disciplinare. Si tratta di due concetti diversi.

Anche nella riforma del 2020, l'intento dichiarato del legislatore è stato quello di delimitare le condotte suscettibili di integrare l'abuso di ufficio, restituendo tassatività alla relativa fattispecie penale astratta e espungendo definitivamente l'eccesso di potere dal novero delle patologie idonee a integrare il reato di abuso di ufficio.

Il nuovo impianto normativo persegue l'obiettivo dichiarato dal legislatore ricorrendo alla locuzione “specifiche regole (...) dalle quali non residuino margini di discrezionalità”.

Come è noto, l'eccesso di potere è il vizio tipico dell'attività discrezionale. Pertanto, anche il tenore letterale della nuova norma induce a escludere che l'eccesso di potere possa essere una patologia idonea a integrare il reato di abuso di ufficio.

Senonché, le esigenze, sempre risorgenti, propugnate dai sostenitori di un controllo a tutto campo da parte del giudice penale sull'attività delle pubbliche amministrazioni, riproporranno il problema della compatibilità del sindacato di eccesso di potere in sede di accertamento del reato di abuso di ufficio.

Pertanto, il tentativo di espungere la valutazione discrezionale dall'ambito delle attività amministrative sottoposte al sindacato del giudice penale non costituirà una garanzia inviolabile. Si riproporrà la questione nelle pieghe di interpretazioni volte ad ancorare ai momenti vincolati dell'attività amministrativa, anche di quella discrezionale, il sindacato di eccesso di potere. Si sosterrà che l'eccesso di potere rappresenta una patologia costitutiva del reato di abuso d'ufficio quanto meno nelle ipotesi in cui l'esercizio dell'attività amministrativa, pur di natura discrezionale, sia giunto a un punto tale di maturazione da rendere la conseguente determinazione amministrativa un atto pressoché dovuto.

In altri termini, occorrerà mettere in conto che tesi di questo tipo o di altra analoga natura verranno riproposte, dalla dottrina e dalla giuri-

sprudenza, per scardinare anche il nuovo impianto normativo.

Ne consegue la necessità di verificare se il sindacato per eccesso di potere sia compatibile con il nuovo impianto normativo e, più in generale, con l'intero impianto dell'ordinamento penale.

La soluzione del problema presuppone una verifica della figura dell'eccesso di potere, una interpretazione letterale e una interpretazione storica basata sulla volontà del legislatore e una interpretazione sistematica.

18. Il vizio di eccesso di potere

L'esposizione che segue sull'eccesso di potere potrà apparire un mero esercizio di pedanteria; tuttavia, senza avere piena consapevolezza – nei limiti di quanto possibile in questa sede – delle connotazioni assunte dall'eccesso di potere, nel corso della sua travagliata storia, non è possibile offrire una soluzione attendibile al problema in esame.

Invero, da un punto di vista dogmatico, l'eccesso di potere non è una violazione di legge.

L'eccesso di potere, come è noto, è nato in Francia come straripamento di potere⁸¹, vale a dire come patologia che ricorre quando uno dei tre poteri, in particolare quello giudiziario, emana un atto che invade la sfera riservata ad un altro, legislativo o amministrativo. Anche in Italia, la prima volta che il legislatore ha utilizzato la formula dell'eccesso di potere è avvenuto con la l. n. 3761/1877 sui conflitti di attribuzione⁸², con la quale si devolveva alle Sezioni Unite della Cassazione di Roma la competenza a giudicare della nullità delle sentenze, emesse dai giudici speciali, con le quali si sia commesso uno stra-

⁸¹ La prima espressa proibizione rivolta ai giudici di intervenire nell'ambito della sfera riservata al potere legislativo e a quello amministrativo si rinviene in Francia nel decreto del 24.8.1790. Successivamente, la Costituzione del 1791, all'art. 27, sancì il divieto del potere giudiziario di usurpare altri poteri.

⁸² L'art. 3, n. 3, l. 31.3.18877, n. 3761.

ripiamento di potere ai danni del potere legislativo e amministrativo⁸³.

Costituisce una curiosità – da ascrivere alla vichiana eterogenesi dei fini o, forse, anche alla insufficiente dimestichezza con il tema in esame – il fatto che un istituto, nato per precludere al potere giudiziario di invadere prerogative che appartengono al potere legislativo e a quello amministrativo, venga evocato dalla magistratura ordinaria per giustificare il suo sindacato sull'esercizio del potere amministrativo.

L'espressione "eccesso di potere" approdò, nella legislazione italiana, con l'art. 3 della legge Crispi⁸⁴.

Con la nota sentenza del Cons. Stato, sez. IV, 7.1.1892, n. 3, l'eccesso di potere, come già era avvenuto in Francia⁸⁵, venne concepito come mezzo per sindacare la discrezionalità amministrativa e consentire un controllo sulle scelte discrezionali dell'amministrazione⁸⁶.

⁸³ Si veda G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere amministrativo*, in *Nss. Dig. it.*, App., III, 1982, 219 ss.; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 2017, 469 ss.

⁸⁴ L. 31.3.1889, n. 5992, istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato.

⁸⁵ Il Consiglio di Stato francese aveva ampliato il significato dell'originaria formulazione di "straripamento di potere" concependo l'eccesso di potere come *détournement de pouvoir*, inteso come uso di un potere discrezionale per una finalità diversa rispetto a quella fissata dalla norma attributiva del potere stesso. Si vedano sul punto E. LAFERRIERE, *Traité de la jurisdiction administrative*, II, Paris, 1888, 521 ss.; L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, I, Paris, 1869, 212 ss.

⁸⁶ Costituisce convinzione diffusa e indiscussa che l'eccesso di potere sussista solo in presenza della discrezionalità amministrativa. Si vedano, fra gli altri, E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1980, 399; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 698; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1993, 315; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 319; G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 240; P. VIRGA, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, VI, Milano, 2001, 126; F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 114 ss.; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2004, 876; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2005, 518; V. CERULLI IRELLI, *Principii del diritto amministrativo*, II, Torino, 2005, 241; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. COCA-F. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 475 ss.

La giurisprudenza italiana, dal canto suo, individuò una serie di figure sintomatiche dell'eccesso di potere, concepite come indici rivelatori della esistenza del vizio di sviamento di potere. Le figure sintomatiche vennero elaborate per la difficoltà di dimostrare gli scopi dissimulati realmente perseguiti dall'amministrazione. Si sostenne che lo sviamento di potere non sussistesse solo in presenza di una concreta prova della sua esistenza; bensì anche in presenza di un sintomo dell'eccesso di potere.

La dottrina, invece, percorse sentieri diversi, cercando di dimostrare che l'eccesso di potere fosse un vizio della volontà⁸⁷, o un vizio della causa⁸⁸, o un vizio dei motivi dell'atto⁸⁹.

Come è noto, una svolta si ebbe con la tesi che, criticando l'opinione prevalente secondo la quale le situazioni sintomatiche costituivano presunzioni dell'esistenza del vizio, connotò l'eccesso di potere come vizio della funzione amministrativa, vale a dire come violazione dei principi che regolano l'attività amministrativa nel suo complesso, intesa come attività giuridicamente rilevante⁹⁰. La tesi in esame con-

⁸⁷ Per la configurazione dell'eccesso di potere come vizio della volontà, si vedano – 484 – G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, *Principi generali*, Milano, 1958, 311; A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Padova, 1986 (ma 1916), 178; C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Milano, 1972, (ma 1935), 471 ss.; U. FORTI, *I "motivi" e la "causa" negli atti amministrativi*, in *Foro it.*, 1932, III, 289.

⁸⁸ Per la configurazione dell'eccesso di potere come vizio della causa, si vedano F. CAMMEO, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1912, III, 107 ss., 113 ss.; E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, 85; R. RESTA, *La natura giuridica dell'eccesso di potere come vizio degli atti amministrativi*, in *Studi in onore di F. Cammeo*, II, Padova, 1933, 383 ss.; R. ALESSI, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Milano, 1937, 1 ss., ora in *ID.*, *Scritti minori*, Milano, 1981, 111; P. BODDA, *La nozione di causa giuridica della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, Torino, 1933, 44 ss.

⁸⁹ Per la configurazione dell'eccesso di potere come vizio dei motivi, si veda S. TRENTIN, *L'atto amministrativo. Contributi allo studio della manifestazione di volontà della pubblica amministrazione*, Roma, 1915, 73.

⁹⁰ La tesi si deve a F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss.; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss.

sidera le figure sintomatiche non come sintomi, ma quali autonomi e specifici vizi della funzione amministrativa. Essi vengono raggruppati in tre categorie a seconda del principio che violano. La violazione del principio di giustizia sostanziale può dar vita alla manifesta ingiustizia o alla disparità di trattamento; la violazione del principio di ragionevolezza può dar luogo alla illogicità manifesta o alla contraddittorietà fra motivazione e dispositivo; la violazione dei principi dell'organizzazione amministrativa può dar luogo alla violazione di circolari o di prassi consolidate⁹¹.

In questo modo, si transita da un sindacato di legalità formale sull'atto a un sindacato di legalità sostanziale sul provvedimento e sull'intero complesso dell'attività amministrativa⁹². La discrezionalità cessa di essere un territorio sottratto al sindacato del giudice amministrativo⁹³.

Dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere l'eccesso di potere un vizio della funzione⁹⁴. La funzione discrezionale risulta disciplinata dalle norme che vincolano l'amministrazione al perseguimento dell'interesse pubblico e da un insieme di regole che presidiano il complessivo esercizio del potere⁹⁵. La figura dell'eccesso di potere ricorre in presenza della violazione del suddetto complesso normativo ed è stata elaborata dal giudice amministrativo al fine di effettuare un

⁹¹ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1950, 41 ss.

⁹² A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo. L'accertamento del rapporto e l'esecuzione della sentenza*, II, Milano, 1962, 448 ss.

⁹³ Si veda R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA-F. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 487 ss., 491.

⁹⁴ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 632 ss.; P.M. VIPIANA, *Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo*, Padova, 1997, 94; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 406 ss.; M. D'ORSOGNA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2019, 287 ss.

⁹⁵ R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA-F. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 487 ss., 492.

sindacato più penetrante sull'azione amministrativa.

Non è una figura chiusa e circoscritta; bensì una figura aperta e suscettibile di continue implementazioni, man mano che la tutela giurisdizionale si intensifica.

I principi che presiedono alla disciplina dell'azione amministrativa e la cui violazione vale a integrare un eccesso di potere nel corso del tempo sono diventati più numerosi. La giurisprudenza e la dottrina hanno aggiunto, agli originari principi di giustizia sostanziale, di ragionevolezza e relativi all'organizzazione, ulteriori principi, fra i quali, il principio di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, il principio di osservanza dei fini istituzionali, il principio di logicità e ragionevolezza, il principio di completezza dell'istruttoria, il principio di veridicità dell'istruttoria, il principio di coerenza dell'azione amministrativa, il principio di osservanza dei fini istituzionali, il principio di parità di trattamento, il principio di proporzionalità.

L'elenco è destinato a essere ulteriormente incrementato.

Nel corso del tempo, alcune patologie sono transitate dall'eccesso di potere alla violazione di legge. Invero, il legislatore ha inteso rafforzare le garanzie del privato e lo ha fatto configurando come violazione di legge quelle che, invece, prima erano state configurate dalla giurisprudenza come illegittimità derivanti da eccesso di potere. Per esempio, l'eccesso di potere per violazione del principio del contraddittorio ha visto l'omessa comunicazione di avvio del procedimento e l'omessa comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento di un'istanza trasformate in violazione di legge. Analoga la sorte riservata al difetto di motivazione, originariamente individuato come elemento sintomatico di eccesso di potere, e successivamente, con la l. n. 241/1990 trasformato in violazione di legge in caso di inesistenza di motivazione.

Le figure di eccesso di potere si sono moltiplicate⁹⁶. Si è transitati dall'originario straripamento di potere, prima, allo sviamento di potere e, poi, all'eccesso di potere per errore di fatto o travisamento dei fatti,

⁹⁶ P.M. VIPIANA, *Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo*, Padova, 1997, 105.

con conseguente omessa o insufficiente considerazione degli interessi⁹⁷; all'eccesso di potere per difetto di istruttoria⁹⁸; all'eccesso di potere per difetto di motivazione⁹⁹; all'eccesso di potere per contraddittorietà o incompatibilità logica¹⁰⁰; all'eccesso di potere per violazione di norme interne¹⁰¹; all'eccesso di potere per illogicità¹⁰², quando vi sia una incongruenza tra motivazione del provvedimento e il suo dispositivo oppure quando ricorra un vizio nell'iter seguito per formulare la valutazione; all'eccesso di potere per perplessità, quando non sia chiaro quale potere l'amministrazione abbia inteso esercitare nel caso specifico¹⁰³; all'eccesso di potere per disparità di trattamento, che ricorre nei casi in cui l'amministrazione emani un provvedimento diverso da quello emanato nell'esercizio dello stesso potere, in relazione alle fattispecie assolutamente identiche, senza

⁹⁷ S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 408 ss.; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA-F. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 521 ss.

⁹⁸ S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 410; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA-F. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 526 ss.

⁹⁹ R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA-F. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 528 ss.

¹⁰⁰ S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 411; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA-F. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 534 ss.

¹⁰¹ S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 412; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA-F. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 538 ss.

¹⁰² R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA-F. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 539 ss.

¹⁰³ R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA-F. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 541 ss.

fornire alcuna giustificazione della diversa scelta compiuta¹⁰⁴.

Accanto alle figure sino ad ora passate in rassegna occorre annoverare l'ipotesi di eccesso di potere per manifesta ingiustizia, la quale è una figura di confine fra il sindacato per eccesso di potere e il sindacato che investe il merito della decisione amministrativa¹⁰⁵.

Infine, a tutte le predette figure si sono recentemente aggiunte anche le figure di eccesso di potere per violazione del principio di ragionevolezza¹⁰⁶, del principio di proporzionalità e del principio di legittimo affidamento. La ragionevolezza è un criterio nel cui ambito convivono diversi principi generali dell'azione amministrativa, quali l'imparzialità, l'uguaglianza e il buon andamento. Il principio di proporzionalità¹⁰⁷, innanzitutto, impone di valutare l'idoneità del provvedimento, considerando il rapporto tra il mezzo adoperato e l'obiettivo perseguito; in secondo luogo, implica una valutazione di necessità, intesa a verificare se il provvedimento adottato costituisce l'unico mezzo idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito, senza che questo possa essere attinto diversamente; infine, richiede una valutazione di adeguatezza, volta a verificare se il provvedimento sia riuscito ad armonizzare e a bilanciare gli interessi in gioco¹⁰⁸. Il principio di legitt-

¹⁰⁴ S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistemica*, Torino, 2011, 125, precisa che la diversità di trattamento può riguardare più soggetti nell'ambito di un'unica fattispecie, oppure nell'ambito di fattispecie diverse che si susseguono nel tempo; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. COCA-F. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 542 ss.

¹⁰⁵ L. GALATERIA-M. STIPO, *Manuale*, cit., 1998, 482; F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 118; V. CERULLI IRELLI, *Principii del diritto amministrativo*, II, Torino, 2005, 247 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 417; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. COCA-F. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 547 ss.

¹⁰⁶ P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, 64 ss., 69 ss., 103 ss., 137.

¹⁰⁷ P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, 60 ss.; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistemica*, Torino, 2011, 125.

¹⁰⁸ S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di ana-*

timo affidamento impone all'amministrazione di essere garante della correttezza del suo operato¹⁰⁹.

Il proliferare delle figure di eccesso di potere è una conseguenza dell'intensificarsi della tutela giurisdizionale e dell'evoluzione che, nel nostro ordinamento, ha subito la nozione di discrezionalità.

Questa caratteristica è una costante del processo di elaborazione della categoria dell'eccesso di potere. L'implementazione delle figure di eccesso di potere non si è verificata solo in tempi recenti, come ha reso evidente la figura dell'eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità, ma risale nel tempo. A tal proposito, si consideri, per esempio, che l'emanazione di un atto, in contrasto con una circolare o con una norma interna, non integrava alcuna illegittimità. Non esisteva alcuna legge che sancisse l'illegittimità del provvedimento emanato in violazione di una circolare. La giurisprudenza, per ampliare e rendere più incisivo il suo sindacato, affermò che l'atto in contrasto con una circolare, per ragioni di giustizia, era illegittimo, perché affetto da eccesso di potere, benché non idoneo a configurare una violazione di legge.

In definitiva, si è in presenza di una patologia in perpetuo movimento, che abbraccia un territorio in continua espansione e che viene incrementata non da specifiche leggi, ma dall'attività ermeneutica della dottrina e della giurisprudenza in ossequio al principio costituzionale di tutela giurisdizionale¹¹⁰.

lisi sistemica, Torino, 2011, 125, 179 ss.; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA-F. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 551 ss.

¹⁰⁹ R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA-F. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 552 ss.

¹¹⁰ Sulla tendenza espansiva dell'eccesso di potere si vedano E. CARDI-S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, 1990, 347 ss., 351 ss.; P.M. VIPIANA, *Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo*, Padova, 1997, 106.

19. Rilievi critici alla tesi che rileva un abuso di ufficio in presenza di un eccesso di potere

Le tesi che annoverano l'eccesso di potere fra le patologie da porre a base dell'abuso di ufficio non possono essere condivise, per le seguenti diverse ragioni.

a) Innanzi tutto, è davvero difficile rinvenire "l'arbitrio più sfacciato" o "l'uso distorto dei poteri pubblici" nell'esercizio di un potere discrezionale e, in particolare, nell'ambito della scelta discrezionale.

Quando il legislatore conferisce all'amministrazione un potere discrezionale, le consente di operare una scelta comparando i diversi interessi, pubblici e privati, implicati nella vicenda. Il potere discrezionale è disciplinato da un complesso di leggi che prefigurano forme e modalità di esercizio e da un complesso di norme di rango diverso, alcune poste dalla stessa pubblica amministrazione, funzionali alla determinazione dei presupposti dell'esercizio del potere stesso. Fra queste ultime si possono annoverare, a titolo di mero esempio, quelle che impongono un corretto accertamento dei fatti o una completa acquisizione degli interessi esistenti nel caso in esame. Tuttavia, l'esercizio del potere discrezionale presenta un nucleo intangibile, rappresentato dalla comparazione degli interessi presupposto della scelta discrezionale. Detto nucleo intangibile non è disciplinato dalla legge. La comparazione degli interessi è devoluta esclusivamente alla pubblica amministrazione ed è insindacabile, analogamente alla scelta discrezionale. Pertanto, se l'amministrazione può scegliere discrezionalmente fra le diverse opzioni che emergano all'esito della comparazione degli interessi, se l'amministrazione fra due o più opzioni può scegliere quella che a suo giudizio, insindacabile, rappresenta la soluzione più opportuna, l'arbitrio o l'uso distorto del potere non può annidarsi in alcun posto.

