

STUDI IN ONORE DI ANTONIO FIORELLA

VOLUME II



a cura di

Mauro Catenacci, Vincenzo Nico D'Ascola,
Roberto Rampioni

34

Collana

L'Unità del Diritto



Roma TrE-Press
2021



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

NELLA STESSA COLLANA

1. P. CARNEVALE (a cura di), *La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale in itinere*, 2016
2. E. BATTELLI, B. CORTESE, A. GEMMA, A. MASSARO (a cura di), *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, 2017
3. R. BENIGNI (a cura di), *Libertà religiosa, diritti umani e globalizzazione*, 2017
4. A. MASSARO (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, 2017, 2017
5. V. ZENO-ZENCOVICH, *Comparative Legal Systems. A Short Introduction*, 2017 (I ed.) *Comparative Legal Systems. A Short and Illustrated Introduction*, 2019 (II ed.)
6. M. GAMBACCIANI, *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, 2017
7. A. MASSARO, M. SINISI (a cura di), *Trasparenza nella P.A. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, 2017
8. A. D. DE SANTIS (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, 2017
9. V. VITI, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, 2018
10. C. CARDIA, R. BENIGNI (a cura di), *50 Anni dalla Populorum Progressio. Paolo VI: il Papa della modernità. Giustizia tra i popoli e l'amore per l'Italia*, 2018
11. G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, 2018
12. G. GRISI, C. SALVI (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno. Atti del Seminario di Leonessa, 22-23 settembre 2017*, 2018
13. G. MAESTRI, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, 2018
14. G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, 2018
15. E. PODOGHE, *Comunicazione e "dignità della donna". Uno studio di genere*, 2018
16. G. GRISI (a cura di), *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, 2019
17. S. ANASTASIA, P. GONNELLA (a cura di), *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*, 2019
18. S. DEL GATTO, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, 2019

19. R. BENIGNI, B. CORTESE (a cura di), *La "giurisdizione". Una riflessione storico-giuridica*, 2019
20. M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2019 (I ed.); M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2020 (II ed.)
21. N. POSTERARO, M. SINISI (a cura di), *Questioni di fine vita*, 2020
22. G. RESTA (a cura di), *L'Armonia nel diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica*, 2020
23. F. LATTANZI (a cura di), *Genocidio. Conoscere e ricordare per prevenire*, 2020
24. E. TOTI, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico tra legge e dottrina*, 2020
25. B. CORTESE, *La tutela in caso di vizio della res empta e della res locata: inadempimento rispondenza ex fide bona*, 2020
26. M.S. BONOMI, *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali*, 2020
27. G. GRISI, F. RASSU (a cura di), *Perspectives nouvelles du droit. Thèmes, méthodes et historiographie en France et en Italie*, 2020
28. F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di Diritto Amministrativo. Lavori del Laboratorio di Diritto Amministrativo 2019*, 2020
29. S. CALDARELLI, *I vincoli al bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni. Sovranità, autonomia e giurisdizione*, 2020
30. A. MASSARO (a cura di), *Connessioni di Diritto Penale*, 2020
31. R. BENIGNI (a cura di), *Diritto e religione in Italia*, 2021
32. E. CALZOLAIO, R. TORINO, L. VAGNI (a cura di), *Liber amicorum Luigi Moccia*, 2021
33. A. CARRATTA (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo. A proposito di Cass. Sez. Un. n. 19598/2020*, 2021

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

STUDI IN ONORE DI ANTONIO FIORELLA

VOLUME II

a cura di

Mauro Catenacci, Vincenzo Nico D'Ascola,
Roberto Rampioni

34

L'Unità del Diritto
Collana del Dipartimento di Giurisprudenza



Roma TrE-Press

2021

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma TrE-Press, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

Comitato scientifico della Collana:

Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review*.