Se fra due o più opzioni, tutte legittime, l'amministrazione può scegliere quella che a suo insindacabile giudizio è ritenuta più opportuna, non vi è spazio per una valutazione di illiceità e illegittimità. In altri termini, in ipotesi di questo tipo non è configurabile la violazione di legge o di un atto avente forza di legge.

Non si riesce a comprendere dove si possa annidare l'arbitrio o l'uso distorto del pubblico potere.

Certo, si potrà verificare che fra le diverse opzioni possibili il pubblico funzionario scelga quella più favorevole a un suo parente, a un suo amico o a persona con la quale ha rapporti di familiarità. Tuttavia, in un'ipotesi come questa non sarà necessario ipotizzare un eccesso di potere, perché il reato di abuso di ufficio sarà integrato dalla violazione della legge che impone al pubblico funzionario di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti.

Inoltre, si potrà verificare che fra le diverse opzioni possibili il pubblico funzionario scelga quella più favorevole a un privato che gli abbia consegnato denaro a altra utilità. Tuttavia, in un'ipotesi come questa non sarà necessario ipotizzare un abuso di ufficio per eccesso di potere, perché la condotta in questione integrerà un reato di corruzione.

Si possono formulare altri esempi, ma non si giungerà mai a individuare una violazione di una norma giuridica in caso di scelta discrezionale fra le diverse opzioni possibili.

A tal proposito, è necessario rimarcare un dato fondamentale per una corretta impostazione della questione.

Quando l'amministrazione ha il potere di operare una scelta sulla base di una valutazione discrezionale dei vari interessi in gioco, tutte le diverse possibili opzioni sono legittime. L'amministrazione, in sede di valutazione discrezionale, opera una scelta che dipende dall'interesse che intende soddisfare e dal grado di soddisfazione che intende conferire a quest'ultimo, nell'ipotesi specifica sottoposta all'esercizio del suo potere. Tutte le opzioni che rientrano nell'ambito della valutazione discrezionale sono legittime. In altri termini, in presenza di un potere discrezionale non esiste una sola scelta legittima e tante scelte illegittime. Al contrario, nell'ambito della valutazione discrezionale l'amministrazione ha la possibilità di accogliere diverse opzioni.

È facile immaginare il rilievo da formulare a una siffatta affermazione. Si potrà contestare la tesi sopra formulata rilevando che anche il giudice amministrativo ha il potere di sindacare una attività discrezionale dell'amministrazione evidenziandone l'eventuale illegittimità per

eccesso di potere per violazione del principio di ragionevolezza o del principio di proporzionalità. Se un potere siffatto è conferito al giudice amministrativo – osserverà l'avventato critico – a maggior ragione un sindacato giurisdizionale siffatto deve essere riconosciuto al giudice penale.

Il rilievo critico non può essere accolto. Invero, il giudice amministrativo esercita un potere giurisdizionale diverso dal potere giurisdizionale conferito al giudice penale. La diversità non deriva dai profili processuali, ma da quelli sostanziali. Il sindacato del giudice amministrativo volto ad accertare l'illegittimità di un provvedimento utilizza categorie di invalidità che non sono ispirate dal principio di tassatività. In altri termini, le illegittimità dell'azione amministrativa non sono tassative. Invece, il giudice penale, quando verifica se una condotta costituisce un reato, è condizionato dalla tassatività della fattispecie astratta. Tutti i reati, in generale, e l'abuso d'ufficio, in particolare, sono configurati dal legislatore in maniera tassativa e determinata.

Ne consegue che, mentre il giudice amministrativo può rinvenire sempre nuove forme di illegittimità, così come avviene per l'eccesso di potere, il giudice penale non può rinvenire nuovi reati al di fuori di quel reticolo rigido stabilito dal legislatore. E anche se il legislatore – per avventura, perché in questo paese tutto sembra possibile – dettasse una fattispecie aperta del reato di abuso di ufficio, si porrà pur sempre un problema di compatibilità costituzionale.

b) Inoltre, va evidenziato che non corrisponde al vero che esista una discrasia fra intenzione del legislatore e testo normativo. Il testo normativo introdotto dalla riforma del 1997 faceva riferimento solo alla "violazione di norma di legge o di regolamento". Tale locuzione, proprio perché inserita in un articolo del codice penale, va interpretata alla luce dei principi di tassatività e di determinatezza. Alla luce di tali principi, la locuzione "norma di legge" significa norma prevista dalla legge ed è un sinonimo di disposizione di legge. Non è conforme al nostro ordinamento giuridico penale la configurazione di un reato la cui fattispecie penale astratta non sia anteriore alla commissione del fatto, bensì sia desunta *ex post*, vale a dire dopo la commissione del fatto, quale criterio di valutazione di quest'ultimo, da utilizzare sem-

pre ex post. Pertanto, la locuzione “norma di legge” non può assumere il significato di norma desunta in sede interpretativa.

Inoltre, in senso critico verso la tesi in esame, si è messo ben in evidenza che “il fatto che un’espressione possa avere una estensione più ampia di un’altra non autorizza, di per sé, ad includervi qualsiasi altro contenuto che nell’altra non sia compreso”¹¹¹.

Infine, elementi di critica verso la tesi in esame emergeranno dalla verifica della idoneità della predetta locuzione a ricomprendere anche le patologie derivanti dall’eccesso di potere. L’approfondimento di detto profilo deve essere rinviato a un momento più avanzato della riflessione sul tema in questione.

In ogni caso, non è un buon segno che una parte così consistente della dottrina ritenga possibile configurare il reato di abuso di ufficio in presenza di un eccesso di potere. Delle due l’una: o non si ha alcuna consapevolezza dell’eccesso di potere o non si ha alcuna conoscenza delle imputazioni di abuso di ufficio che vengono formulate negli uffici giudiziari.

c) L’opinione secondo la quale, ai fini della configurabilità dell’abuso di ufficio, rilevano solo i casi di eccesso di potere per violazione della *ratio legis*, è innegabilmente molto arguta. Tuttavia, essa non può essere accolta. Quando si viola la *ratio* di una legge, in realtà si viola direttamente la legge o si offre di essa una erronea interpretazione. Non si è in presenza di un eccesso di potere, bensì di una violazione di legge. In altri termini, la tesi in esame conduce ad affermare che nei casi in cui si è in presenza di una violazione della *ratio legis*, l’abuso di ufficio è integrato da una violazione o erronea interpretazione della legge. La patologia dell’eccesso di potere non viene in considerazione.

d) Si ipotizzi la contestazione del reato di abuso di ufficio per difetto istruttorio.

L’amministrazione, in fase istruttoria, non acquisisce un interesse giuridicamente rilevante. In questa sede si può prescindere del tutto da

¹¹¹ A. MERLO, *L’abuso di ufficio*, cit., 2019, 65.

valutazioni relative all'elemento soggettivo vale a dire si può prescindere dal considerare l'omessa acquisizione come frutto di colpa o di dolo. Si può prescindere anche da valutazioni relative all'evidenza o meno dell'interesse in questione. Quello che rileva è semplicemente il fatto che l'amministrazione, in maniera incolpevole, ha omesso di acquisire un interesse giuridicamente rilevante. Si violano, in tal modo, le disposizioni legislative che impongono all'amministrazione di svolgere una istruttoria completa.

In un caso come questo è incontestabile l'esistenza di un eccesso di potere. Ma si deve anche aggiungere che l'esistenza dell'eccesso di potere prescinde del tutto dalla idoneità dell'omessa acquisizione dell'interesse a incidere sull'esito della valutazione comparativa.

Invero, la scelta discrezionale e la valutazione comparativa degli interessi sono riservate, nel nostro ordinamento, all'amministrazione. Non è devoluto ad alcun altro soggetto o potere pubblico il compito di effettuare la scelta discrezionale. Nessun giudice può sostituire la propria valutazione discrezionale a quella dell'amministrazione.

L'eccesso di potere per difetto istruttorio non si traduce automaticamente in un evento lesivo, idoneo ad integrare un vantaggio o un danno ingiusto.

Non solo perché il verificarsi dell'evento lesivo non è suscettibile di valutazione in termini di certezza. Ma anche perché quand'anche l'interesse pretermesso fosse stato acquisito al procedimento, non è detto che la sua comparazione con gli altri interessi implichi una diversa scelta discrezionale. Insomma, non è detto che l'acquisizione dell'interesse pretermesso si traduca in una diversa valutazione, ben potendo l'amministrazione ritenere che quell'interesse sia recessivo rispetto agli altri interessi implicati nella vicenda. Anche questo giudizio valutativo è riservato esclusivamente all'amministrazione.

In un'ipotesi di questo tipo il giudice amministrativo annulla il provvedimento per eccesso di potere per difetto di istruttoria.

Invece, il giudice penale non ha la certezza che l'omessa acquisizione dell'interesse, vale a dire la violazione delle norme che impongono una istruttoria completa, si traduca in una valutazione differente, in un pregiudizio o in un danno ingiusto.

La patologia dell'eccesso di potere per difetto istruttorio, come tan-

te altre patologie analoghe, nel diritto amministrativo è una forma avanzata di tutela rispetto alla emanazione di un provvedimento illegittimo. Essa conduce a sanzionare la mera possibilità dell'illegittimità. La tutela avanzata prevista nel diritto amministrativo non può essere trasfusa nel diritto penale, perché il reato di abuso di ufficio non è un reato di pericolo, bensì un reato di evento.

Inoltre, l'eccesso di potere per difetto istruttorio non si rinviene in presenza di una condotta tentata, di una desistenza o di un recesso attivo (art. 56 c.p.). Non si è neppure in presenza di una condotta inidonea a produrre l'evento.

Non siamo in presenza di una condotta tentata perché la violazione di eccesso di potere per difetto istruttorio non è "un atto idoneo diretto in modo non equivoco a commettere un delitto", a commettere una violazione di legge. Al contrario, è una condotta conclusa, è una condotta completa, è una illegittimità consumata. Non si è neppure in presenza di una desistenza, perché l'amministrazione, nell'emanare un provvedimento invalido per eccesso di potere per difetto istruttorio, non desiste dall'azione, peraltro volontariamente. Né ricorre un recesso attivo, perché l'amministrazione non opera per impedire l'evento.

Infine, l'eccesso di potere per difetto istruttorio non è una parziale illegittimità di legge, ma una patologia del tutto differente da quest'ultima.

20. Le ragioni che escludono l'eccesso di potere dal novero delle violazioni idonee a integrare l'abuso di ufficio

Diverse ragioni inducono a escludere che l'eccesso di potere sia una invalidità idonea a integrare la violazione richiesta dall'art. 323 c.p.

a) Innanzi tutto, occorre ricordare, come già evidenziato, che la violazione del regolamento è una ipotesi di illegittimità per eccesso di potere. La riforma dell'abuso di ufficio, introdotta dalla l. n. 120/2020 ha espunto dalla originaria fattispecie la violazione di regolamento, la

quale era l'unica ipotesi di violazione di eccesso di potere che il legislatore considerava idonea a integrare il reato. Pertanto, deve ritenersi che in tal modo si sia inteso escludere dal novero delle invalidità suscettibili di configurare il reato di abuso anche tutte le altre ipotesi di violazione per eccesso di potere.

b) In secondo luogo, l'eccesso di potere scompare dal panorama delle patologie idonee a integrare il reato in esame perché la locuzione presente nel testo riformato fa riferimento alla 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". Poiché l'eccesso di potere è il vizio specifico dell'attività discrezionale, escludere quest'ultima implica, di conseguenza, anche l'impossibilità di contestare la violazione del vizio in esame.

c) In terzo luogo, l'eccesso di potere non può essere utilmente evocato per configurare un eccesso di potere per evidenti ragioni sistematiche, che riguardano la diversità esistente fra il criterio di valutazione per accertare il vizio di eccesso di potere e il criterio di valutazione per accertare la violazione nel reato di abuso di ufficio.

Invero, si è in presenza di due differenti criteri di valutazione.

Affinché sussista il reato di abuso di ufficio è necessario che la violazione sia acclarata in termini di certezza. In altre parole, il criterio valutativo per la sussistenza del reato deve condurre a un giudizio di certezza sul verificarsi della violazione. L'esistenza della violazione richiesta dall'art. 323 c.p. non deve essere acclarata in termini di possibilità e neppure in termini di probabilità, ma in termini di certezza.

Invece, il parametro utilizzato per il sindacato di eccesso di potere è rappresentato da un criterio di valutazione in termini di mera possibilità. In altre parole, l'esistenza del vizio di eccesso di potere viene acclarata sulla base di una valutazione che si basa su un grado di possibilità. La natura di detta valutazione è evidente per le figure sintomatiche di eccesso di potere, come sopra già sottolineato.

Questa diversità dei criteri di valutazione utilizzati non implica che per configurare il reato di abuso sia necessario verificare, dopo aver acclarato in termini di possibilità l'esistenza dell'eccesso di potere,

l'efficacia causale della violazione per eccesso di potere a produrre l'evento ingiusto.

Così facendo si confondono piani diversi. Il primo è quello della valutazione della sussistenza della condotta; il secondo, invece, è quello della esistenza del nesso causale. Per i due profili, come insegna la dottrina, si utilizzano criteri di valutazione differenti.

Se si pretende di accertare la violazione in termini di probabilità o, peggio ancora, di possibilità si confondono livelli diversi. Si utilizza il criterio elaborato per accertare l'esistenza del nesso causale al fine di acclarare l'esistenza della condotta, che invece va verificata in termini di certezza.

Peraltro, una siffatta impostazione viola l'art. 111 Cost. e l'art. 533 c.p.p. sul ragionevole dubbio.

d) Una ulteriore ragione induce a contestare la possibilità di configurare un abuso di ufficio in presenza di una mera violazione per eccesso di potere.

Si ipotizzi che, per avventura della sorte, si accerti l'esistenza di una violazione per eccesso di potere in termini di assoluta certezza.

In tal caso, si porrà il problema di individuare quali sia la norma violata nel dar vita all'eccesso di potere. È facile intuire che risulteranno violate una o più norme di rango sublegislativo, oppure risulteranno violate norme desunte in via interpretativa dai principi costituzionali o dai principi generali dell'ordinamento giuridico. In tutte queste ipotesi la configurabilità del reato è esclusa sulla base delle seguenti considerazioni, peraltro già illustrate nel capitolo secondo. Le norme sublegislative non possono venire in considerazione perché l'art. 323 c.p. richiede la violazione di "specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge" e perché dalla precedente formulazione della fattispecie astratta è stata espunta la violazione del regolamento. Inoltre, non è possibile recuperare le norme sublegislative come violazione mediata e indiretta della legge per le ragioni già rappresentato. Infine, non è possibile neppure invocare, ai fini della configurazione del reato in esame, la violazione dei principi costituzionali o dei principi generali dell'ordinamento giuridico, anche in questo caso per le ragioni sopra ampiamente illustrate.

Giunti a tal punto, si potrà sostenere che l'eccesso di potere può derivare anche dalla violazione di una norma di legge. Tuttavia, in tal caso avremo un abuso di potere per violazione di una legge o di un atto avente forza di legge, non certo per eccesso di potere.

e) In definitiva, per quanto concerne l'eccesso di potere va rilevato che una siffatta configurazione della patologia in esame non si presta a un suo utilizzo in sede penale.

L'eccesso di potere è un vizio in movimento che male si concilia con il principio di prevedibilità.

La configurazione dell'eccesso di potere, come elemento costitutivo della fattispecie penale, non è conforme al principio di tipicità, perché difetta del necessario riferimento a una specifica legge; non è conforme al principio di tassatività, perché il contenuto della patologia non rinviene in una previa legge una sua esatta connotazione; non è conforme al principio di prevedibilità perché le figure di eccesso di potere sono continuamente incrementate dalla giurisprudenza e dalla dottrina e non costituiscono un *numerus clausus*.

21. Come configurare la norma per escludere l'eccesso di potere

Al fine di elaborare una fattispecie penale astratta, idonea a precludere al giudice penale di sostenere la configurabilità del reato di abuso di ufficio in presenza di un eccesso di potere, è necessario emanare una disposizione di legge che sancisca espressamente che “*L'illecittimità per eccesso di potere non è una violazione idonea a integrare il reato di abuso di ufficio*”.

Capitolo Quarto

L'evento e l'elemento soggettivo

SOMMARIO: 1. L'ingiustizia dell'evento. – 2. Gli interventi del legislatore sull'elemento soggettivo. – 3. La nozione di dolo intenzionale nell'abuso di ufficio. – 4. L'interpretazione offerta dalla Cassazione del requisito dell'intenzionalità. – 5. La prova del requisito dell'intenzionalità. – 6. La prova del requisito dell'intenzionalità fondata su un concetto giuridico indeterminato. – 7. Ulteriori rilievi critici alla tesi della macroscopicità delle invalidità. – 8. La pretesa compatibilità fra l'intenzionalità del dolo e la finalità pubblicistica. – 9. La tesi della centralità sistemica del requisito dell'intenzionalità. – 10. La necessità di un intervento del legislatore per precludere operazioni ermeneutiche volte a elidere il requisito dell'intenzionalità.

1. L'ingiustizia dell'evento

La l. n. 234/1997 stabiliva che “Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni”.

In tal modo, la norma riplasmava l'abuso d'ufficio, trasformandolo da reato di pura condotta a reato di evento. Nella precedente versione l'“ingiusto vantaggio patrimoniale” e il “danno ingiusto” rilevavano come fine specifico del dolo e avevano la funzione di configurare l'elemento soggettivo del reato come dolo specifico. Con la riforma

del 1997 l'“ingiusto vantaggio patrimoniale” e il “danno ingiusto” sono stati dislocati diversamente, perché dall'elemento soggettivo sono transitati a qualificare l'elemento oggettivo, vale a dire l'evento causato dalla condotta¹. In tal modo, il legislatore ha precisato che, ai fini della configurazione del reato, è necessaria l'esistenza di una derivazione causale tra le modalità di produzione dell'evento, legislativamente previste, e il vantaggio o il danno prodotti.

La disposizione penale, pertanto, ritiene necessaria, ai fini della configurabilità del reato, la c.d. “doppia ingiustizia”, vale a dire l'ingiustizia della condotta e l'ingiustizia del vantaggio o del danno.

L'ingiustizia che contraddistingue l'evento è stata inquadrata nell'ambito della “illiceità speciale”², che ricorre in quei casi in cui un determinato elemento della fattispecie penale astratta risulta integrato solo se esso sia in contrasto con una norma extra penale, alla quale fa rinvio la stessa norma incriminatrice³.

Nell'impianto normativo è implicita la necessità di tenere separati i due requisiti, perché ai fini della configurabilità del reato di abuso d'ufficio è necessario accertare l'ingiustizia della condotta e l'ingiustizia dell'evento. In tal senso si è orientata la giurisprudenza⁴, sostenendo che, in base alla nuova formulazione della norma, il danno o il

¹ In termini, T. PADOVANI, *Commento all'art. 323 del codice penale*, in *Leg. pen.*, 1997, 747; A. MERLO, *L'abuso di ufficio. Tra legge e giudice*, Torino, 2019, 50 ss.

² Sulla illiceità speciale si veda D. PULITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 65.

³ In termini, G. DELLA MONICA, *L'ingiusto vantaggio patrimoniale*, in A.A. DALLIA-M. FERRAIOLI (a cura di), *La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997, 97; A. SECRETO-G. DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 495 ss.; S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008, 268 ss.; A. D'AVIZZO, *L'abuso di ufficio*, Milano, 2009, 187; C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I, I delitti dei pubblici ufficiali*, Padova, 2013, 1000; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (artt. 314-335 bis cod. pen.)*, Milano, 2019, 516.

⁴ Cass. pen., sez. VI, 27.6.2006; Cass. pen., sez. VI, 17.2.2015, n. 10133; Cass. pen., sez. VI, 11.11.2015, n. 48914; Cass. pen., sez. VI, 18.3.2016, n. 17676; Cass. pen., sez. VI, 5.7.2018, n. 43287; Cass. pen., sez. VI, 22.2.2019, n. 24186.

vantaggio devono essere contrari al diritto *ex se*. Si è evidenziato il ruolo centrale svolto dal requisito dell'ingiustizia dell'evento, che consentirebbe di distinguere l'illecito penale da quello amministrativo⁵.

La dottrina ha preso atto del requisito della "doppia ingiustizia" e ne ha sottolineato l'importanza nella configurazione della fattispecie.

Tuttavia, la dottrina, nel valutare il ruolo del requisito dell'ingiustizia del danno nell'ambito della fattispecie penale astratta, lo ha considerato "una superfetazione tassonomica degli elementi della fattispecie"⁶, un elemento pressoché scontato e superfluo. Invero, qualora la condotta, benché illegittima, non conducesse al conseguimento di un vantaggio o di un danno ingiusto, la condotta sarebbe inoffensiva e, per il principio di offensività, il reato non sarebbe configurabile⁷.

Il rilievo, da un punto di vista logico, è ineccepibile. Anche se il legislatore non avesse inserito nella fattispecie astratta il requisito dell'ingiustizia del vantaggio o del danno, una condotta benché illecita, ma inoffensiva, non avrebbe potuto integrare alcun reato. Peraltro, la dottrina, già da tempo, vale a dire già in presenza dell'originaria formulazione dell'art. 323 c.p., aveva rilevato l'insussistenza del reato in caso di inoffensività della condotta e aveva ritenuto il requisito in questione già implicitamente contenuto nella struttura della fattispecie⁸.

Senonché, si è delineata una interpretazione giurisprudenziale secondo la quale non è necessario che l'ingiustizia del vantaggio o del danno derivi da una violazione di legge distinta e diversa da quella

⁵ Cass. pen., sez. un., 20.6.1990 Monaco.

⁶ A. MERLO, *L'abuso di ufficio. Tra legge e giudice*, Torino, 2019, 52.

⁷ Sulla questione si vedano A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto di interesse nel sistema penale*, Torino, 2004, 64; S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008, 271; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Bologna, 2012, 250.

⁸ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, V, *Dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia*, a cura di P. NUVOLONE-G. PISAPIA, 5ª ed., Torino, 1981, 284; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, Milano, 1987, 687.

che, invece, deve contraddistinguere la condotta⁹. In tal modo si è fatta strada una corrente interpretativa secondo la quale l'ingiustizia del vantaggio o del danno può desumersi, anche implicitamente, dalla illegittimità della condotta.

A quanto precede va aggiunto che la tendenza a obliterare il requisito dell'ingiustizia del vantaggio o del danno è diffusa nella giurisprudenza di merito. Sino ad ora essa non è emersa in Cassazione perché, quando il Tribunale non è riuscito a giungere alla assoluzione dello sventurato imputato, spettava alla prescrizione fare giustizia di un improvvido esercizio dell'azione penale. Il venir meno della prescrizione, a seguito dei recenti interventi del legislatore, riserverà molte sorprese.

Sarebbe stato opportuno che la l. n. 120/2020 avesse indicato in maniera espressa che non integra il reato di abuso quella condotta che non causi un "ingiusto vantaggio patrimoniale" o un "danno ingiusto", benché posta in essere in violazione di legge o, come si esprime ora la nuova norma, in 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".

Si sarebbe trattato pur sempre di una superfetazione, ma di una superfetazione necessaria a evitare imputazioni penali in violazione della Costituzione e della legge.

2. Gli interventi del legislatore sull'elemento soggettivo

La l. di riforma n. 120/2020 non è intervenuta espressamente sull'elemento soggettivo e non ha risolto la criticità – seppur marginale – dell'elemento in parola.

Invero, la riforma della l. n. 234/1997, se si fosse limitata a trasformare il reato di abuso di ufficio da reato di pura condotta a dolo specifico a reato di evento, lo avrebbe configurato come un reato a do-

⁹Cass. pen., sez. VI, 29.1.2015, n. 11934; Cass. pen., sez. VI, 4.11.2015, n. 48913; Cass. pen., sez. VI, 1.10.2018, n. 43287.

lo generico. L'effetto prodotto dalla norma sarebbe stato quello di ampliare oltre misura l'area delle fattispecie riconducibili all'art. 323 c.p., sanzionando penalmente anche la condotta del soggetto attivo che non avesse agito con il fine specifico di cagionare un danno ingiusto o di conseguire un ingiusto vantaggio, ma avesse solo previsto tali eventi come una conseguenza certa o anche solo eventuale della propria condotta. In altri termini, il reato sarebbe stato integrato sia dal dolo indiretto, vale a dire quello che ricorre quando i predetti eventi sono previsti dall'agente come una conseguenza certa del loro agire, sia dal dolo eventuale, vale a dire quello che sussiste quando l'agente accetta il rischio della loro realizzazione. Quanto meno sotto il profilo soggettivo si sarebbe prodotta una situazione di indeterminatezza più grave di quella verificatasi a seguito della modifica effettuata con la l. n. 86/1990.

La l. di riforma n. 234/1997 ha introdotto nell'art. 323 c.p., molto opportunamente, l'avverbio "intenzionalmente", con il quale, esigendo che il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio abbia procurato "intenzionalmente" il vantaggio o il danno, conferisce al requisito della intenzionalità una funzione altamente selettiva. Invero, l'intenzionalità dell'evento esclude il dolo eventuale e il dolo diretto o dolo di secondo grado o dolo indiretto.

3. La nozione di dolo intenzionale nell'abuso di ufficio

Come è noto, il dolo è intenzionale (o diretto di primo grado) quando il soggetto ha di mira proprio la realizzazione della condotta criminosa, se si tratta di reato di azione, o la causazione dell'evento, se si tratta di reato di evento. Si è in presenza di una scelta volitiva che raggiunge l'intensità massima¹⁰. In questo caso la volontà ha un ruolo dominante. Si ha dolo diretto (o di secondo grado), quando il soggetto

¹⁰ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 382; A. PAGLIARO, *Il reato*, in F.G. GROSSO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2007, 91.

agente si rappresenta con certezza gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice ed è consapevole che la sua condotta la integrerà. La commissione del reato non è l'obbiettivo principale della sua azione, ma è una conseguenza necessaria. Nell'ambito di tale categoria rientra anche il dolo indiretto, così denominato da alcuni, che ricorre nei casi in cui il reato rappresenta una conseguenza accessoria connessa in maniera necessaria alla realizzazione del fatto principale. Nel dolo diretto svolge un ruolo fondamentale la rappresentazione¹¹. Infine, si ha dolo eventuale quando il soggetto agente si rappresenta la commissione di un reato solo come conseguenza possibile della sua condotta¹², oppure, secondo un'altra nota definizione, allorché ne abbia assunto la responsabilità, vi abbia aderito psicologicamente, abbia accettato il rischio¹³.

Nell'abuso di ufficio il dolo è intenzionale.

L'art. 323 c.p. conferisce all'intenzionalità un ruolo particolare perché la colloca al centro della condotta, come elemento di congiunzione fra condotta ed evento. Infatti, l'art. 323 c.p. stabilisce che “nello svolgimento delle funzioni o del servizio (...) intenzionalmente procura (...) un ingiusto vantaggio (...) o danno”. L'intenzionalità rende l'evento un obbiettivo perseguito dall'autore del reato con il massimo grado di volontà. Come ben messo in evidenza, l'avverbio “intenzionalmente” svolge una precisa funzione selettiva¹⁴.

¹¹ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 383; A. PAGLIARO, *Il reato*, in F.G. GROSSO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2007, 91, che definisce il “dolo diretto” con la locuzione “dolo indiretto”, affermando che nel dolo indiretto la volontà dell'agente si atteggiava come consenso all'evento, non si dirige direttamente verso l'evento tipico, ma l'abbraccia come conseguenza accessoria, ma necessaria della condotta.

¹² G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 384 ss.; A. PAGLIARO, *Il reato*, in F.G. GROSSO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2007, 92, affermando che nel dolo eventuale il soggetto non si rappresenta come certo l'evento accessorio, ma lo ritiene soltanto possibile, ne accetta il rischio della realizzazione.

¹³ M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Torino, 2019, 465.

¹⁴ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (artt. 314-335 bis cod. pen.)*, Milano, 2019, 374.

4. L'interpretazione offerta dalla Cassazione del requisito dell'intenzionalità

La giurisprudenza della Corte Suprema ha correttamente ricostruito la funzione selettiva svolta dal requisito dell'intenzionalità. Le pronunce della Cassazione, ovviamente, in punto di diritto sono ineccepibili. La Cassazione, in tema di abuso di ufficio, ha distinto in maniera a dir poco magistrale il requisito del dolo intenzionale dalle altre forme di dolo.

Si è affermato che *“si ha dolo intenzionale allorché l'evento sia dall'agente perseguito come scopo finale; dolo diretto ove l'evento, pur non perseguito dal reo, si rappresenti alla sua mente in un'ottica di elevata probabilità e certezza; dolo eventuale qualora l'azione venga posta in essere con la consapevolezza che l'evento, non direttamente voluto, ha la probabilità di verificarsi in conseguenza della propria azione e con l'accettazione volontaristica di tale rischio”*¹⁵.

In alcune decisioni si è affermato che il dolo, nella fattispecie di abuso di ufficio, è un elemento psicologico a struttura articolata. Invero, esso assume i connotati del dolo generico con riferimento alla condotta e, precisamente, con riferimento alla coscienza e volontà di violare la legge o di trasgredire l'obbligo di astensione. Invece, assume i connotati del dolo intenzionale rispetto all'evento e segnatamente al danno o al vantaggio patrimoniale ingiusti¹⁶.

5. La prova del requisito dell'intenzionalità

Senonché, una diversa valutazione deve riservarsi ai criteri valutativi della prova della intenzionalità presente nelle sentenze della Cassazione.

¹⁵ Cass. pen., sez. fer., 27.8.2013, n. 46151. Si vedano, inoltre, Cass. pen., sez. un., 15.12.1992, n. 646; Cass. pen., sez. un., 12.10.1993, n. 685; Cass. pen., sez. un., 14.2.1996, n. 1419.

¹⁶ Cass. pen., sez. VI, 20.4.2011, n. 34116; Cass. pen., sez. II, 5.5.2015, n. 23019.

Innanzitutto, va contestata l'affermazione secondo la quale il dolo, consistendo in un modo di essere di un elemento psicologico, non può essere oggetto di prova diretta. Invero, è possibile dare la prova diretta anche di un elemento impalpabile come quello soggettivo. Si pensi ai casi in cui il soggetto agente, con scritti o con dichiarazioni, manifesti la volontà di agire per favorire o per danneggiare un determinato soggetto. Si tratta di ipotesi rare, ma non impossibili. Ricordo il caso, verificatosi molti anni fa, di un magistrato inquirente che improvvidamente dichiarò, alla presenza di vari testimoni e del difensore, che avrebbe "perseguitato" l'assistito di quest'ultimo, ristretto in carcere, oppure il caso, più recente, di un funzionario di polizia giudiziaria che, nel corso delle indagini, dichiarò alla presenza di più persone che avrebbe "distrutto" un altro agente di polizia, perché guadagnava più di lui.

A parte casi estremi, come quelli sopra rappresentati, è possibile svolgere specifiche indagini per acquisire la prova diretta della intenzionalità del proposito criminoso. Per esempio, poiché il reato di abuso di ufficio raramente "cammina" da solo, in sede di intercettazioni disposte per altre ipotesi delittuose, è possibile conseguire una prova certa della intenzionalità dell'abuso.

Pertanto, il ricorso a indizi sintomatici spesso è un alibi per giustificare una carenza istruttoria, più che una necessità.

In ogni caso, come ben evidenziato dalla Corte Suprema, la prova della intenzionalità del reato di abuso di ufficio può essere desunta da vari elementi sintomatici che dimostrino la effettiva "ratio" ispiratrice del comportamento. In una recente ricostruzione degli elementi sintomatici, ritenuti dalla Cassazione idonei a fornire la prova della sussistenza del dolo intenzionale, si è sostenuto che tali siano: 1) l'evidenza, la reiterazione e la gravità delle violazioni di legge, come tali immediatamente riconoscibili dall'agente; 2) la specifica competenza professionale dell'agente, tale da rendergli riconoscibile la violazione; 3) la motivazione del provvedimento, quando sia meramente apparente o manifestamente pretestuosa; 4) i rapporti personali eventualmente accertati tra l'autore del reato e il soggetto che dal provvedimento invalido tragga l'ingiusto vantaggio patrimoniale o l'ingiusto danno; 5) l'adozione di ulteriori atti invalidi finalizzati esclusivamente a sanare

le patologie del provvedimento costitutivo del reato di abuso d'ufficio¹⁷.

Una configurazione così ampia di elementi indiziari della intenzionalità del dolo nell'abuso d'ufficio non può essere condivisa.

L'accertamento dell'esistenza di un accordo collusivo tra il pubblico dipendente e il beneficiario della sua azione costituisce un elemento, dotato di particolare significatività, dal quale inferire l'intenzionalità del dolo.

Naturalmente, deve essere chiaro che l'accordo collusivo è un elemento autonomo della fattispecie, che deve essere oggetto di prova autonoma e specifica. La possibilità di inferire da esso la dimostrazione dell'intenzionalità ha natura meramente indiziaria, che deve essere supportata, come avviene per ogni impianto probatorio di natura indiziaria, da altri elementi certi, univoci e concordanti dai quali inferire la certezza dell'elemento da provare.

Significativi, in tal senso, sono anche i rapporti personali che siano tali da comprovare, non sulla scorta di mere congetture, la volontà di provocare un ingiusto vantaggio o un ingiusto danno¹⁸.

Inoltre, la prova della intenzionalità del dolo può essere desunta dall'accertamento dell'esistenza di un percorso comportamentale – nell'ambito del quale possono confluire anche una pluralità di atti giuridici posti in essere dall'imputato, non necessariamente tutti invalidi – chiaramente sintomatico della diretta ed esclusiva intenzione di favorire una determinata persona, ostacolando le aspirazioni di altri soggetti interessati a conseguire lo stesso beneficio, al quale più della prima avevano diritto¹⁹.

La Cassazione considera idonea a provare la sussistenza della intenzionalità del dolo anche la “macroscopicità” delle invalidità che affliggono il provvedimento amministrativo. Soprattutto i giudici di me-

¹⁷ F. RIGO, *Abuso di ufficio*, in T. PADOVANI (a cura di), *Le fonti del diritto italiano*, Milano, 2019, 2212.

¹⁸ Cass. pen., sez. VI, 21.5.2009, n. 40499; Cass. pen., sez. VI, 25.1.2013, n. 21192; Cass. pen., sez. III, 26.2.2013, n. 13735; Cass. pen., sez. III, 15.12.2016, n. 7161.

¹⁹ Cass. pen., sez. VI, 15.4.2014, n. 36179.

rito conferiscono un valore prevalente al criterio della macroscopicità. A volte si leggono sentenze in cui la ricostruzione della prova della sussistenza della intenzionalità del dolo si basa esclusivamente sulla c.d. macroscopicità delle invalidità rilevate.

A onor del vero, a differenza delle pronunce dei giudici di merito, la Cassazione precisa in alcune sue sentenze che la c.d. macroscopicità delle invalidità dell'atto non è da sola sufficiente a dimostrare l'intenzionalità dell'abuso, soprattutto quando essa sia relativa al mero comportamento antigiuridico dell'agente. Secondo il predetto orientamento della Cassazione, è necessario che l'elemento in questione risulti suffragato da ulteriori dati idonei a comprovare l'intento dell'autore del reato²⁰.

La tesi in esame non può essere accolta neppure nella versione edulcorata, riportata per ultimo. La macroscopicità è un concetto giuridico indeterminato, anzi nel caso in esame non è neppure un concetto giuridico, è solo una aggettivazione indeterminata. Essa viene caricata di valori in maniera arbitraria da ogni interprete, con la conseguenza che la macroscopicità viene ricostruita diversamente da caso a caso, con inevitabile indeterminatezza della fattispecie penale.

6. La prova del requisito dell'intenzionalità fondata su un concetto giuridico indeterminato

Tuttavia, poiché la macroscopicità delle illegittimità amministrative è una nozione di diritto amministrativo, è opportuno svolgere qualche considerazione sui concetti giuridici indeterminati di diritto amministrativo²¹, al fine di palesare la natura della nozione, alla quale ricorre la giurisprudenza in sede di interpretazione applicativa.