Coordinamento editoriale:

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**. mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:

American Typewriter condensed, Brandon Grottesque, Gotham rounded (copertina e frontespizio)
Adobe Garamond Pro (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press ©

Roma, settembre 2021

ISBN: 979-12-5977-041-7

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della

Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
L'unità del diritto

La collana di studi giuridici promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguerla in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare una adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la collana si ripromette di ospitare non solo contributi scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanee, atti di convegni e seminari ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La collana entra a far parte della struttura della editrice Roma *TrE-Press* che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in volumi la pubblicazione in formato digitale on-line, consente un accesso libero ai contributi scientifici contribuendo, così, ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Giovanni Serges
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Indice

VOLUME II

SCRITTI SULLA PARTE SPECIALE

SALVATORE ALEO, <i>La problematica penalistica della criminalità organizzata, la teoria dell'organizzazione e lo Stato di diritto</i>	1103
STEFANO CANESTRARI, <i>In difesa della legge n. 219 del 2017 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)</i>	1125
OMBRETTA DI GIOVINE, <i>Ancora sull'infezione da SARS-CoV-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trappole cognitive</i>	1135
STEFANO FIORE, <i>Tracce di distopia legislativa nella 'spazzacorrotti'. Funzioni simboliche e deterrenza 'latente' nell'uso della non punibilità</i>	1159
GABRIELE FORNASARI, <i>Ancora un passo verso l'affermazione dell'autodeterminazione alla morte: la Corte costituzionale austriaca dichiara illegittima la disposizione in tema di aiuto al suicidio. Un primo commento a caldo</i>	1185
DARIO FRANZIN, <i>“L'ombra del sospetto” e la “banalità della vita quotidiana”: nuove forme di terrorismo e responsabilità penale</i>	1197
MARCO GAMBARDELLA, <i>Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio</i>	1217
CARLO LONGOBARDO, <i>La legislazione italiana antiterrorismo: uno specchio degli attuali mali del diritto penale postmoderno</i>	1247
BEATRICE MAGRO, <i>Autodeterminazione terapeutica e autodeterminazione alla morte dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019</i>	1271
ADELMO MANNA, <i>I delitti ambientali tra storia, dogmatica e politica criminale</i>	1299
ILARIA MERENDA, <i>Mafia & corruzione? Un binomio da sciogliere</i>	1315
NICOLA PISANI, <i>La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione</i>	1327
CARLO RUGA RIVA, <i>Il “sentimento per gli animali”: critica di un bene giuridico (troppo) umano e (comunque) inutile</i>	1347

GIUSEPPE SANTALUCIA, <i>Lo scambio elettorale politico-mafioso e il concorso esterno in associazione mafiosa. Qualche rinnovata riflessione alla luce dell'ultima novella</i>	1363
SERGIO SEMINARA, <i>Il conflitto di interessi nei reati contro la pubblica amministrazione, nei reati societari e nei reati finanziari</i>	1375
ANDREA SERENI, <i>Il controllo penale della prostituzione tra etica ed economia</i>	1389
ANNA SALVINA VALENZANO, <i>Il rilievo dell'omissione nella truffa</i>	1431
SERGIO VINCIGUERRA, <i>L'evoluzione in Italia del suicidio assistito fra storia e costituzionalità</i>	1457

DIRITTO PENALE DELL'ECONOMIA E DEGLI ENTI

DONATO CASTRINUOVO, <i>Garanti della sicurezza del lavoro e loro qualificazione alternativa come apicali o subordinati in ambito 231</i>	1477
ALBERTO DE VITA, <i>Condizioni e limiti di operatività della delega di funzioni nel diritto penale dell'impresa. La cessione a terzi del "debito di sicurezza" e la trasmutazione del datore di lavoro da debitore a garante del debito</i>	1501
ALBERTO DI MARTINO, <i>Appunti in tema di reati commessi all'estero e responsabilità degli enti</i>	1523
MASSIMO DONINI, <i>Premesse storiche a una concezione costituzionale dell'offesa nella bancarotta patrimoniale</i>	1555
LUIGI FOFFANI, <i>Per una codificazione possibile dei delitti in materia economica</i>	1577
DÉSIRÉE FONDAROLI, <i>L'attività di vigilanza della Consob tra tutele e violazioni delle garanzie fondamentali</i>	1593
WILLIAM S. LAUFER, <i>Some observations about corporate criminal justice: thirty years later</i>	1613
VITTORIO MANES, <i>Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo</i>	1621
SILVIA MASSI, <i>Aspetti problematici della responsabilità del datore di lavoro e/o dell'ente per 'ripartizione difettosa dell'organizzazione'</i>	1657
ANNA MARIA MAUGERI, <i>La funzione del sistema sanzionatorio del D.Lgs. n. 231/2001: la rieducazione dell'ente</i>	1681

NICOLA MAZZACUVA, <i>La singolare 'fortuna' di una figura criminosa (un tempo) non applicata: le 'operazioni dolose' di cui all'art. 223, c. 2, n. 2, l. fallimentare</i>	1703
GAETANA MORGANTE, <i>La ripartizione volontaria dei doveri di sicurezza tra garanti 'innominati': la delega di funzioni</i>	1715
CARLO PIERGALLINI, <i>Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità ex crimine delle multinazionali</i>	1743
DANIELE PIVA, <i>Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel (ancorché non di) sistema</i>	1767
STEFANO PREZIOSI, <i>Nuova disciplina degli abusi di mercato e bene giuridico tutelato nella manipolazione di mercato</i>	1787
ALESSANDRA ROSSI, <i>La responsabilità penale dei componenti dell'Organismo di vigilanza</i>	1809
ELISA SCAROINA, <i>Le posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse</i>	1835
NICOLA SELVAGGI, <i>La prevenzione e il controllo del reato attraverso la 'compliance' nella piccola impresa: un'introduzione al problema</i>	1857
PAOLA SEVERINO, <i>Corruzione e crisi pandemica: vecchi problemi e nuove sfide</i>	1879
MORIKAZU TAGUCHI, <i>Neue Herausforderungen hinsichtlich der Bekämpfung der Unternehmenskriminalität in Japan</i>	1895
MARIA TERESA TRAPASSO, <i>Workforce composition e rischio infortunistico: la tutela penale dei lavoratori al tempo del lavoro 'flessibile'</i>	1909
ANDREA FRANCESCO TRIPODI, <i>L'ente nel doppio binario punitivo: note sulla configurazione metaindividuale dei doppi binari sanzionatori</i>	1927
PAOLO VENEZIANI, <i>Problemi attuali in tema di responsabilità dell'ente da reato tributario</i>	1971
TIZIANA VITARELLI, <i>Il Responsabile del Servizio di prevenzione e protezione: mero consulente o vero e proprio garante?</i>	2001
ROBERTO ZANNOTTI, <i>La responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato nell'ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano: un confronto con il sistema italiano</i>	2027

SCRITTI SULLA PARTE SPECIALE

Marco Gambardella*

Simul stabunt vel simul cadent.

*Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale:
un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso di ufficio.*

SOMMARIO: 1. La riformulazione del sintagma «in violazione di norme di legge». L'esclusione dall'area della tipicità delle «norme di regolamento» – 2. Sviamento di potere e abuso d'ufficio – 3. I rapporti con la seconda condotta tipica: la violazione dell'obbligo di astensione – 4. Le ripercussioni della riformulazione sui rapporti con l'omissione di atti d'ufficio e il peculato – 5. La spinosa questione della revoca delle sentenze di condanna *ex art. 673 c.p.p.* – 6. Lo stretto legame tra abuso d'ufficio e sindacato sulla discrezionalità amministrativa – 7. La legalità 'sostanziale' e il sindacato sull'uso del potere discrezionale – 8. Riflessioni finali: potrebbe non cambiare nulla?

1. *La riformulazione del sintagma «in violazione di norme di legge». L'esclusione dall'area della tipicità delle «norme di regolamento»*

Con il decreto semplificazioni si è riscritta una porzione del testo dell'art. 323 c.p.: la condotta di abuso non s'impenna più sulla violazione «di norme di legge o di regolamento», bensì sulla 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» (art. 23)¹. In pratica si è inciso sul sintagma «in violazione di norme di legge o di regolamento», aspetto nevralgico della novella del 1997 (l. n. 234) rispetto al quale da subito si era incentrata l'attenzione degli interpreti e della giurisprudenza di legittimità².