²⁰ Cass. pen., sez. III, 7.11.2013, n. 48475; Cass. pen., sez. VI, 15.4.2014, n. 36179; Cass. pen., sez. VI, 19.4.2017, n. 31594; Cass. pen., sez. VI, 28.9.2017, n. 57914; Cass. pen., sez. VI, 27.9.2018, n. 52882.

²¹ S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 282 ss.

Invero, i concetti giuridici indeterminati (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) sono locuzioni tipo “interesse pubblico”, “pubblica sicurezza”, “ordine pubblico” e “buon costume”, presenti nella legge.

Il concetto giuridico indeterminato non configura una entità dotata di una ontologica incertezza o vaghezza. Al contrario, la presenza di concetti giuridici indeterminati deriva dal fatto che il legislatore utilizza – nella descrizione della fattispecie – termini che abbracciano una pluralità di fenomeni, che fanno riferimento a una categoria generale, idonea ad assumere diversi significati, che non hanno caratteri specifici, definiti e precisi.

L'elaborazione della nozione di concetti giuridici indeterminati si deve soprattutto alla dottrina tedesca, che la ha approfondita in contrapposizione con la nozione di discrezionalità. L'elaborazione delle due nozioni è stata dislocata sul piano strutturale della norma²², scomposta nei due elementi della fattispecie e della statuizione. La discrezionalità è stata allocata sul versante degli effetti giuridici²³ e ricorre quando la legge devolve all'amministrazione il potere di stabilire la regola del proprio agire, consentendole di determinare le conseguenze giuridiche. Invece, i concetti giuridici indeterminati sono stati collocati nell'ambito della fattispecie normativa²⁴. Al fine di delineare la prima ipotesi si suole parlare di *Handlungsspielraum*, letteralmente spazio di azione; invece, al fine di definire la seconda si utilizza l'espressione *Beurteilungsspielraum*, letteralmente spazio di valutazione e di apprezzamento.

Nella prima specifica trattazione²⁵ dedicata alla nozione di *unbe-*

²² Sulla struttura della norma si veda K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1968, (trad it. *Introduzione al pensiero giuridico*), Milano, 1970, 13 ss.

²³ In tal senso, H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2002, 98; H.U. ERICHSEN-W. MARTENS, *Das Verwaltungshandeln*, in ERICHSEN-HANS UWE-MARTENS-WOLFGANG (hrsg), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin-New York, 1992, 196 ss. In termini analoghi, C. MORTATI, *Potere discrezionale*, in *Nuovo Dig. it.*, X, 1939, 77 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 1989, 591.

²⁴ In tal senso, C.H. ULE, *Verwaltungsprozeßrecht*, München, 1983, 8 ss.

²⁵ Si fa riferimento al lavoro di W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*, Tübingen, 1913, 36 ss. Sul tema dei concetti giuridici indeterminati si veda anche W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, Berlin, 1931, 30 ss.

stimmte Rechtsbegriffe, si sostiene che, quando il legislatore impiega volutamente un concetto indeterminato, attribuisce all'amministrazione un potere discrezionale²⁶; invece, quando l'incertezza non è voluta, il legislatore devolve all'amministrazione il potere di interpretare la legge²⁷. In tal caso, l'amministrazione non dovrà scegliere fra diverse soluzioni, ma sarà costretta ad assumere l'unica determinazione giuridicamente corretta. L'attività interpretativa è sindacabile dal giudice perché essa consente di dedurre dal concetto indefinito un unico specifico significato. L'influenza di siffatta costruzione sul dibattito successivo è stata fondamentale²⁸.

La categoria dei concetti giuridici indeterminati nasce e si sviluppa congiuntamente alla "tesi dell'unica decisione giusta", secondo la quale in presenza di un concetto giuridico indeterminato l'amministrazione poteva adottare un'unica decisione giusta²⁹. La tesi aveva un fondamento logico, più che giuridico, basato sul rilievo che quando il legislatore, con un concetto giuridico indeterminato, stabilisce un certo presupposto, tale presupposto potrà esistere o non esistere, ma non potrà accadere che esso contemporaneamente ricorra e non ricorra. Ne consegue che l'amministrazione potrà adottare solo una unica soluzione giusta e che il giudice potrà sindacare la correttezza dell'interpretazione e dell'applicazione del concetto stesso, operate dall'amministrazione³⁰.

²⁶ W. JELLINEK, *Gesetz*, cit., 1913, 39 ss.

²⁷ W. JELLINEK, *Gesetz*, cit., 1913, 30 ss.

²⁸ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 50.

²⁹ H. REUB, *Das Ermessen*, in *D.V.Bl.*, 1953, 649 ss.; F. CZERMAK, *Zur Lehre vom gerichtsfreien Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden*, in *Jus*, 1968, 399 ss.; H.H. RUPP, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, Tübingen, 1965, 213 ss.; W. SCHMIDT, *Gesetzvollziehung durch Rechtsetzung*, Tübingen, 1969, 142 ss.; F. OSSENBÜHL, *Renaissance der administrativen Beurteilungsermächtigung*, in *D.Ö.V.*, 1972, 402 ss.; H.U. ERICHSEN-W. MARTENS, *Das Verwaltungshandeln*, in H.U. ERICHSEN-W. MARTENS (hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin-New York, 1992, 191, 192; W. SCHMIDT, *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, München, 1982, 59 ss.

³⁰ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 1995, 52 ss.

Negli anni successivi, la dottrina tedesca³¹ ha accentuato la separazione dell'ambito riservato alla valutazione discrezionale dell'amministrazione da quello devoluto, invece, ai concetti giuridici indeterminati, collocando, la prima, nella sfera riservata alle conseguenze dell'esercizio del potere (*Rechtsfolgenermessen*) e situando, la seconda, nella fattispecie normativa.

Il dibattito sul carattere attributivo di discrezionalità, insito nei concetti giuridici indeterminati, è stato affrontato distinguendo fra discrezionalità di azione o volitiva, che ricorre quando la legge conferisce all'amministrazione libertà di azione, e discrezionalità sussuntiva, vale a dire cognitiva o di giudizio, che ricorre quando la legge attribuisce un certo margine di valutazione dei presupposti per l'azione³². Nella prima ipotesi ricorre quella che viene denominata discrezionalità amministrativa; invece, nella seconda ricorre quello che può essere definito uno spazio libero di valutazione (*Beurteilungsspielraum*). La finalità perseguita da siffatto orientamento è stata quella di ricavare uno spazio, inaccessibile al sindacato giurisdizionale, diverso da quello occupato dalla discrezionalità vera e propria³³. A tal fine, la tesi in esame approfondisce il significato del termine "indeterminato" e quello del termine "giuridico". Sotto il primo profilo, le varie tipologie di concetti indeterminati rappresentano la base per verificare se la legge vuole conferire all'amministrazione uno spazio di valutazione insindacabile. La riflessione sulla natura giuridica del concetto indeterminato conduce la dottrina in esame a sostenere che rientrano nell'ambito della giuridicità e, pertanto, sono sindacabili dal giudice l'attività di interpretazione, vale a dire quella di definizione del contenuto del concetto indeterminato, e l'attività di accertamento del fatto. Invece, secondo la tesi in esame, quando l'amministrazione procede all'applicazione di un concetto giuridico indeterminato a un caso concreto, vale a dire sussume il fatto nella fattispecie legislativa astratta, il suo

³¹ O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, in *J.Z.*, 1955, 97 ss.; O. BACHOF, *Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum*, in *J.Z.*, 1972, 641 ss.

³² D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 1995, 65.

³³ O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum*, cit., in *J.Z.*, 1955, 99 ss.

giudizio rimane insindacabile. Ad onor del vero, il sindacato del giudice è ammissibile, ma è limitato alla verifica che l'amministrazione operi rispettando lo spazio riservatole³⁴. In tal modo, viene superata sia la tesi dell'unica soluzione giusta, perché si svela che il concetto giuridico indeterminato presenta una variegata gamma di soluzioni, sia la tesi della piena sindacabilità giurisdizionale del procedimento di applicazione amministrativa dei concetti giuridici indeterminati, nei limiti che si è innanzi precisato³⁵.

La tesi in esame affronta anche il problema della conformità costituzionale di una disciplina limitativa del sindacato giurisdizionale, evidenziando che si tratta di una limitazione del tutto eccezionale, che è sindacato il rispetto, da parte dell'amministrazione, dei limiti dello spazio di valutazione e che sussiste l'onere della amministrazione di motivare analiticamente la sua determinazione, con conseguente controllo giurisdizionale sulla motivazione stessa³⁶.

La teoria dello *Beurteilungsspielraum* si distingue dalle elaborazioni precedenti³⁷, oltre che per la mancata corrispondenza di ambito oggettivo fra le categorie³⁸, soprattutto perché il concetto giuridico indeterminato costituisce una categoria intermedia fra le opposte categorie della discrezionalità e della vincolatività³⁹.

Detta impostazione è stata convalidata e ulteriormente sviluppata dalla coeva teoria denominata dottrina della rappresentatività o sostenibilità (*Vertretbarkeitslehre*)⁴⁰, secondo la quale soprattutto i concetti

³⁴ O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum*, cit., in *J.Z.*, 1955, 99 ss.

³⁵ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 1995, 69.

³⁶ O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum*, cit., in *J.Z.*, 1955, 100 ss.

³⁷ W. Jellinek ascrive le norme concernenti i concetti giuridici indeterminati all'ambito della categoria delle norme attributive di discrezionalità.

³⁸ Non vi è né correlazione, né piena corrispondenza fra l'ambito oggettivo dei concetti giuridici indeterminati, secondo la costruzione di W. Jellinek, e l'ambito oggettivo dei concetti giuridici indeterminati, secondo l'elaborazione di O. Bachof.

³⁹ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 1995, 72.

⁴⁰ La dottrina della sostenibilità si riallaccia alla teoria elaborata da PH. HECK, *Gesetzesjurisprudenz*, Tübingen, 1914, e successivamente sviluppata da D. JESCH, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht*, in *A.ö.R.*, 1957, 171 ss.

di valore o normativi non sono applicabili se non integrati da un giudizio di valore⁴¹. Secondo la tesi in esame, vi sono concetti giuridici indeterminati fattuali o descrittivi che conducono a una sola interpretazione e altri, i concetti normativi, che legittimano soluzioni diverse e alternative, tutte parimenti valide⁴². Per i concetti fattuali o descrittivi, il giudice amministrativo può sindacare il procedimento di sussunzione del fatto nella fattispecie normativa perché si tratta di una pura attività interpretativa⁴³. Invece, in presenza di concetti normativi, il giudice amministrativo può sindacare l'interpretazione che l'amministrazione abbia fatto del concetto giuridico indeterminato e la sussunzione fra fatto concreto e fattispecie normativa, ma si deve astenersi dall'incidere sul giudizio di valore formulato dall'amministrazione⁴⁴.

L'originalità della ricostruzione in esame risiede nel fatto che essa giustifica la riserva di amministrazione e la preclusione al giudice di sindacare l'operato dell'amministrazione stessa basandosi sui caratteri specifici del provvedimento amministrativo, sulle competenze tecniche e sulla responsabilità specifica dell'amministrazione⁴⁵.

La tesi dell'autonomo spazio di valutazione, originariamente risalente a O. Bachof, è stata ulteriormente sviluppata dalla tesi denominata prerogativa di valutazione (*Einschätzungsprärogative*)⁴⁶ calibrata sui concetti giuridici indeterminati, connotati da una marcata valenza politica, per la cui specificazione è richiesto l'intervento di organi di governo.

Rispetto alle posizioni sin qui passate in rassegna, recenti tendenze

⁴¹ La tesi in esame è stata formulata per la prima volta da C.H. ULE, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*, in *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, München, 1955, 309 ss., 318 ss., e, poi, è stata ripresa e sviluppata in C.H. ULE, *Unbestimmte Begriffe und Ermessen im Umweltschutzrecht*, in *D.V.Bl.*, 1973, 756 ss.; C.H. ULE, *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., 1983, 9; C.H. ULE, *Rechtsstaat und Verwaltung*, in *Verw. Arch.*, 1985, 1 ss., 9 ss.

⁴² C.H. ULE, *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., 1983, 9 ss.

⁴³ C.H. ULE, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe*, cit., 1955, 324 ss.

⁴⁴ C.H. ULE, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe*, cit., 1955, 326 ss.

⁴⁵ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 1995, 77.

⁴⁶ J. WOLFF-O. BACHOF-R. STOBEN, *Verwaltungsrecht*, München, 2000, § 31.

hanno spinto verso una opposta direzione, riconoscendo la presenza di concetti giuridici indeterminati nelle conseguenze giuridiche e riconoscendo nella fattispecie (quale elemento della norma) la presenza di formule attributive del potere discrezionale⁴⁷.

Posizioni estreme hanno propugnato un rovesciamento della prospettiva, allocando l'attribuzione del potere discrezionale sul versante della fattispecie⁴⁸.

Le prevalenti recenti elaborazioni dottrinali si pongono in continuità con le teorie delle *Beurteilungsspielraum* e della *Vertretbarkeit*, ricollegando l'esistenza di uno spazio di valutazione riservato all'amministrazione e precluso al sindacato giurisdizionale alla presenza nella norma di legge di concetti giuridici indeterminati⁴⁹.

Il riconoscimento all'amministrazione di compiti applicativi della legge è diventato più accentuato in quei settori tecnici e scientifici nei quali più rapidi sono stati i processi evolutivi e in cui il giudice con

⁴⁷ H.U. ERICHSEN-W. MARTENS, *Das Verwaltungshandeln*, cit., 1992, 191, 196; H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 2002, 105; H. EHMKE, "Ermessen" und "unbestimmte Rechtsbegriffe" im Verwaltungsrecht, Tübingen, 1960, 132 ss.; H. SENDLER, *Skeptisches zum unbestimmte Rechtsbegriffe*, in *Festschrift für Ule*, München, 1987, 337.

⁴⁸ In tal senso, W. SCHMIDT, *Abschied vom "unbestimmter Rechtsbegriffe"*, in *N.J.W.*, 1975, 1753 ss.; R. GEITMANN, *Bundesverfassungsgericht und "offene" Normen*, Berlin, 1971, 173 ss.; G. SCHIMDT-EICHSTAEDT, *Ermessen, Beurteilungsspielraum und eigenverantwortliches Handeln der Verwaltung*, in *AÖR*, 1973, 173 ss.; G. SCHIMDT-EICHSTAEDT, *Der Konkretisierungsauftrag der Verwaltung beim Vollzug öffentlich-rechtlicher Normen*, in *D.V.Bl.*, 1985, 645; H.J. KOCH, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht*, Frankfurt am Main, 1979, 172 ss.

⁴⁹ H.U. ERICHSEN, *Die sog. unbestimmter Rechtsbegriffe*, cit., 24 ss.; H. KIND, *Ist die gesetzliche Verpflichtung der Executive zur (letzterverbindlichen) Auslegung eines "unbestimmten Berchtsbegriffes" durch Allgemeine Verwaltungsvorschriftenverfassungswidrig*, in *D.ö.V.*, 1988, 679 ss.; H. HILL, *Rechtsstaatliche Bestimmtheit oder situationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandeln*, in *D.ö.V.*, 1987, 886 ss.; H.W. RENGELING, *Anlagenbegriff, SchADVorsorge und Verfahrensstufung im Atomrecht*, in *D.V.Bl.*, 1986, 265 ss.; D. GRIMM, *Die Aufgabenverteilung zwischen Justiz und Verwaltung bei der Genehmigung kerntechnisches Anlagen*, in SH. VAN BUIREN (hrsg), *Reichterliches Handeln und technisches Risiko*, Baden-Baden, 1982, 25 ss.; M. REINHARDT, *Abschied von der verwaltungsvorschrift im Wasserrecht*, in *D.ö.V.*, 1992, 102 ss.

maggior difficoltà si è mostrato in grado di compensare le lacune normative che richiedono particolari conoscenze tecniche.

Particolarmente complesso il giudizio in caso di pianificazione territoriale, nell'ambito della quale si è affermata la convinzione della necessità di riconoscere all'amministrazione ampi spazi di valutazione riservata.

Ciò nonostante, un orientamento minoritario ha negato la sussistenza e l'utilità di un'autonoma e distinta categoria dei concetti giuridici indeterminati.

La giurisprudenza tedesca⁵⁰, salvo qualche sporadica eccezione⁵¹, ha pervicacemente perseguito la strada della sindacabilità dei provvedimenti emanati sulla base di concetti giuridici indeterminati, basandosi prevalentemente sulla cogenza delle norme costituzionali, che non ammettono limitazioni al sindacato giurisdizionale, e sulla convinzione che in sede di applicazione degli "*unbestimmte Rechtsbegriffe*" sia prospettabile "un'unica decisione giusta". Naturalmente, l'atteggiamento della giurisprudenza è stato differente, riconoscendo spazi insindacabili, in presenza di provvedimenti emanati in settori contraddistinti da una più marcata autonomia valutativa, come per esempio in caso di pianificazione urbanistica, di giudizi prognostici, di giudizi tecnici estremamente complessi, quali quelli concernenti le centrali nucleari.

Invero, nell'ambito della categoria dei concetti giuridici indeterminati vengono inserite figure con connotati diversi, che dipendono dal grado di indeterminatezza del concetto. Si è distinto fra concetti interpretabili in modo univoco (come le indicazioni di spazio e di tempo, quali la notte, l'alba, il tramonto, il centro abitato), concetti precisati ulteriormente in sede legislativa (quali cosa o proprietà)⁵², concetti empirici o descrittivi (*empirische oder deskriptive Begriffe*) e concetti

⁵⁰ Sull'elaborazione della giurisprudenza tedesca si vedano D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 1995, 95 ss.; C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa, Germania - Austria - Italia*, Trento, 2004, 19 ss.

⁵¹ Nota è la pronuncia del B.Vew.G. 16.12.1971 in *BVewGE*, 1971, 5, 153 ss.

⁵² H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 2002, § 7.

di valore o normativi (*Wertbegriffe oder normative Begriffe*).

La dottrina italiana, pur privilegiando l'approfondimento della contrapposizione fra discrezionalità pura e discrezionalità tecnica, ha evocato la nozione di concetto giuridico indeterminato⁵³.