* Professore associato di Diritto penale, Sapienza Università di Roma.

¹ Sullo specifico ma interconnesso tema dei reati aventi alla loro base un substrato di illiceità amministrativa, e sul problema relativo alla selezione del versante criminale del fatto, cfr. M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto*, in «AP», 2, 2020, pp. 1 ss.

² Cfr. Cass. Sez. II, 4 dicembre 1997, G. TOSCHES, in «CP», 1998, p. 2332, con nota di M. GAMBARDELLA, *Considerazioni sulla «violazione di norme di legge» nel nuovo delitto di*

Nella riscrittura della porzione dell'enunciato occorre tenere distinte tre componenti:

(a) la maggior connotazione della previgente condotta di «violazione di norme di legge»;

(b) la soppressione del riferimento alle norme di fonte regolamentare;

(c) l'introduzione dell'inedito (rispetto alla previgente versione) concetto di «atti aventi forza di legge».

(a) Quanto all'accennato primo dato, la tecnica normativa della rimodulazione del 2020 è dunque imperniata, sotto il profilo logico, nella maggior connotazione della condotta tipica della violazione di norme di legge. Si è così puntualizzato nell'enunciato legislativo che la condotta di abuso deve attenersi:

(i) alla violazione di una specifica regola di condotta;

(ii) a regole di condotta espressamente previste dalla legge (o da atti aventi forza di legge);

(iii) a regole di condotta dalle quali non residuino margini di discrezionalità³.

La nuova descrizione del fatto tipico – tramite la maggior connotazione del sintagma «in violazione di norme di legge» – potrebbe determinare un restringimento dell'area di punibilità del delitto *de quo*, e dunque una parziale *abolitio criminis* (art. 2, co. 2, c.p.). E ciò soprattutto se il termine di relazione è fatto coincidere – come accade in particolar modo nel nostro caso – con il diritto vivente: dall'incriminazione quale fatta vivere dalla giurisprudenza

abuso d'ufficio (art. 323 c.p.). In dottrina, ampia è l'analisi di tale condotta di abuso: cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, in *Commentario sistematico*, Giuffrè, Milano 2019, pp. 354 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte speciale*, vol. I, Giuffrè, Milano 2008, pp. 281 ss.; A. VALLINI, *L'abuso di ufficio*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Palazzo, ESI, Napoli 2011, pp. 291 ss.; GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 276 ss.; G. RUGGIERO, *Abuso di ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di C.F. Grosso, M. Pelissero, Giuffrè, Milano 2015, pp. 357 ss.; C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di B. Romano e A. Marandola, UTET, Torino 2020, pp. 278 ss.; A. MERLO, *L'abuso di ufficio tra legge e giudice*, Giappichelli, Torino 2019, pp. 273 ss.; S. MASSI, *Parametri formali e «violazione di legge» nell'abuso d'ufficio*, in «AP», 1, 2019; G. DI VETTA, *L'abuso d'ufficio: cronaca di un 'ritorno'*, in «Criminalia», 2016, pp. 399 ss. Per un quadro riassuntivo delle posizioni, GAMBARDELLA, *Codice penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, diretta da G. Lattanzi, E. Lupo, vol. IV, Giuffrè, Milano 2015, pp. 598 ss.

³ Cfr. 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 «SP», 17 luglio 2020, pp. 5 ss.

della Corte di Cassazione. E in tal senso si è orientata la prima giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. Sez. VI, 9 dicembre 2020, n. 442/2021).

La questione centrale della riscrittura della prima condotta tipica abusiva è sicuramente quella di verificare se vi è stata l'esclusione dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione dal campo applicativo della figura di reato. Con la conseguenza di ritenere che solo l'attività vincolata della pubblica amministrazione continui a rilevare nella fattispecie, mentre tutto il blocco dell'attività discrezionale sia stato espunto dalla nuova formulazione dell'incriminazione⁴.

E se l'attività discrezionale non rilevasse più ai fini dell'integrazione dell'abuso d'ufficio, verrebbe escluso anche il sindacato del giudice penale sull'eccesso o sviamento di potere: in quanto – come è noto – soltanto se l'attività amministrativa è di natura discrezionale può ricorrere il vizio di eccesso di potere⁵.

A tal fine, bisogna stabilire quale significato vada ascritto alla porzione finale del sintagma: specifiche regole di condotta legali e dalle quali «non residuino margini di discrezionalità».

La formula legislativa appare semanticamente ambigua, perché espressa in forma negativa.

Stando al possibile significato letterale (come insieme di segni linguistici), parrebbe trattarsi di una norma che attiene all'esercizio di una attività non discrezionale della pubblica amministrazione. Discrezionalità qui intesa nella relazione tra la l'attività pubblica e la legge: quest'ultima attribuisce al pubblico agente la facoltà di scelta fra più comportamenti giuridicamente leciti per il soddisfacimento dell'interesse pubblico e per il perseguimento di un fine rispondente alla causa del potere esercitato.

Si è accennato però che il sintagma in esame è ambiguo sul piano semantico, perché formulato in negativo. Tale 'infelice' tecnica normativa potrebbe avere una spiegazione. Probabilmente l'enunciato rinviene la sua matrice, e la sua logica attinente alla 'separazione dei poteri', nell'art. 31, co. 3, cod. proc. amm. («azione avverso il silenzio»).

Tuttavia, se la formula normativa per un verso, appare ripresa

⁴ Cfr. A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in «LP», 23 ottobre 2020, pp. 1 ss.; M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in «DPP», 10 agosto 2020, pp. 1 ss., secondo cui la ristrutturazione dell'art. 323 c.p. finisce per concentrarsi esclusivamente sul 'disvalore d'azione', trascurando il 'disvalore d'evento' (vantaggio o danno) che, legato al primo da 'causalità normativa', rende il *Tatbestand* descrittivo di un programma epistemologicamente verificabile.

⁵ Cfr. V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino 2020, pp. 696 ss.

dall'art. 31, co. 3, cod. proc. amm. in tema di azione avverso il silenzio inadempimento della pubblica amministrazione; per altro verso, è mutuata dalla disposizione citata solo in modo parziale, generando un forte tasso di incertezza ermeneutica.

Invero, ai sensi del comma 3 dell'art. 31 cod. proc. amm., in relazione alla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, il giudice può pronunciarsi solo quando «si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità».

Qui il legislatore non solo le accosta, ma sembrerebbe inoltre distinguere tra attività vincolata e attività priva di margini di discrezionalità. Risultando così l'enunciato del codice del processo amministrativo, sul piano semantico, privo dell'ambiguità presente invece nel testo del nuovo abuso d'ufficio.

In definitiva, sembra proprio che il legislatore del 2020, per riformare l'abuso d'ufficio, abbia attinto alla elaborazione in materia di silenzio inadempimento e al suo collegamento con la teorica della separazione dei poteri. Infatti, in tale ambito, il giudice può tradizionalmente conoscere della fondatezza dell'istanza in tema di silenzio adempimento soltanto con riferimento agli atti vincolati e dovuti. Mentre, si esclude la possibilità per lo stesso di valutare la fondatezza dell'istanza in presenza di una attività discrezionale 'pura'. Altrimenti, il giudice si sostituirebbe all'attività riservata alla sfera della pubblica amministrazione.

La nuova formulazione sembrerebbe escludere dall'area del penalmente rilevante anche quella particolare forma di discrezionalità c.d. tecnica⁶.

Nella discrezionalità tecnica si esaminano fatti o situazioni rilevanti per l'esercizio del potere pubblico (necessità del profilo del 'giudizio'), ma non vi è poi una scelta collegata a un bilanciamento di interessi (mancanza del profilo della 'scelta'). Anche con riferimento alla riforma dell'abuso d'ufficio, nonostante la peculiarità di tale modello di discrezionalità, occorre mettere in luce la netta linea di demarcazione tra discrezionalità e discrezionalità tecnica, da una parte, e vincolatività dell'attività amministrativa, dall'altra. Confine reso altresì palese dall'art. 21 *octies* cod. proc. amm., che dispone la non annullabilità del provvedimento avente natura vincolata.