Invero, per quanto concerne i concetti giuridici indeterminati va osservato che il conferimento di un potere amministrativo sulla base di concetti giuridici indeterminati pone il problema della conformità della norma al principio di tipicità e tassatività dei poteri amministrativi e di compatibilità con le situazioni giuridiche soggettive del privato di rango sovraordinato rispetto allo stesso potere amministrativo. La soluzione al suddetto problema implica alcune considerazioni preliminari.

La indeterminatezza può essere superata solo utilizzando termini con una valenza semantica specifica, idonei a indicare rispetto al *genus una species*, oppure una locuzione idonea a esprimere un concetto specifico, preciso e definito.

In presenza di un concetto giuridico indeterminato, la specificazione devoluta all'amministrazione si articola in due momenti. Innanzi tutto, l'amministrazione deve specificare la norma, generica e indeterminata, utilizzando le disposizioni di rango sovraordinato, quali principi generali dell'ordinamento, norme costituzionali e norme comuni-

⁵³ Per la dottrina italiana sui concetti giuridici indeterminati, si vedano F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 244 ss., 248 ss.; F. SATTA, *Principio di legalità*, cit., 1969, 150 ss.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 77 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note, Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 475 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 303 ss., 310 ss.; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989, 347 ss.; G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990, 136 ss.; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa, indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, 41 ss., 69 ss., 246 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 1995, 44 ss.; N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 220 ss.; C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Giurisdizione*, cit., 2004, 15 ss.; A. TRAVI, *Il giudizio amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 458 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006, 362 ss.

tarie. In altri termini, fra tutte quelle astrattamente possibili, deve scegliere una fattispecie e riferirla al caso di cui essa si occupa. Si è in presenza di una tipica attività interpretativa, analoga a quella svolta dal giudice in sede giurisdizionale⁵⁴. In secondo luogo, gli elementi di indeterminatezza che dovessero residuare all'esito della predetta attività interpretativa, vanno puntualizzati sulla scorta di una attività valutativa, che può avere natura comparativa degli interessi in gioco, oppure natura valutativa di altri profili.

Il concetto giuridico indeterminato implica il conferimento all'amministrazione del potere discrezionale di specificarne la fattispecie di riferimento, in sede di esercizio del potere stesso. L'amministrazione, fra le varie soluzioni che dovessero residuare all'esito dell'esercizio dei poteri ermeneutici, avrà il dovere di optare per quella che, al termine di una comparazione fra i vari interessi inerenti alla vicenda oppure di una mera comparazione, appaia maggiormente conforme all'interesse pubblico.

L'attività interpretativa sarà sindacabile dal giudice, negli stessi termini in cui è sindacabile l'interpretazione svolta in sede giurisdizionale. L'uso corretto dei canoni ermeneutici consentirà all'amministrazione di evitare soluzioni che violino il principio di legalità, optando per una ipotesi interpretativa conforme all'impianto normativo sovraordinato.

L'ulteriore specificazione, effettuata scegliendo fra le varie soluzioni possibili quella conforme a (e derivante da) una valutazione comparativa degli interessi, integrerà un tipico esercizio di un potere discrezionale o valutativo di altra natura, sindacabile nei limiti dell'eccesso di potere.

⁵⁴ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, 2006, 362 ss., sostiene che i concetti imprecisi riguardano fattispecie eterogenee e che tutto ciò che attiene al predicato fattuale è in linea di principio concepibile come questione interpretativa e di accertamento di presupposti legali. "nell'identificazione dei tre momenti logici dell'azione amministrativa – interpretazione e determinazione del *Tatbestand*, applicazione dei concetti così ricavati ai fatti del caso, ed apprezzamento e determinazione di determinati effetti giuridici (*Rechtsfolge*) – soltanto quest'ultimo riguardante il conseguente della norma, si ritiene possa avere riguardo alla discrezionalità amministrativa. I primi due momenti atterrebbero a tipiche manifestazioni della giurisdizione". In termini analoghi, Y. ARAI TAKAHASHI, *Discretion in German Administrative Law: Doctrinal Discourse Revisited*, in *European Public Law*, 2000, 73 ss.

In definitiva, il ricorso a un concetto giuridico indeterminato in sede ermeneutica applicativa al fine di desumere da esso elementi indiziari di una responsabilità penale è una operazione a dir poco ardua.

Invero, le due evidenti difficoltà, che precludono l'utilizzo dell'aggettivazione in esame, sono rappresentate: 1) dalla genesi giurisprudenziale e non legislativa del concetto giuridico indeterminato che la giurisprudenza pretende di utilizzare; 2) dalla palese incostituzionalità della pretesa di specificare in sede di ermeneutica applicativa penale un concetto giuridico indeterminato non previsto dal legislatore.

7. Ulteriori rilievi critici alla tesi della macroscopicità delle invalidità

Tuttavia, non è questo l'unico difetto della tesi in esame e non è neppure il più grave. Se si conferisce valore esclusivo o anche semplicemente assorbente alle invalidità, che affliggono l'azione amministrativa oggetto del reato di abuso di ufficio, per desumere da esse la prova della sussistenza dell'intenzionalità del dolo, si menoma la fattispecie penale astratta, considerandola come se una parte di essa non fosse stata scritta. In altri termini, desumendo il requisito della intenzionalità dagli altri elementi costitutivi del reato, come quello relativo alle invalidità dell'azione amministrativa, si assorbe un elemento della fattispecie penale astratta in un altro, anche esso costitutivo del reato in esame. Si legge l'art. 323 c.p. come se il requisito della intenzionalità non fosse richiesto dal legislatore. Si elimina dalla fattispecie penale astratta un requisito che il legislatore ha ritenuto imprescindibile per l'esistenza del reato; lo si rende irrilevante. Si legge la norma come se l'elemento in questione non fosse stato previsto dal legislatore.

Una siffatta operazione ermeneutica induce a contestare la pretesa di fondare la prova del requisito della intenzionalità del dolo sulla base di una inferenza logica tratta da un altro elemento costitutivo del reato.

La situazione non è dissimile da quella che si presenta quando si intenda ricostruire la volontà omicidiaria esclusivamente sulla base del

fatto che la vittima è deceduta. Non avremmo omicidio se non ci fosse un cadavere e questo dato, da solo, non consente di capire se si è in presenza di un omicidio colposo, uno omicidio doloso o un omicidio preterintenzionale. Neppure la pluralità delle ferite inferte alla vittima, da sola considerata, è sufficiente a dimostrare la volontà omicidiaria, perché sarà pur sempre necessario accertare se la numerosità delle ferite non sia dovuta a una particolare carica aggressiva dell'antagonista che ha costretto l'autore dell'omicidio a difendersi.

Insomma, la deduzione indiziaria è frutto di un complesso ragionamento che non può essere sostituito da formule di comodo, poco significative e suppletive di una seria attività investigativa, come la c.d. macroscopicità.

La macroscopicità è la nemica della intenzionalità. Il ricorso a detta nozione riporta l'impianto normativo dell'abuso di ufficio alla formulazione originaria dell'elemento soggettivo presente nel codice Rocco.

È superfluo rimarcare che non si tratta di un passo avanti.

8. La pretesa compatibilità fra l'intenzionalità del dolo e la finalità pubblicistica

Secondo un recente orientamento giurisprudenziale la tipicità del reato di abuso sussiste anche nei casi in cui all'ipotizzato vantaggio privato si affianchi una finalità pubblica⁵⁵. A onor del vero, la Cassazione ha puntualizzato che il perseguimento di pubblico interesse rende insussistente l'elemento soggettivo quando esso costituisca il fine primario dell'agente⁵⁶. In tal modo, si stempera l'asperità della tesi giurisprudenziale sopra evidenziata.

Senonché, anche con tale contemperamento la tesi sopra prospettata non può essere condivisa.

⁵⁵ Cass. pen., sez. III, 24.2.2011, n. 18895; Cass. pen., sez. VI, 19.12.2011, n. 7384; Cass. pen., sez. VI, 2.10.2014, n. 14038; Cass. pen., sez. II, 5.5.2015, n. 23019.

⁵⁶ Cass. pen., sez. VI, 2.10.2014, n. 14038.

Le contrapposizioni tra finalità pubblicistica e finalità privatistica, tra interesse pubblico e interesse privato, appartengono all'archeologia del diritto amministrativo, che continua ad essere considerata attuale solo dall'orientamento giurisprudenziale in esame.

Con la l. n. 241/1990 sono state introdotte nell'ordinamento italiano innovazioni epocali che hanno condotto al definitivo superamento della configurazione dell'interesse pubblico come interesse eteroimposto dal legislatore e contrapposto alla pluralità degli interessi presenti in una concreta vicenda amministrativa. Soprattutto la partecipazione del privato al procedimento amministrativo e il conferimento al privato di una pluralità di situazioni giuridiche soggettive attive volte a influenzare le scelte dell'amministrazione hanno conferito all'interesse privato un ruolo di primazia nella comparazione tra i vari interessi implicati in una vicenda amministrativa.

Le indagini condotte dalla dottrina⁵⁷ hanno consentito di acclarare che l'interesse pubblico, alla soddisfazione del quale deve essere rivolta l'azione amministrativa, non è un interesse pubblico astratto, bensì quello concreto, vale a dire quello che – all'esito del procedimento amministrativo e all'esito della comparazione fra i vari interessi presenti in una concreta vicenda – costituisce l'interesse da perseguire. L'interesse pubblico concreto è l'interesse alla configurazione del quale concorrono una pluralità di interessi pubblici e soprattutto privati, la cui comparazione compete all'amministrazione nell'ambito dell'esercizio della struttura procedimentale del potere amministrativo⁵⁸.

Sarebbe il caso di prendere atto delle novità introdotte dal legislatore nel diritto amministrativo. Peraltro, si tratta di dati ormai conclamati, riconosciuti dalla dottrina e dal giudice amministrativo.

In tal modo si eviterebbero quegli scivoloni, sul piano della logicità e della ragionevolezza, insiti, per esempio, nella tesi secondo la quale la sussistenza del dolo intenzionale non sarebbe escluso dal persegui-

⁵⁷ Si vedano i risultati della ricerca sull'interesse pubblico pubblicati in A. CONTIERI-F. FRANCIOSI-M. IMMORDINO-A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico fra politica e amministrazione*, Napoli, 2010.

⁵⁸ S. PERONGINI, *La tutela giurisdizionale avverso l'inerzia della pubblica amministrazione e l'interesse pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 442 ss.

mento di un interesse pubblico, rappresentato dalla realizzazione di un ampio parcheggio sotterraneo, da una piazza monumentale, con la finalità di attrattore turistico, e dalla realizzazione di tali opere utilizzando denaro privato, conseguito a seguito della cessione, da parte del Comune, dei diritti edificatori di un complesso residenziale, all'esito di una procedura di gara a evidenza pubblica.

Solo l'equilibrio di un esperto funambolo può consentire di sostenere che la presenza di un interesse privato (insito nella destinazione residenziale di una parte di un complesso intervento pubblico di trasformazione urbana) sterilizzi la finalità pubblicistica perseguita in sede di pianificazione attuativa dall'amministrazione, con la conseguenza di ritenere ipotizzabile il dolo intenzionale.

La tesi secondo la quale la compresenza di una finalità pubblicistica non è idonea ad escludere il dolo intenzionale va decisamente contrastata.

Peraltro, essa conduce il giudice ordinario ad effettuare un inammissibile sindacato sulle finalità perseguite dall'amministrazione, consentendogli di penetrare nell'ambito della sfera discrezionale dell'azione amministrativa.

9. La tesi della centralità sistemica del requisito dell'intenzionalità

L'orientamento ultimo della Cassazione non può essere condiviso anche alla luce di quella tesi che conferisce una "centralità sistemica" al requisito del dolo intenzionale. Invero, secondo un orientamento della dottrina, che non ha ommesso di far sentire il suo peso sulle più recenti decisioni della Cassazione, il dolo intenzionale si pone al centro della configurazione del reato di abuso di ufficio, posizionandosi tra la condotta e l'evento. In tal modo, il dolo svolge "una precisa funzione determinativa della fattispecie penalmente rilevante"⁵⁹. L'av-

⁵⁹ C. BENUSI, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, Padova, 1998, 150.

verbio “intenzionalmente” “non costituisce esclusivamente un contrassegno destinato a tarare l'intensità del dolo, ma, data la struttura normativa del reato, assolve anche a una importante funzione ‘disambiguante’ già sul terreno della definizione dell'elemento oggettivo”⁶⁰. In altri termini, l'orientamento in esame ravvisa l'idoneità dell'elemento soggettivo a proiettarsi sul fatto tipico, specificandone le caratteristiche⁶¹.

L'elemento soggettivo in parola rispecchia, secondo la tesi in esame⁶², la strumentalizzazione della funzione pubblica, che è alla base del concetto di abuso di ufficio e che ne giustifica l'opzione criminalizzatrice⁶³.

La dottrina ha sottolineato che, analogamente a quanto avviene nel delitto tentato con il requisito della univocità degli atti, che conferisce una direzione finalistica dell'azione, anche nel reato di abuso di ufficio il carattere della intenzionalità della invalidità del provvedimento instaura una relazione diretta tra la violazione della legge e l'evento che si deve produrre intenzionalmente⁶⁴.

Come è stato opportunamente messo in evidenza, nella descrizione legale del tipo, la “finalizzazione del risultato” è “destinata a transitare dal piano subiettivo a quello materiale, dovendo giocoforza trovare corrispondentemente espressione in dinamiche comportamentali in grado di porsi come validi ed adeguati indicatori esterni del dolo intenzionale”⁶⁵. In definitiva si è sostenuto che l'intenzionalità, lungi

⁶⁰ In tal senso, A. MERLO, *L'abuso di ufficio. Tra legge e giudice*, Torino, 2019, 59.

⁶¹ Sul tema si vedano M. DONINI, *Teoria Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, Parte I, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 620 ss.; G. FIANDACA, *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, 156; L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli elementi finalistici delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 502.

⁶² A. CARMONA, *La nuova figura di abuso di ufficio: aspetti di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 1988, 1843.

⁶³ A. MERLO, *L'abuso di ufficio. Tra legge e giudice*, Torino, 2019, 60.

⁶⁴ A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, Torino, 2002, 64; A. MERLO, *L'abuso di ufficio. Tra legge e giudice*, Torino, 2019, 60.

⁶⁵ A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, Torino, 2002, 64.

dal ridursi a un dato rilevante solo sul piano dell'accertamento psicologico, costituisce un elemento tipizzante che dà sostanza alla fattispecie di abuso di ufficio, altrimenti difficilmente distinguibile dalle altre infrazioni, di natura disciplinare o amministrativa⁶⁶.

Siffatto orientamento merita tutta la dovuta attenzione⁶⁷. Esso non può essere liquidato, come si è reputato di fare in una recente sentenza, affermando che contrasta con la teoria classica della tripartizione degli elementi del reato. L'orientamento in esame appare volto a conferire all'intenzionalità il ruolo centrale che essa esplica nella fattispecie del reato di abuso di ufficio.

10. La necessità di un intervento del legislatore per precludere operazioni ermeneutiche volte a elidere il requisito dell'intenzionalità

Da quanto precede, appare evidente la necessità che il legislatore intervenga per precludere interpretazioni giurisprudenziali volte a decontestualizzare il requisito dell'intenzionalità del dolo, privando di significato una locuzione alla quale il legislatore ha attribuito un significato normativo relevantissimo.

A tal fine è necessario che il legislatore precisi che il requisito della intenzionalità del dolo non può essere desunto dalle connotazioni degli altri elementi costitutivi del reato di abuso di ufficio, ma deve essere oggetto di una prova diretta e specifica.

Solo in tal modo si eviterà che il sindacato del giudice penale approdi a valutazioni su scelte politiche e discrezionali che competono, nel nostro ordinamento, solo all'amministrazione.

⁶⁶ G. FIANDACA, *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, 157.

⁶⁷ A. MERLO, *L'abuso di ufficio. Tra legge e giudice*, Torino, 2019, 59 ss.

Capitolo Quinto

La proposta di integrazione della riforma del reato di abuso di ufficio introdotta dalla l. n. 120/2020

La riforma del reato di abuso di ufficio deve essere capace di utilizzare diversi criteri selettivi: il criterio selettivo delle fonti violate, il criterio selettivo dei provvedimenti invalidi e il criterio selettivo delle patologie.

Innanzitutto, deve indicare quali sono le fonti normative la cui violazione rappresenta un elemento costitutivo del reato.

In tal senso, va condivisa la precisazione presente nella versione introdotta con la l. n. 120/2020 secondo la quale il reato 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”.

Il criterio selettivo, basato sulla tipologia dell'attività amministrativa, comparso per la prima volta nella recente riforma, se ritenuto necessario, può anche essere utilizzato, purché ci sia la consapevolezza che si tratta di un criterio selettivo problematico. Invero, le tipologie di attività non sono solo quelle che consistono nell'attività vincolata e in quella discrezionale, perché le strategie di configurazione del potere amministrativo non sono solo quelle che connotano l'attività come attività vincolata e quelle che, invece, la configurano come attività discrezionale. Esistono le strategie legislative di configurazione del potere amministrativo come attività interpretativa, le strategie legislative di configurazione del potere amministrativo come attività integrativa di principi costituzionali e principi generali dell'ordinamento giuridico, di concetti giuridici indeterminati e di clausole generali, nonché le

strategie legislative di configurazione del potere amministrativo come attività di discrezionalità tecnica.

Ai criteri selettivi sopra passati in rassegna va aggiunto un ulteriore criterio selettivo, necessario per ricondurre la fattispecie del reato di abuso di ufficio nell'ambito di una configurazione conforme alla Costituzione, vale a dire quello che si basa sulle patologie dei provvedimenti amministrativi. Sicuramente debbono esservi incluse le ipotesi di nullità e le ipotesi di violazione di legge.

Infine, per arginare la tendenza giurisprudenziale a estendere l'impianto normativo oltre i confini che il legislatore ha stabilito, è necessario intervenire precisando quali violazioni non integrano il reato.

Non integra il reato la violazione di legge indiretta e mediata, quella che consiste nella violazione di principi giuridici, di principi costituzionali, di eccesso di potere e di norme procedimentali e formali. L'intenzionalità deve costituire oggetto di prova diretta, vale a dire di prova non desunta dagli altri elementi costitutivi della fattispecie penale astratta. A tal fine è necessario che il legislatore precisi che il requisito della intenzionalità del dolo non può essere desunto dalle connotazioni degli altri elementi costitutivi del reato di abuso di ufficio, ma deve essere oggetto di una prova diretta e specifica.