In conclusione, il legislatore del 2020 letteralmente sembrerebbe voler dire che deve trattarsi di una regola 'legale', che attiene alla c.d. attività vincolata della P.A. Nell'esercizio del suo potere, all'agente pubblico non sarebbe perciò lasciato alcun margine di apprezzamento, predeterminando la regola, in tutti i suoi aspetti, le modalità di azione della pubblica

⁶ Al riguardo, cfr. P. VIRGA, *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi*, vol. II, Giuffrè, Milano 1987, pp. 6 ss.

amministrazione nel perseguimento dell'interesse pubblico⁷.

Se così fosse, sarebbero importanti gli esiti, dal punto di vista intertemporale, per le condotte escluse – a seguito del ritaglio del legislatore del 2020 – dall'area incriminatrice dell'abuso d'ufficio, e non rilevanti in base a qualche altra incriminazione ('omogenea strutturalmente') che potrebbe riespandere il suo ambito applicativo.

Per quanto concerne i profili processuali dell'*abolitio criminis*, in particolare, occorrerà distinguere tra due possibili momenti temporali di produzione del fenomeno abolitivo: nel corso di un procedimento penale, ovvero dopo la sua conclusione in presenza di una sentenza di condanna irrevocabile.

Nella prima ipotesi, i provvedimenti del giudice variano a seconda della fase processuale, pur essendo utilizzabile la medesima formula (ovverosia il fatto non è previsto dalla legge come reato): provvedimento di archiviazione *ex art.* 411 c.p.p. nelle indagini preliminari; sentenza di immediato proscioglimento di ufficio *ex art.* 129 c.p.p. in ogni stato e grado del processo; sentenza di annullamento senza rinvio con contestuale proscioglimento in Cassazione in virtù del combinato disposto degli artt. 129 e 620 lett. a) c.p.p.; infine sentenza di non luogo a procedere *ex art.* 425 c.p.p. o sentenza di assoluzione *ex art.* 530 c.p.p. qualora ci si avveda dell'avvenuta *abolitio criminis* durante la fase deliberativa dell'udienza preliminare o del giudizio di primo e secondo grado.

Nella seconda ipotesi, al cospetto di una condanna irrevocabile è invece necessaria la revoca della stessa da parte del giudice dell'esecuzione *ex art.* 673 c.p.p.

(b) Riguardo alla seconda componente della riscrittura, relativa all'amputazione nell'enunciato legislativo del riferimento alla violazione di norme di 'regolamento', essa sottrae all'area di tipicità una intera classe di fattispecie; e quindi in tale ambito sembrerebbe prodursi realmente un fenomeno di parziale abolizione dell'incriminazione (art. 2, co. 2, c.p.).

Ebbene, non v'è dubbio che la porzione normativa concernente la violazione di norme di regolamento, in quanto oggetto di una ripermetrazione dai confini abbastanza 'netti', risulta foriera di meno problemi – sul piano intertemporale – rispetto alla rimodulazione del sintagma «in violazione di norme di legge».

Certamente, si tratta di una tipologia di condotta che nel passato ha generato forti incertezze applicative. Invero, il concetto di 'regolamento' è di difficile definizione, poiché i vari tipi di regolamenti presentano un carattere

⁷ Cfr. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 632 ss.; F. CARINGELLA, *Compendio di diritto amministrativo*, DIKE, Roma 2020, pp. 119 ss.

altamente eterogeneo. Oltretutto, un gran numero di provvedimenti che rivestono natura regolamentare propongono nomi diversi: ordinanze, decreti, bandi, istruzioni, ecc.⁸

Il termine ‘regolamento’ denotava – nella versione 1997 dell’art. 323 c.p. – senz’altro sia gli atti normativi generali e astratti emanati dal governo o da singoli ministri, ai sensi della l. 23 agosto 1988, n. 400, sia quelli adottati nell’esercizio della potestà regolamentare dalle province o comuni⁹.

Nel primo commento alla modifica dell’abuso d’ufficio, si è prospettata la possibile irragionevolezza dell’esclusione delle norme di fonte regolamentare dall’area di tipicità dell’incriminazione¹⁰.

Parrebbe nondimeno una scelta di politica criminale del legislatore non sindacabile dalla Corte costituzionale. Oltretutto è un ritaglio che ha effetti favorevoli (abolitivi), e soggiace quindi ai limiti imposti al controllo di costituzionalità delle c.d. norme penali di favore, trattandosi di pronunce del Giudice delle leggi da cui derivano effetti o modifiche sfavorevoli nel sistema penale.

(c) Una funzione del tutto opposta potrebbe avere invece l’aggiunta – nell’enunciato legislativo – del riferimento agli «atti aventi forza di legge».

Qui l’arricchimento del testo genera invece la questione di stabilire se vi è di conseguenza qualche nuova classe di fattispecie, e dunque se siamo di fronte al concetto di ‘nuova incriminazione’ di cui all’art. 2, co. 1, c.p.

In realtà non vi è una porzione nuova di incriminazione: il riferimento agli atti era già ricompreso nell’ampio concetto di norma di legge di cui alla versione del 1997 dell’art. 323 c.p., e pertanto l’esplicitazione nel testo dell’abuso d’ufficio dell’elemento dell’atto avente forza di legge è senza conseguenza dal punto di vista intertemporale.

La ‘forza di legge’ indica le conseguenze: le più importanti sono il sindacato della Corte costituzionale (sugli atti aventi forza di legge) e la gerarchia (subordinate alle norme costituzionali e capacità di abrogare/modificare atti con forza di legge precedenti)¹¹.

⁸ V. in tal senso ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 361; T. PADOVANI, *Commento alla modifica dell’art. 323 c.p.*, in «LP», 1997, pp. 744 ss.; C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, CEDAM, Padova 1998, pp. 76 ss.

⁹ Cfr. Cass. Sez. VI, 24 aprile 2001, in «CP», 2002, p. 1009; Cass. Sez. VI, 16 ottobre 2012, n. 43476, in CED, n. 253793.

¹⁰ GATTA, *Da ‘spazza-corrotti’ a ‘basta paura’*, cit., pp. 5 ss.

¹¹ Cfr. L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova 1998, pp. 137 ss.; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano 2010, pp. 106 ss.

2. *Sviamento di potere e abuso d'ufficio*

Occorre ora interrogarsi più a fondo su che cosa – a seguito della riscrittura del 2020 della porzione relativa alla violazione di norme di legge – resti escluso dall'area di applicazione della norma incriminatrice¹².

Quali classi di fattispecie, e di conseguenza quali vicende concrete, entrano nel campo della parziale *abolitio criminis* dell'abuso d'ufficio?

Una prima risposta relativa alla domanda se, dalla maggior connotazione della prima condotta tipica dell'art. 323 c.p., derivi una minor denotazione del campo applicativo dell'incriminazione, può essere fornita prendendo come riferimento le acquisizioni giurisprudenziali degli ultimi anni, con particolare riguardo alla rilevanza del vizio di 'sviamento di potere' nel fatto tipico dell'art. 323 c.p., nonché della violazione dell'art. 97 Cost.

E questo perché la rinnovata descrizione della prima condotta abusiva – come accennato – potrebbe escludere dal perimetro dell'incriminazione la violazione di norme concernenti l'attività discrezionale della P.A. e di norme che non si riferiscono ad un preciso comportamento dell'agente pubblico come le norme costituzionali di principio.

A tal fine, per una proficua lettura della giurisprudenza sull'abuso d'ufficio (versione 1997) in chiave intertemporale, va tenuto presente quanto segue:

(i) in primo luogo, che una regola di condotta priva di discrezionalità non può essere affetta da uno sviamento di potere, essendo quest'ultimo un vizio di legittimità collegato necessariamente all'esercizio di una attività discrezionale;

(ii) in secondo luogo, che l'art. 97 Cost., in quanto norma costituzionale, potrebbe – secondo un certo indirizzo – non essere riconducibile al concetto di legge (o a quello di atti aventi forza di legge);

(iii) infine, la presenza di un accesso dibattito (in dottrina e giurisprudenza) riguardo all'art. 97 Cost.: se esso costituisca una precisa regola di comportamento di immediata applicazione, ovvero una norma di principio che non abbia carattere precettivo ed abbia un valore meramente programmatico.