Non stupisca la proposta di un impianto normativo siffatto, caratterizzato dalla presenza di disposizioni tese a indirizzare i poteri valutativi del giudice, perché interventi del legislatore in tale direzione sono stati già compiuti, per esempio con l'art. 192 c.p.p.

In questo modo è possibile giungere a una formulazione del reato di abuso di ufficio conforme alla Costituzione, perché rispettosa del principio di tipicità, del principio di tassatività, del principio di determinatezza e di quello di prevedibilità.

In altri termini, sarà chiaro a chiunque qual è la condotta che integra il reato di abuso di ufficio.

Testo in vigore dal: 1.7.1931 al: 11.5.1990

Art. 323 – Abuso di ufficio in casi non previsti specificamente dalla legge

Il pubblico ufficiale, che, abusando dei poteri inerenti alle sue fun-

zioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge, è punito con la reclusione fino a due anni o con la multa da lire cinquecento a diecimila.

Testo in vigore dal: 12.5.1990

Art. 323 – Abuso d’ufficio

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

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

Testo in vigore dal: 9.8.1997

Art. 323 – Abuso d’ufficio

Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a se’ o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

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

Testo in vigore dal: 28.11.2012

Art. 323 – Abuso d’ufficio

Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse pro-

prio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni.

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

Testo in vigore dal: 17.7.2020

Art. 323 – Abuso d'ufficio

Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni.

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

*Proposta del prof. Sergio Perongini
di integrazione della riforma introdotta dalla l. n. 120/2020*

Art. 323 – Abuso d'ufficio

Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in **diretta** violazione di legge o di atti aventi forza di legge, dai quali non residuino margini di discrezionalità, **con atti o provvedimenti amministrativi nulli o illegittimi per violazione di legge, o violando il dovere di provvedere** ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno in-

giusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni.

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

Non integrano il reato di abuso di ufficio la violazione di legge indiretta e mediata, quella che consiste nella violazione di principi giuridici, di principi costituzionali, di eccesso di potere e di norme procedimentali e formali. L'intenzionalità del dolo non può essere desunta dagli altri elementi costitutivi della fattispecie penale astratta, ma deve essere oggetto di prova diretta.

In grassetto sono indicate le parti che si sono aggiunte alla versione della norma attualmente in vigore. Invece, scompare la locuzione “di specifiche regole di condotta espressamente previste” perché sostituita dalla norma introdotta con il terzo comma.

Bibliografia

- ADDANTE ELEONORA, *Il principio di prevedibilità al tempo della precarietà*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 2, 1-44.
- ALAGNA ROCCO, *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007.
- ALESSI RENATO, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Milano, 1937, 1 ss., ora in ID., *Scritti minori*, Milano, 1981, 113-134.
- ALEXY ROBERT, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986.
- ALEXY ROBERT, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, in *Rechtstheorie*, 1987.
- ALEXY ROBERT, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg-München, 1992.
- ALIBRANDI TOMMASO, *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, Napoli, 1969.
- ALLEGRETTI UMBERTO, *Imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.
- ALLEGRETTI UMBERTO, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, 1993, 131-139.
- AMODIO ENNIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, 2019.
- ANTOLISEI FRANCESCO, *Manuale di diritto penale*, Parte speciale, II, Milano, 1982.
- ANTOLISEI FRANCESCO, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, Milano, 1987.
- APRILE ERCOLE, *Per la Consulta non costituisce "diritto vivente" la scelta di considerare i parametri dell'art. 97 Cost. ai fini della configurabilità del delitto di abuso di ufficio*", in *Cass. pen.*, 2016, 3585-3590.
- ARAI TAKAHASHI YOTAKA, *Discretion in German Administrative Law: Doctrinal Discourse Revisited*, in *European Public Law*, 2000, 73 ss.
- ASTONE FRANCESCO, *Ragionevolezza delle scelte amministrative e sindacato giurisdizionale*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 219-233.
- AUCOC LEON, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, I, Paris, 1869.

- AZZARITI GAETANO, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989.
- BABBONI, *L'abuso di autorità e la illegittimità degli atti dei pubblici funzionari*, in *Riv. dir. proc. pen.*, I, 1910, 215 ss.
- BACCARINI STEFANO, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 80-100.
- BACHELET VITTORIO, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, ora in BACHELET VITTORIO, *Scritti giuridici, I, L'amministrazione pubblica*, Milano, 1981.
- BACHOF OTTO, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, in *J.Z.*, 1955, 97 ss.
- BACHOF OTTO, *Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum*, in *J.Z.*, 1972, 641 ss.
- BAJNO RICCARDO, *La tutela penale del governo del territorio*, Milano, 1980.
- BALDI FULVIO, *Le principali forme di manifestazione del reato di abuso di ufficio: abuso circostanziato ed abuso tentato*, in *Cass. pen.*, 1995, 932-940.
- BARBERIS MAURO, *Filosofia del diritto*, Bologna, 2000.
- BARBERIS MAURO, *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale*, in *Ragion pratica*, n. 14, 2000.
- BARONE GIUSEPPE, *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, 1989.
- BASSI FRANCO, *La norma interna*, Milano, 1963.
- BASSI FRANCO, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2003.
- BAZZICALUPO LAURA, *La tecnica governamentale e la ridefinizione dell'autorità*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 89-104.
- BENUSSI CARLO, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, Padova, 1998.
- BENUSSI CARLO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2002.
- BENUSSI CARLO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I, I delitti dei pubblici ufficiali*, Padova, 2013.
- BENVENUTI FELICIANO, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1950, 1-47.
- BENVENUTI FELICIANO, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118-145.
- BENVENUTI FELICIANO, *Appunti di diritto amministrativo*, Parte generale, Padova, 1987.
- BENVENUTI LUIGI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986.
- BISOGNI GIOVANNI, *Per una nuova "specialità" del giudice amministrativo*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e am-*

- ministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 235-245.
- BÖCKENFÖRDE ERNST WOLFGANG, *Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1990.
- BODDA PIETRO, *La nozione di causa giuridica della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, Torino, 1933.
- BONGIOVANNI GIORGIO, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, 2012.
- BONINI SERGIO, *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Napoli, 2016.
- BORSARI RICCARDO, *Reati contro la pubblica amministrazione e discrezionalità amministrativa. Dai casi in materia di pubblici appalti*, Padova, 2012.
- BRANCACCIO ANTONIO, *Così la "paura della firma" paralizza lo sviluppo possibile del Paese*, in www.lacittàdisalerno.it del 15.02.2020, 1.
- BRICOLA FRANCO, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 985.
- BULL HANS PETER, *Allgemeines Verwaltungsrecht. Ein Lehrbuch*, Königstein, 1982.
- BULL HANS PETER, *Allgemeines Verwaltungsrecht. Ein Lehrbuch*, Heidelberg, 2000.
- BUMKE CHRISTIAN, *Verwaltungsakte*, in HOFFMANN RIEM-WOLFGANG-SCHMIDT ABMANN-EBERHARD-VOBKUHLE, ANDREAS (Hrsgg), *Grundlagen des Verwaltungsrechts, II. Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungformen*, München, 2012.
- BUOSO ELENA, *Proporzionalità efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2012.
- CACCIAVILLANI IVON, *Il delitto di abuso d'ufficio nel sistema di tutela della pubblica funzione*, in *Giur. merito*, 1999, IV, 1142.
- CALAMANDREI PIERO, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Bergamo, 2003 (ma 1956).
- CAMAIONI SALVATORE, *Abuso di ufficio: un'abrogazione mancata*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998, 37-64.
- CAMMEO FEDERICO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo i criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, III, 275 ss.
- CAMMEO FEDERICO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, s.d. (ma 1909).
- CAMMEO FEDERICO, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1912, III, 107 ss.

- CAPACCIOLI ENZO, *Per la effettività della giustizia amministrativa (saggio sul giudicato amministrativo)*, in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, 454 ss., 488 ss.
- CAPACCIOLI ENZO, *Postilla a Interessi legittimi e risarcimento del danno*, in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, 175.
- CAPACCIOLI ENZO, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1980.
- CARANTA ROBERTO, *I sassi e lo stagno (il difficile accesso al fatto del giudice amministrativo)*, in *Urb. app.*, 2000, 1344-1351.
- CARANTA ROBERTO, *Commento all'art. 97*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, Torino, 2006, 1889 ss.
- CARDI ENZO-COGNETTI STEFANO, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, 1990, 347 ss., 351 ss.
- CARLASSARE LORENZA, *Regolamento (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 605-638.
- CARMONA ANGELO, *La nuova figura di abuso di ufficio: aspetti di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 1988, 1843 ss.
- CARUSO GIOVANNI, *La discrezionalità penale tra tipicità classificatoria e tipologia ordinale*, Milano, 2009.
- CASALE MATTEO, *L'abuso d'ufficio*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 42-46.
- CASSETTA ELIO, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2005.
- CASSETTA ELIO, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013.
- CASSETTA ELIO, *Manuale di diritto amministrativo*, aggiornato a cura di F. FRACCHIA, Milano, 2020.
- CASSESE SABINO, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000.
- CASSESE SABINO, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2018.
- CASTALDO ANDREA R., *Prefazione*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, XV-XVIII.
- CATENACCI MAURO, *Abuso d'ufficio*, in ID. (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2011.
- CAVALLARO MARIA CRISTINA, *Principio di legalità e giusto procedimento: per una diversa lettura del rapporto tra legge e amministrazione*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 247-254.
- CAVALLO BRUNO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1993.
- CAVALLO PERIN ROBERTO, *Atto autoritativo e diritto amministrativo*, in S. PE-

- RONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 17-30.
- CELANO BRUNO, *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 4, 2004, 53-74.
- CERFEDA MARCO, *La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale e la sorte delle "misure di polizia"*, in *Arch. pen.*, n. 2, 1 ss.
- CERRI AUGUSTO, *Imparzialità e indirizzo politico della pubblica amministrazione*, Padova, 1973.
- CERULLI IRELLI VINCENZO, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 463-530.
- CERULLI IRELLI VINCENZO, *Principii del diritto amministrativo*, II, Torino, 2005.
- CESARINI LUCA-GRIMALDI ADELE, *La nozione di funzionario di fatto: presupposti e limiti*, in B. CAVALLO (a cura di), *Il funzionario di fatto*, Milano, 2005, 17-43.
- CINTIOLI FABIO, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e giurisdizionalizzazione*, Milano, 2005.
- CINTIOLI FABIO, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e giurisdizionalizzazione*, Milano, 2007.
- CIOFFI ALESSANDRO, *Eccesso di potere e violazione di legge nell'abuso d'ufficio*, Milano, 2001.
- CIVITARESE MATTEUCCI STEFANO, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006.
- CLARICH MARCELLO, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013.
- CLARICH MARCELLO-MICOSSI STEFANO, *Ripresa, due proposte per evitare la paralisi da burocrazia*, in www.ilsole24ore.it del 22.5.2020, 1.
- COGNETTI STEFANO, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.
- COGNETTI STEFANO, *Profili sostanziali della legalità amministrativa, indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993.
- COGNETTI STEFANO, *Osservazioni sul presunto "superamento" del modello pubblicistico*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 337-341.
- COLANGELO GIOVANNI, *Intervento*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 25-30.

- COLEMAN JULES, *Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis*, in *Hart's Postscript*, Oxford, 2001.
- COLEMAN JULES, *The Practice of Principle*, Oxford, 2001.
- COLZI ILEANA, *Discrezionalità tecnica e consulenza tecnica di ufficio nel giudizio di legittimità: nuovi poteri del giudice amministrativo?*, in *Foro amm.*, 1997, 1997 ss.
- CONDORCET NICOLAS JEAN ANTOINE, *Lettres à M.le Comte Mathieu de Montmorency*, in *Oeuvres*, vol. 9, 1847, 371 ss.
- CONTENTO GAETANO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Roma-Bari, 1979.
- CONTIERI ALFREDO, *L'ambiguo volto della trasparenza tra diritto d'informazione e rimedio alla corruzione*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 45-59.
- CONTIERI ALFREDO-FRANCARIO FABIO-IMMORDINO MARIA-ZITO ALBERTO (a cura di), *L'interesse pubblico fra politica e amministrazione*, Napoli, 2010.
- CONTIERI ENRICO, *Abuso innominato d'ufficio*, in *Enc. dir.*, I, 1958, 187 ss.
- COPPOLA FABIO, *La persistente ambiguità dell'abuso di ufficio. Alcune (amare) riflessioni a margine del "caso termovalorizzatore"*, in www.penale.contemporaneo.it.
- CORSO GUIDO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969.
- CORSO GUIDO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2006.
- CORSO GUIDO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008.
- CORSO GUIDO, *Conclusioni della prima giornata di studi*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 293-297.
- CROSETTI ALESSANDRO, *Incompetenza (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 205-208.
- CROSETTI ALESSANDRO, *Il rapporto autorità-libertà nei modelli di tutela dell'ambiente*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 343-394.
- CUPELLI CRISTIANO, *Abuso d'ufficio e tipologia delle fonti: sulla rilevanza penale della violazione di un "sistema di norme"*, in *Cass. pen.*, 2001, 1027-1042.
- CURCIO FRANCESCO, *Introduzione*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 3-5.
- CZERMAK FRITZ, *Zur Lehre vom gerichtsfreien Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden*, in *Jus*, 1968, 399 ss.

- D'AMICO MARILISA, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 315-376.
- D'ARIENZO MARIACONCETTA, *I nuovi scenari della tutela della privacy nell'era della digitalizzazione alla luce delle recenti pronunce sul diritto all'oblio*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 395-423.
- D'AVIRRO ANTONIO, *L'abuso d'ufficio*, Milano, 1995.
- D'AVIRRO ANTONIO, *L'abuso d'ufficio*, Milano, 2009.
- D'ORSOGNA MARINA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in F.G. SOCCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, 328 ss.
- D'ORSOGNA MARINA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in F.G. SOCCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2019, 285 ss.
- DALIA ANDREA ANTONIO, *Sintesi dei lavori parlamentari*, in A.A. DALIA-M. FERRAIOLI (a cura di), *La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997, 235-415.
- DANIELE N., *Discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione e giudice amministrativo*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, III, Milano, 1967, 293 ss.
- DE BELLIS MARIO, *Il principio di imparzialità nella condotta della pubblica amministrazione dettato dall'art. 97, comma 1, Cost. può avere efficacia precettiva ai fini del reato di abuso di ufficio*, in *Cass. pen.*, 2008, 1027 ss.
- DE BELLIS MARIO, *Il principio di imparzialità nella condotta della pubblica amministrazione dettato dall'art. 97, comma 1, Cost. può avere efficacia precettiva ai fini del reato di abuso di ufficio*, nota a *Cass.*, sez. VI, 12.02.2008, n. 25162, in *Cass. pen.*, 2009, 1025-1032.
- DE FELICE SERGIO, *Performance della pubblica amministrazione e possibili riforme dei reati della pubblica amministrazione*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 7-12.
- DE FRANCESCO GIOVANNANGELO, *La fattispecie dell'abuso di ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, in ID., *La riforma dell'abuso di ufficio*, Milano, 2000, 53-73.
- DE PRETIS DARIA, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.
- DE PETRIS DARIA, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1179 ss.
- DE PRETIS DARIA, *L'atto amministrativo autoritativo nell'esperienza tedesca*, in *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Atti convegno annuale A.I.P.D.A., 30.9 – 1.10.2011, Napoli, 2012, 307.

- DE VALLES ARNALDO, *La validità degli atti amministrativi*, Padova, 1986 (ma 1916).
- DELFINO FELICE, *Osservazioni in tema di sindacato del giudice ordinario sull'eccesso di potere*, in *Foro it.*, 1962, II, 328 ss.
- DELLA CANANEA GIACINTO, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000.
- DELLA MONICA GIUSEPPE, *L'ingiusto vantaggio patrimoniale*, in ANDREA ANTONIO DALIA-MARZIA FERRAIOLI (a cura di), *La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997, 60-75.
- DELSIGNORE MONICA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 185-212.
- DI GIOVINE OMBRETTA, *Concessione edilizia illegittima e abuso d'ufficio. Una questione ancora aperta*, in *Foro it.*, 2000, II, 140 ss.
- DI MARTINO ALBERTO, *Abuso d'ufficio*, in A. BONDI-A. DI MARTINO-G. FORNASARI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008.
- DI VETTA GIUSEPPE, *L'abuso d'ufficio: cronaca di un "ritorno"*, in *Criminalia*, 2016, 399-423.
- DIPACE RUGGIERO, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Torino, 2011.
- DONINI MASSIMO, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, Parte I, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 620 ss.
- DONINI MASSIMO, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996.
- DONINI MASSIMO, *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Quest. giust.*, 2018, 79-101.
- DONINI MASSIMO, *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 A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 94-102.
- DWORKIN RONALD, *L'impero del diritto*, Milano, 1989 (ma 1986).
- DWORKIN RONALD, *La democrazia possibile*, Milano, 1989.
- DWORKIN RONALD, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, London, 2002.
- DWORKIN RONALD, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010 (ma 1977).
- EHMKE H., *"Ermessen" und "unbestimmte Rechtsbegriffe" im Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1960.
- ENGISCH KARL, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1968, (trad. it. *Introduzione al pensiero giuridico*), Milano, 1970.

- ERICHSEN HANS UWE, *Die sog. Unbestimmter Rechtsbegriffe als Steuerungs – und Kontrollmaßgaben im Verhältnis von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung*, DVBl, 1985, 22 ss.
- ERICHSEN HANS UWE-MARTENS WOLFGANG *Das Verwaltungshandeln*, in ERICHSEN HANS UWE-MARTENS WOLFGANG (hrsg), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin-New York, 1992.
- ERRANTE V., *Abuso d’ufficio. Cantone apre: “Questo reato va rivisto”*, in *Il Mattino*, 8.9.2017.
- ESPOSITO CARLO, *L’abuso d’ufficio e le nuove regole senza il comune senso di giustizia*, in *www.ilmattino.it* del 28.8.2020, 1.
- FALCON GIANDOMENICO, *Lezioni di diritto amministrativo. I. L’attività*, Padova.
- FANTI VERA, *Dimensioni della proporzionalità*, Torino, 2012.
- FANTINI STEFANO, *Attività amministrativa del funzionario di fatto ed invalidità derivata*, in B. CAVALLO (a cura di), *Il funzionario di fatto*, Milano, 2005, 67-93.
- FERRAJOLI LUIGI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989.
- FERRAJOLI LUIGI, *Lo Stato di diritto fra passato e futuro*, in P. COSTA-D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, 355.
- FERRAJOLI LUIGI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di Ermanno Vitale, Roma-Bari, 2008.
- FERRAJOLI LUIGI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia*, Roma-Bari, 2009.
- FERRAJOLI LUIGI, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Bari, 2011.
- FERRAJOLI LUIGI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2012.
- FERRAJOLI LUIGI, *Dei diritti e delle garanzie*, conversazione con M. Barberis, Bologna, 2013.
- FERRAJOLI LUIGI, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, 2013.
- FERRARA ALESSANDRO, *Giustizia e giudizio*, Roma-Bari, 2000.
- FERRARA LEONARDO, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996.
- FERRARESE MARIA ROSARIA, *Governance, arbitrati ed economia politica*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 311-325.
- FERRARIS CARLO FRANCESCO, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione e l’autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, I, 205-226.

- FIANDACA GIOVANNI, *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, 152-160.
- FIANDACA GIOVANNI, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminologia*, 2013, 95-121.
- FIANDACA GIOVANNI-MUSCO ENZO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Bologna, 2012.
- FIANDACA GIOVANNI-MUSCO ENZO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019.
- FOLLIERI ENRICO, *Gli atti soggettivamente privati e oggettivamente amministrativi, con particolare riferimento al sindacato giurisdizionale*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 327-341.
- FORLENZA OBERDAN, *Necessario un check-up sulla giurisprudenza per la diversa configurazione del delitto*, in *Guida dir.*, 1997, 25.
- FORSTHOFF ERNEST, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973.
- FORTI UGO, *Diritto amministrativo*, I, Napoli, 1931.
- FORTI UGO, *I "motivi" e la "causa" negli atti amministrativi*, in *Foro it.*, 1932, III, 289.
- FRACANZANI MARCELLO, *ADR e rito appalti. Ancora in margine alla giurisdizione sul contratto dopo sei mesi dalla stipula*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 269-273.
- FRAENKEL-HAEBERLE CRISTINA, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa, Germania – Austria – Italia*, Trento, 2004.
- GALATERIA LUIGI-STIPO MASSIMO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 1989.
- GALATERIA LUIGI-STIPO MASSIMO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 1998.
- GALIANI T., *Il sindacato del giudice penale sugli atti del pubblico ufficiale in riferimento al reato di abuso innominato di ufficio*, in *Arch. pen.*, 1962, II, 443.
- GALLENCA GIUSEPPE, *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale nel sistema della giustizia amministrativa*, Milano, 1990.
- GALLI CARLO, *Democrazia senza popolo. Cronache dal parlamento sulla crisi della politica italiana*, Milano, 2017.
- GALLO CARLO EMANUELE, *Potere amministrativo e valutazioni discrezionali*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 31-44.

- GALLO MARCELLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Torino, 2019.
- GAMBARDELLA MARCO, *Considerazioni sulla “violazione di norme di legge” nel nuovo delitto di abuso d’ufficio (art. 323 c.p.)*, nota a Cass. Pen., sez. II, 4.12.1997, n. 1279, *Tosches*, in Cass. pen., 1998, 2335-2342.
- GAMBARDELLA MARCO, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002.
- GAMBARDELLA MARCO, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell’abuso di ufficio*, in www.sistemmapenale.it, 29.7.2020, 133-163.
- GASPARRI PIETRO, *Incompetenza (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 68-82.
- GATTA L.G., *Da “spazza-corrotti” a “basta paura”: il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell’abuso d’ufficio approvata dal Governo “salvo intese” (e la riserva di legge?)*, in www.sistemmapenale.it del 17.7.2020, 1.
- GEITMANN ROLAND, *Bundesverfassungsgericht und “offene” Normen*, Berlin, 1971.
- GENTILE DANIELA, *La tormentata storia dell’abuso d’ufficio: evoluzione normativa, derive attuali e criticità sistemiche*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l’abuso d’ufficio*, Torino, 2018, 139-162.
- GIANI LOREDANA, *Spunti sulla dinamica autorità/libertà nel sistema britannico letta attraverso la lente della decisione amministrativa*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 425-438.
- GIANNINI MASSIMO SEVERO, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939.
- GIANNINI MASSIMO SEVERO, *L’interpretazione dell’atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell’interpretazione*, Milano, 1939, 209.
- GIANNINI MASSIMO SEVERO, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, II, 9 ss.
- GIANNINI MASSIMO SEVERO, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, 157-194.
- GIANNINI MASSIMO SEVERO, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970.
- GIANNINI MASSIMO SEVERO, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993.
- GIANNINI MASSIMO SEVERO, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Scritti*, III, Milano, 2003, 769 ss.
- GIORDANO VALERIA, *Il positivismo e la sfida dei principi*, Napoli, 2004.

- GIORDANO VALERIA, *Autorità, poteri, diritti. Risemantizzazioni del linguaggio globale*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 61-70.
- GIUNTA FAUSTO BIAGIO, *I contorni del “disastro innominato” e l’ombra del “disastro ambientale” alla luce del principio di determinatezza*, in *Giur. cost.*, 2008, 3530-3544.
- GONZATO ALESSANDRO, *L’abuso d’ufficio sta bloccando l’Italia*, in *www.libero.it* del 16.6.2020, 1.
- GOZZI GUSTAVO, *Storia e prospettive del costituzionalismo*, in G. BONGIOVANNI (a cura di), *La filosofia del diritto e i problemi del liberalismo contemporaneo*, Bologna, 1998, 9-28.
- GRATTERI NICOLA-MAZZONE ANTONIO, *Come delimitare l’abuso di ufficio*, in *Il Sole 24 ore*, 22.2.2012.
- GRIMM DIETER, *Die Aufgabenverteilung zwischen Justiz und Verwaltung bei der Genehmigung kerntechnischer Anlagen*, in SH. VAN BUIREN (hrsg), *Reichterliches Handeln und technisches Risiko*, Baden-Baden, 1982, 25 ss.
- GROSSO CARLO FEDERICO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso di ufficio*, in *Foro it.*, 1999, V, 330-342.
- GRÜNER GIULIANO, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, Napoli, 2012.
- GUARINO GIUSEPPE *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994.
- GUASTINI RICCARDO, *La “costituzionalizzazione” dell’ordinamento italiano*, in *Ragion pratica*, n. 11, 1998, 185-206.
- GUICCIARDI ENRICO, *Delimitazione dei bacini montani e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1959, 193-200.
- HABERMAS JÜRGEN, *Il nesso interno tra Stato di diritto e democrazia*, in J. HABERMAS, *L’inclusione dell’altro. Studi di teoria politica*, Milano, 2013 (ma 1996).
- HABERMAS JÜRGEN, *Teoria dell’agire comunicativo. I. Razionalità nell’azione e razionalizzazione sociale*, Bologna, 2017 (ma 1981).
- HABERMAS JÜRGEN, *Teoria dell’agire comunicativo. II. Critica della ragione funzionalistica*, Bologna, 2017 (ma 1981).
- HABERMAS JÜRGEN, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2018 (ma 1992).
- HART HEBERT L.A., *Il concetto di diritto*, Torino, 1991 (ma 1961).
- HART HEBERT L.A., *The Concept of Law*, With a Postscript, Oxford, 1994.
- HECK PHILIPP, *Gesetzes jurisprudenzen*, Tübingen, 1914.
- HILL HERMANN, *Rechtsstaatliche Bestimmtheit oder situationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandeln*, in *D.ö.V.*, 1987.

- IADECOLA G., *L'abuso di ufficio*, in F.S. FORTUNA (a cura di), *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2002, 100 ss.
- IGNAZI PIERO, *Vent'anni dopo. La parabola del berlusconismo*, Bologna, 2014.
- IMMORDINO MARIA, *Risarcimento del danno e obbligo della pubblica amministrazione di annullare un proprio atto inoppugnabile su istanza del privato interessato*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 255-267.
- INFANTE ENRICO, *Disciplina intertemporale delle fattispecie di abuso di ufficio*, in *Ind. pen.*, 1998, 831-878.
- INFANTINI FRANCESCO, *Abuso delle qualità o delle funzioni di pubblico ufficiale in diritto penale*, Milano, 1974.
- INFANTINI FRANCESCO, *Abuso innominato d'ufficio*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, 1 ss.
- JELLINEK WALTER, *Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*, Tübingen, 1913.
- JELLINEK WALTER, *Verwaltungsrecht*, Berlin, 1931.
- JEMOLO ARTURO CARLO, *La competenza del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale nella risoluzione delle questioni tecniche*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1927, I, 569 ss.
- JESCH DIETRICH, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht*, in *A.ö.R.*, 1957, 171 ss.
- KELSEN HANS, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966.
- KIND H., *Ist die gesetzliche Verpflichtung der Executive zur (letzverbindlichen) Auslegung eines "unbestimmten Berchtsbegriffes" durch Allgemeine Verwaltungsvorschriftenverfassungswidrig*, in *D.ö.V.*, 1988, 679 ss.
- KOCH HANS JOACHIM, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht*, Frankfurt am Main, 1979.
- KÖLBEL C., *Gleichheit im Unrecht*, Köln-Berlin-Boon-München, 1998.
- KOPP FERDINAND O..RAMSAUER ULRICH, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, München, 2012.
- LA GRECA GIUSEPPE, *La nuova figura di abuso d'ufficio: questioni applicative*, in *Foro it.*, 1998, II, 381-389.
- LA SPINA P.F., *Questioni in tema di nuovo abuso d'ufficio*, in *Foro it.*, 1999, II, 309 ss.
- LAFERRIERE E., *Traité de la jurisdiction administrative*, II, Paris, 1888, 521 ss.
- LASCHENA RENATO, *Violazione di legge (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1994.

- LAZZARA PAOLO, “Discrezionalità tecnica” e situazioni giuridiche soggettive, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 212-254.
- LEONI MICHELE, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, Padova, 1998.
- LEPERA MARLON, *La rilevanza della violazione del principio di imparzialità di cui all'art. 97 Cost. ai fini della sussistenza del delitto di abuso di ufficio*, nota a Cass., sez. VI, 12.02.2008, n. 25162, in *Giust. pen.*, 2009, II, 609-617.
- LEVI FRANCO, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967.
- LIPPMANN WALTER, *L'opinione pubblica*, Roma, 2018.
- LOCKE JOHN, *Saggio sull'intelligenza umana*, Roma-Bari, 2006.
- LOSCHIAVO GIUSEPPE GUIDO, *Diritto edilizio*, Milano, 1964.
- LUCIANI MASSIMO, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983.
- MALTONI ANDREA, *Nuove forme di ingerenza nella gestione di imprese private da parte di autorità pubbliche: presupposti e limiti*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 159-189.
- MANCUSO FRANCESCO, *Mutazioni dei concetti, mutazioni del diritto e della democrazia*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 275-285.
- MANES VITTORIO, *Abuso di ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro it.*, 1998, II, 390-394.
- MANNA ADELMO, *Luci ed ombre nella nuova fattispecie di abuso di ufficio*, in *Ind. pen.*, 1998, 13-35.
- MANNA ADELMO, *Abuso d'ufficio e conflitto di interesse nel sistema penale*, Torino, 2004.
- MANNA ADELMO, *Corso di diritto penale*, Padova, 2017.
- MANNA M., *Considerazioni in tema di abuso d'ufficio*, in M. CATENACCI-MARCONI (a cura di), *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, Torino, 2009.
- MANNORI LUCA, *Parlando di storia. La parabola dell'amministrazione autoritativa dal pre- al post-moderno*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 105-117.
- MANTOVANI FERRANDO, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, solidarietà, libertà e responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 337-352.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale*, V, *Dei delitti contro la pubblica ammini-*

- strazione e l'amministrazione della giustizia, a cura di P. NUVOLONE-G. PISAPIA, 5^a ed., Torino, 1981.
- MANZIONE ROBERTO, *Le forme di manifestazione della condotta*, in A.A. DALIA-M. FERRAIOLI (a cura di), *La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997, 3-20.
- MARONE FULVIO, *Le norme interposte*, Napoli, 2015.
- MARUCCI A., *Abuso d'ufficio nei casi non preveduti specificamente dalla legge*, in *Enc. forense*, I, Milano, 38 ss.
- MARZUOLI CARLO, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985.
- MARZUOLI CARLO, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 71 ss.
- MASSARO ANTONELLA, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020.
- MATTARELLA BERNARDO GIORGIO, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000.
- MATTARELLA BERNARDO GIORGIO, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2004, 876.
- MAURER HARTMUT, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2002.
- MAZZAROLLI LEOPOLDO, *I piani regolatori urbanistici nella teoria giuridica della pianificazione*, Padova, 1962.
- MAZZAROLLI LEOPOLDO, *Piano regolatore generale*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996, 211-231.
- MENGOLI GIAN CARLO, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2009.
- MERLO ANDREA, *L'abuso d'ufficio. Tra legge e giudice*, Torino, 2019.
- MICHOUD M. LEON, *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, in *Annales de l'Université de Grenoble*, 1913, 439 ss.
- MIELE GIOVANNI, *Potere, diritto soggettivo, interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, 116 ss.
- MIELE GIOVANNI, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953.
- MOCCIA SERGIO, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.
- MORBIDELLI GIUSEPPE, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 675
- MORTATI COSTANTINO, *Discrezionalità*, in *Nss. Dig. it.*, V, 1968, 1098-1109.
- MORTATI COSTANTINO, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935, ora in *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione. Raccolta di scritti*, Milano, 1972, 523.
- NADDEO MARCO, *Abuso d'ufficio: tipicità umbratile o legalità crepuscolare del diritto vivente? Dogmatica di categorie e struttura del tipo nella prospettiva*

- de lege ferenda*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 31-41.
- NADDEO MARCO, *I limiti della tutela penale nell'“abuso di ufficio”*, in *Ind. pen.*, 2018, 232-246.
- NADDEO MARCO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà del nuovo 323 c.p.*, in *www.penedp.it* del 10.8.2020.
- NATALINI ALDO, *Abuso d'ufficio: è abolito criminis parziale. Solo violazione di regole di condotta senza discrezionalità*, in *www.diritto24.ilsole24ore.com* del 6.8.2020.
- NERI VINCENZO, *Disapplicazione delle linee guida Anac e rilevanza penale della loro violazione*, in *Urb. app.*, 2018, 145-154.
- NICOSIA FABIO MASSIMO, *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa non discrezionale*, Napoli, 2001.
- NIGRO MARIO, *Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1985, V, 125.
- NISCO ATTILIO, *Principio di determinatezza e interpretazione in diritto penale: considerazioni teoriche e spunti comparatistici*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 3, 1-32.
- NORDIO CARLO, *Riforma necessaria. Una norma che paralizza chi decide*, in *Il Messaggero*, 8.9.2017.
- ORSI BATTAGLINI ANDREA, *Autorizzazioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, 58 ss.
- ORSI BATTAGLINI ANDREA, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 269 ss.
- OSSENBÜHL FRITZ, *Renaissance der administrativen Beurteilungsermächtigung*, in *D.Ö.V.*, 1972, 402 ss.
- OTTAVIANO VITTORIO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Roma, 1947, 308 ss.
- OTTAVIANO VITTORIO, *Merito (diritto amministrativo)*, in *Nss. Dig. it.*, X, 1964, 577.
- OTTAVIANO VITTORIO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, II, Milano, 1987, 428 ss.
- PADOVANI TULLIO, *Commento all'art. 323 del codice penale*, in *Leg. pen.*, 1997, 747.
- PADOVANI TULLIO, *Commento alla l. 16/7/1997 – Modifica dell'art. 323 del codice penale in materia di abuso d'ufficio*, in *Leg. pen.*, 1997, 744.

- PADOVANI TULLIO, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen. Web*, 2020, 7-8, 14.
- PAGLIARO ANTONIO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 1983.
- PAGLIARO ANTONIO, *La nuova riforma del delitto di abuso d'ufficio*, in *Dir. pen e proc.*, 1997, 1394.
- PAGLIARO ANTONIO, *Nuovi spunti sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, 501.
- PAGLIARO ANTONIO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 1998.
- PAGLIARO ANTONIO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso di ufficio*, in *Dir. proc. pen.*, 1999, 106-111.
- PAGLIARO ANTONIO, *Il reato*, in F.G. GROSSO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2007.
- PAGLIARO ANTONIO-PARODI GIUSINO MANFREDI, *Principi di diritto penale. Parte speciale. I. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008.
- PALADIN LIVIO, *Problemi, esperienze e prospettive dei rapporti fra giudici ordinari e pubbliche amministrazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, 457.
- PALAZZO FRANCESCO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979.
- PALAZZO FRANCESCO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 57 ss.
- PALAZZO FRANCESCO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, 1279-1329.
- PALAZZO FRANCESCO, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in *Cass. pen.*, 2012, 1610-1627.
- PALOMBELLA GIANLUIGI, *L'autorità dei diritti*, Roma-Bari, 2002.
- PAOLANTONIO NINO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000.
- PARODI GIUSINO MANFREDI, *Abuso innominato di ufficio*, in *Dig. disc. pen.*, I, 1987, 41-47.
- PARODI GIUSINO MANFREDI, *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, 879-937.
- PARODI GIAMPAOLO, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990.
- PAVAN GIUSEPPE, *La nuova fattispecie di abuso di ufficio e la norma di cui all'art. 97, primo comma, Cost.*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, 283-293.

- PERFETTI LUCA R., *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 1997, 1727 ss.
- PERFETTI LUCA R., *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, nota a T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, 12.5.1997, n. 586, in *Foro amm.*, 1997, 1727-1747.
- PERFETTI LUCA R., *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2000, 424-440.
- PERFETTI LUCA R., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 119-158.
- PERICU GIUSEPPE, *Attività amministrativa. Premesse introduttive e principi costituzionali*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-ROMANO A.-F.A. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 1220;
- PERONGINI SERGIO, *La formula "ora per allora" nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo "ora per allora"*, Napoli, 1999.
- PERONGINI SERGIO, *La tutela giurisdizionale avverso l'inerzia della pubblica amministrazione e l'interesse pubblico*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 423-466.
- PERONGINI, SERGIO, *Profili strutturali o statici del provvedimento amministrativo*, in S. COGNETTI-A. CONTIERI-S. LICCIARDELLO-F. MANGANARO-S. PERONGINI-F. SAITTA (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 353-379.
- PERONGINI SERGIO, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016.
- PERONGINI SERGIO, *Perché va abrogato l'abuso di ufficio. Magistratura non supplente ma sostitutiva, domina il "pan-Anac-ismo"*, in *Il Mattino*, 6.10.2017.
- PERONGINI SERGIO, *Stato costituzionale di diritto e provvedimento amministrativo* in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 1-10.
- PERONGINI SERGIO, *L'interesse legittimo: attualità e prospettive nel pensiero di Franco Gaetano Scoca*, in S. LICCIARDELLO-S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con Franco Gaetano Scoca*, Torino, 2019, 5-114.
- PETRONE MARINO, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, Milano, 1980.
- PETRONE MARINO, *La disapplicazione dell'atto amministrativo: aspetti penali*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1987, n. 1, 69.
- PETRONE MARINO, *Attività amministrativa e controllo penale*, Milano, 2000.

- PICOTTI LORENZO, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli elementi finalistici delle fattispecie penali*, Milano, 1993.
- PICOTTI LORENZO, *Continua il dibattito sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 347 ss.
- PICOZZA EUGENIO, *Il piano regolatore generale urbanistico*, Padova, 1983.
- PIEROTH BODO-SCHLINK BERNHARD, *Grundrechte Staatsrecht*, II, Heidelberg, 2008.
- PIETROPAOLO STEFANO, *Diritto amministrativo e filosofia del diritto. A proposito di un vecchio debito e della possibilità di un nuovo dialogo* in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 71-78.
- PIGA FRANCO, *Sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 1956.
- PINELLI CESARE, *Il "buon andamento" e l'"imparzialità" dell'amministrazione*, in AA.VV., *Commentario alla costituzione, artt. 97-98. La pubblica amministrazione*, Bologna, 1994, 31 ss.
- PINELLI FABIO, *Riflessioni sul reato dell'abuso d'ufficio*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 126-135.
- PIRAINO S., *Tecnica e discrezionalità amministrativa*, in *Nuova rass.*, 1992, 1053 ss.
- PIRAS ALDO, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo. L'accertamento del rapporto e l'esecuzione della sentenza*, II, Milano, 1962.
- PIRAS ALDO, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, 87 ss.
- PITTARO PAOLO, *La nuova disciplina dell'abuso di ufficio*, in ANGELO GIARDA-GIORGIO SPANGHER-P, TONINI (diretta da), *Le nuove leggi penali. Problemi attuali della giustizia penale*, Padova, 1998, 23 ss.
- POLICE ARISTIDE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Padova, 2000.
- POLICE ARISTIDE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, Padova, 2001.
- POLICE ARISTIDE, *La mitologia della "specialità" e i problemi reali della giustizia amministrativa* in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 199-218.
- PORENA DANIELE, *L'usurpatore di pubbliche funzioni*, in B. CAVALLO (a cura di), *Il funzionario di fatto*, Milano, 2005, 45-66.
- PORTALURI PIER LUIGI, *La riforma delle autonomie territoriali e il paradigma delle così dette Città Metropolitane*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del*

- nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 439-465.
- PRESUTTI ERICO, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, IV, 47 ss.
- PRESUTTI ERICO, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911.
- PRETEROSSO GEMINELLO, *Le metamorfosi del nesso autorità-libertà*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 191-198.
- PREZIOSI STEFANO, *Norme di favore e controllo di costituzionalità nel nuovo abuso di ufficio*, in *Giur. cost.*, nota a Corte Cost., sent. n. 447/1998, in *Giur. cost.*, 1999, 351-369.
- PULITANÒ DOMENICO, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 65.
- PULITANÒ DOMENICO, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 123 ss.
- RAMACCI, FABRIZIO-VINCIGUERRA, SERGIO-ALIBRANDI, LUIGI-ALBERTINI BRUNA-CERQUA LUIGI DOMENICO, *L'obiettivo sull'abuso d'ufficio. Contributi ed opinioni*, in *Ind. pen.*, 1998, 35-56.
- RAMPIONI ROBERTO, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1984.
- RANELLETTI ORESTE, *Principii di diritto amministrativo, I, (Introduzione e nozioni fondamentali)*, Napoli, 1912.
- RAZ JOSEPH, *The Authority of Law*, Oxford, 1979.
- REINHARDT MICHAEL, *Abschied von der verwaltungs vorschritt im Wasserrecht*, in *D.ö.V.*, 1992.
- RENGELING HANS WERNER, *Anlagenbegriff, Schadenvorsorge und Verfahrensstufungim Atomrecht*, in *D.V.Bl.*, 1986.
- RESTA RAFFAELE, *La natura giuridica dell'eccesso di potere come vizio degli atti amministrativi*, in *Studi in onore di F. Cammeo*, II, Padova, 1933, 383-421.
- REUB H., *Das Ermessen*, in *D.V.Bl.*, 1953, 649 ss.
- RICCIO STEFANO, *Abuso di ufficio*, in *Nss. Dig. it.*, I, 1968, 107-120.
- RIGO FABRIZIO, *Abuso di ufficio*, in T. PADOVANI (a cura di), *Le fonti del diritto italiano*, Milano, 2019, 2167-2230.
- RIZ ROLAND, *L'abuso d'ufficio nella pianificazione urbanistica*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, I, Milano, 2000, 875 ss.
- ROMANO TASSONE ANTONIO, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987.

- ROMANO TASSONE ANTONIO, *La normazione secondaria. Fonti, soggetto e situazioni giuridiche soggettive*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 47-143.
- ROMANO MARIO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (artt. 314-335 bis cod. pen.)*, Milano, 2006.
- ROMANO MARIO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (artt. 314-335 bis cod. pen.)*, Milano, 2019.
- RONCO MAURO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979.
- ROSANVALLON PIERRE, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, 2006, trad. it., *Controdemocrazia, La politica nell'età della sfiducia*, Roma, 2012.
- ROTONDO FRANCESCO, *Linee guida Anac ed abuso d'ufficio: principio di legalità e modifiche mediate della fattispecie incriminatrice*, in *Penale DP*, 13.5.2020.
- ROUSSEAU JEAN JACQUES, *Il contratto sociale*, Roma-Bari, 1994.
- RUPP HANS HEINRICH, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, Tübingen, 1965.
- RUSSO MARILISA, *La violazione di legge e di regolamento*, in A.A. DALIA-M. FERRAIOLI (a cura di), *La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997, 21-39.
- SABATINI GIUSEPPE, *Le contravvenzioni nel codice penale vigente*, Milano, 1961.
- SACCHI MORSIANI GIANGUIDO, *Eccesso di potere amministrativo*, in *Nss. Dig. it.*, App., III, 1982, 219-233.
- SALA GIUSEPPE, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993.
- SALCUNI GIANDOMENICO, *La "disciplina altrove". L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, Napoli, 2019.
- SALVIA FILIPPO, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 688.
- SALVIA FILIPPO, *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, 2008.
- SALVIA FILIPPO-TERESI FRANCESCO, *Diritto urbanistico*, Padova, 2002.
- SANDULLI ALDO MARIA, *Per la delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, 25 ss., 101 ss.
- SANDULLI ALDO MARIA, *Appunti per uno studio sui piani regolatori*, in *Riv. giur. ed.*, 1956, II, 131 ss.
- SANDULLI ALDO MARIA, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982.

- SANDULLI ALDO MARIA, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989.
- SANDULLI MARIA ALESSANDRA, *Brevi considerazioni sulle ambiguità della liberalizzazione tramite dia/scia*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 299-309.
- SATTA FILIPPO, *Principio di legalità e amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969.
- SATTA FILIPPO, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur. Trecani*, Roma, XV, 1989, 1 ss.
- SCARPA G., *L'abuso d'ufficio*, Milano, 1970.
- SCHIAVELLO ALDO, *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 3, 2003.
- SCHIMDT-EICHSTAEDT GERD, *Ermessen, Beurteilungsspielraum und eigenverantwortliches Handeln der Verwaltungs*, in *AÖR*, 1973, 173 ss.
- SCHIMDT-EICHSTAEDT GERD, *Der Konkretisierungsauftrag der Verwaltung beim Vollzug öffentlich-rechtlicher Normen*, in *D.V.Bl.*, 1985, 645 ss.
- SCHMIDT WALTER, *Abschied vom "unbestimmter Rechtsbegriffe"*, in *N.J.W.*, 1975, 1753 ss.
- SCHMIDT WALTER, *Gesetzvollziehung durch Rechtsetzung*, Tübingen, 1969.
- SCHMIDT WALTER, *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, München, 1982.
- SCIULLO GIROLAMO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, Torino, 2013.
- SCOCA FRANCO GAETANO, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979.
- SCOCA FRANCO GAETANO, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 1-55.
- SCOCA FRANCO GAETANO, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in VERA PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998.
- SCOCA FRANCO GAETANO, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1045-1072.
- SCOCA FRANCO GAETANO, *Relazione al convegno di Caserta 20 maggio 2005, su La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, 2006.
- SCOCA FRANCO GAETANO, *Conclusioni* in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 467-471.
- SCORDAMAGLIA VINCENZO, *L'abuso d'ufficio*, in F. Coppi (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1991, 191 ss.

- SEGRETO ANTONIO-DE LUCA GAETANO, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999.
- SEMINARA SERGIO, *Dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in A. CRESPI-F. STELLA-G. ZUCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1992, 734.
- SEMINARA SERGIO, *Dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in A. CRESPI-F. STELLA-G. ZUCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1999, 852.
- SEMINARA SERGIO, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, in *Studium iuris*, 1997, 1253.
- SEMINARA SERGIO, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2016.
- SEMINARA SERGIO, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2017.
- SENDLER HORST, *Skeptisches zum unbestimmte Rechtsbegriffe*, in *Festschrift für Ule*, München, 1987.
- SESSA ANTONINO, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2018.
- SESSA ANTONINO, *Spazio libero dall'illecito ed efficienza dell'azione amministrativa pubblica: le ragioni della politica criminale*, dal dattiloscritto 1 ss.
- SEVERINO PAOLA, *La burocrazia difensiva*, in www.larepubblica.it del 30.5.2020.
- SHAPIRO SCOTT. J., *On Hart's Way Out*, in J. COLEMAN (a cura di), *Hart's Post-script*, Oxford, 2001.
- SILVA CHIARA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova, 2014.
- SIRANI A., *Dolo specifico e deficit di tassatività nell'abuso d'ufficio*, ivi. G.i.p. Tribunale Piacenza, 16.4.1996, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1138.
- SORACE DOMENICO, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2000.
- SORACE DOMENICO, *Diritto delle pubbliche amministrazioni. Una introduzione*, Bologna, 2005.
- SORDI BERNARDO, *Al di là del nesso autorità e libertà: i nuovi sentieri della divisione dei poteri*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 11-16.
- SPAGNUOLO VIGORITA VINCENZO, *Rassegna di giurisprudenza sui piani di ricostruzione*, in *Riv. giur. ed.*, 1956, II, 102 ss.
- SPANTIGATI FEDERICO, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 1969.
- STELKENS PAUL, *Verwaltungsakt*, in PAUL STELKENS-JOACHIM BONK HEINZ-KLAUS LEONHARDT (a cura di), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, München, 1983.

- STELLA RICHTER PAOLO, *Natura ed efficacia dei piani regolatori comunali*, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1071 ss.
- STILE A.M.-CUPELLI C., *Abuso d'ufficio*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 39.
- STORR STEFAN, *Besonderheiten der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich*, dattiloscritto, in corso di pubblicazione.
- STORTONI LUIGI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1976.
- STORTONI LUIGI, *Intervento*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 117-121.
- STUART MILL J., *Considerazioni sul governo rappresentativo*, Roma, 1997 (ma 1977).
- SYLVIE GOULARD-MARIO MONTI, *La democrazia in Europa. Guardare lontano*, Milano, 2012.
- TANDA PAOLO, *Abuso d'ufficio: eccesso di potere e violazione di norme di legge o regolamento*, in *Cass. pen.*, 1999, 2114 ss.
- TANDA PAOLO, *Attività amministrativa e sindacato del giudice civile e penale*, Torino, 1999.
- TANDA PAOLO, *Piano regolatore generale e abuso d'ufficio: il delicato equilibrio tra discrezionalità amministrativa e controllo del giudice ordinario*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 191.
- TESAURO ALESSANDRO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, Torino, 2002.
- TONOLETTI BRUNO, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001.
- TRAVI ALDO, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, nota a T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, 12.5.1997, n. 586, in *Urb. app.*, 1997, 1262 ss.
- TRAVI ALDO, *Circa il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 9.4.1999, n. 601, in *Foro it.*, 2001, III, 9 ss.
- TRAVI ALDO, *Il giudizio amministrativo e le questioni tecnico scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 442.
- TRENTIN SILVIO, *L'atto amministrativo. Contributi allo studio della manifestazione di volontà della pubblica amministrazione*, Roma, 1915.
- TRONTI MARIO, *Il popolo perduto. Per una critica della sinistra*, con A. Bianchi, Roma, 2019.
- TROPER M., *Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1, Milano, 1988, 62 ss.
- TUCCI ANTONIO, *Pluralizzazione del potere tra autorità e pratiche del governo*,

- in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 79-88.
- ULE CARL HERMANN, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*, in *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, München, 1955, 309 ss.
- ULE CARL HERMANN, *Unbestimmte Begriffe und Ermessen im Umweltschutzrecht*, in *D.V.Bl.*, 1973, 756 ss.
- ULE CARL HERMANN, *Verwaltungsprozeßrecht*, München, 1983.
- ULE CARL HERMANN, *Rechtsstaat und Verwaltung*, in *Verw. Arch.*, 1985, 1 ss.
- ULE CARL HERMANN-LAUBINGER HANS WERNER, *Verwaltungsverfahrenrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1979.
- URBANI PAOLO-CIVITARESE MATTEUCCI STEFANO, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2004.
- URBINATI NADIA, *Democrazia sfigurata. Il popolo fra opinione e verità*, Milano, 2016, 143.
- VALENTINI VICO, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, 831-853.
- VALLINI ANTONIO, *Abuso d'ufficio*, in F. PALAZZO (a cura di), *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2011, 291 ss.
- VASSALLI GIULIANO, *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XLIV, 1992, 535 ss.
- VIGANÒ FRANCESCO, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19.12.2016, 1-43.
- VIGNOCCHI GUSTAVO-BERTI GIORGIO, *Piani regolatori*, in *Nss. Dig. it.*, XIII, 1966, 16 ss.
- VILLA VITTORIO, *Alcune chiarificazioni concettuali sulla nozione di "inclusive positivism"*, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2001.
- VILLA VITTORIO, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*, Torino, 2004.
- VILLAMENA STEFANO, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008.
- VILLAMENA STEFANO, *Osservazioni su "conflitto di interessi" e provvedimento amministrativo* in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 287-292.
- VILLATA RICCARDO, *"Disapplicazione" dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1980.

- VILLATA RICCARDO, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 771.
- VILLATA RICCARDO-RAMAJOLI MARGHERITA, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. COCA-F. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2006.
- VILLATA RICCARDO-RAMAJOLI MARGHERITA, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. COCA-F. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017.
- VINCIGUERRA SERGIO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008.
- VIOLA FRANCESCO-ZACCARIA GIUSEPPE, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999.
- VIPIANA PIERA MARIA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993.
- VIPIANA PIERA MARIA, *Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo*, Padova, 1997.
- VIPIANA PIERA MARIA, *L'abuso d'ufficio nel rilascio di una concessione edilizia illegittima*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1005-1010.
- VIRGA PIETRO, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, 95 ss.
- VIRGA PIETRO, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, VI, Milano, 2001.
- WALUCHOW WILFRID, *Inclusive Legal Positivismus*, Oxford, 1994.
- WOLF HANS J.-BACHOF OTTO-STOBER ROLF, *Verwaltungsrecht*, I, München, 2007.
- ZAGREBELSKY GUSTAVO, *Il diritto mite*, Torino, 1992.
- ZAGREBELSKY GUSTAVO, *Stato e costituzione*, in G. ZAGREBELSKY-P.P. PORTINARO-J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996.
- ZAGREBELSKY GUSTAVO, *Il diritto mite*, Torino, 1999.
- ZANOBINI GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, I, Principi generali, Milano, 1958.
- ZANOBINI GUIDO, *Regolamento*, in *Nss. Dig. it.*, XV, 1968, 239-247.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2020
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

STUDI PER UN NUOVO DIRITTO AMMINISTRATIVO

Collana diretta da

S. Cognetti, A. Contieri, S. Licciardello, M. Nettesheim, S. Perongini, A. Zito

1. Marco Gaetano Pulvirenti, *Profili giuridici della funzione amministrativa*, 2013.
2. Carmencita Guacci, *Le impugnazioni incidentali nel processo amministrativo*, 2013.
3. Giovanni Licata, *Provvedimenti antitrust a contenuto normativo*, 2013.

Nuova serie

1. Giovanni Iudica, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, 2016.
2. Enza Romano, *La "non contestazione" nel processo amministrativo*, 2016.
3. Sergio Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, 2016.
4. Sergio Perongini (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, 2017.
5. Carmencita Guacci, *La competenza nel processo amministrativo*, 2018.
6. Enza Romano, *La valutazione dell'affidabilità dell'operatore economico. I motivi di esclusione dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, 2017.
7. Margherita Interlandi, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, 2018.
8. Sebastiano Licciardello (a cura di), *Il governo dell'economia. In ricordo di Vittorio Ottaviano nel centenario della nascita*, 2018.
9. Enza Romano, *L'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici*, 2019.
10. Sergio Perongini, Sebastiano Licciardello (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con Franco Gaetano Scoca*, 2019.
11. Renata Pepe, *Il potere di ripristino tra sanzione e provvedimento amministrativo*, 2019.
12. Francesco Zammartino, *Il modello molteplici. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, 2020.

13. Francesco Scalia, *Energia sostenibile e cambiamento climatico. Profili giuridici della transizione energetica*, 2020.
14. Matteo Timo, *Funzioni amministrative e attività private di gestione della spiaggia. Profili procedurali e contenutistici delle concessioni balneari*, 2020.
15. Sergio Perongini, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, 2020.