¹² Ad avviso di ROMANO, *La continua riforma dell'abuso di ufficio e l'immobilismo della pubblica amministrazione*, in «il Penalista», 28 luglio 2020, pp. 5 ss., la nuova versione dell'abuso d'ufficio restringe notevolmente la sfera di intervento della legge penale sull'azione amministrativa. Invero, se l'agente pubblico esercita un potere discrezionale, non dovrebbe essere possibile farne derivare una responsabilità penale, almeno per il delitto di cui all'art. 323 c.p.

E veniamo adesso al banco di prova rappresentato dagli orientamenti giurisprudenziali concernenti l'abuso d'ufficio in tema di eccesso (sviamento) di potere e sull'art. 97 Cost.¹³.

Un primo orientamento – formatosi all'indomani della riforma del 1997, sulla scorta del disegno legislativo – ha postulato il necessario collegamento tra la potestà giudiziaria di sindacato e l'individuazione di una violazione di legge quale vizio di legittimità amministrativa, con l'esclusione dunque dell'eccesso di potere (e dell'incompetenza). Si è affermato così che nell'attuale configurazione dell'abuso d'ufficio si continua ad assegnare rilevanza alla partizione dei tradizionali vizi dell'atto amministrativo, ma ai fini della condotta di abuso viene in considerazione soltanto il vizio di violazione di legge. E pertanto riguardo all'art. 323 c.p., nella formulazione introdotta nel 1997, va escluso che il reato possa realizzarsi con l'adozione di un provvedimento amministrativo affetto da vizi di legittimità diversi da quelli tassativamente indicati dalla norma, quale l'eccesso di potere¹⁴. Per tale orientamento deve ritenersi espunta dall'area della rilevanza penale ogni ipotesi di abuso di poteri o di funzioni non concretatesi nella formale violazione di norme legislative o regolamentari (o del dovere di astensione), negandosi così al giudice penale la possibilità di invadere l'ambito della discrezionalità amministrativa che il legislatore ha stimato, anche per esigenze di certezza del precetto penale, di sottrarre a tale sindacato¹⁵.

Ad avviso poi di un ulteriore indirizzo giurisprudenziale, il requisito della violazione di norme di legge non può essere integrato dall'inosservanza delle norme di principio poste dall'art. 97 Cost.¹⁶.

¹³ Di recente si è osservato come «l'art. 97 Cost. funzionava come una norma penale in bianco aggiunta all'art. 323 c.p.: chiunque viola l'art. 97 Cost. per favorire ingiustamente sé o un terzo sul piano patrimoniale o per danneggiarlo, commette abuso d'ufficio. Il contenuto dell'art. 97 poteva così essere definito anche con norme di *soft law*. Si punivano atti immorali o dannosi, ma non era l'atto tipico (es. l'aver danneggiato o favorito un terzo in violazione di determinate regole) che rendeva conoscibile l'illecito penale: era la violazione di altre regole extrapenali note che potevano indiziare quella conoscenza» (DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto*, cit., pp. 18 ss.).

¹⁴ In questo senso M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, CEDAM, Padova 1998, pp. 35 ss.; G. DELLA MONICA, *La non configurabilità dell'abuso d'ufficio per eccesso di potere*, in *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, a cura di A.A. Dalia, M. Ferraioli, Giuffrè, Milano 1997, pp. 70 ss.; BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., pp. 90 ss.

¹⁵ Cass. Sez. II, 29 aprile 2004, n. 37515, in CED n. 229715; e più di recente Cass. Sez. V, 13 novembre 2019, n. 49485, *ivi*, n. 278042-02.

¹⁶ In dottrina v. sul punto A. CARMONA, *La nuova figura di abuso d'ufficio: aspetti di diritto intertemporale*, in «CP», 1998, p. 1843; A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. Bondi, A. Di Martino, G. Fornasari, Giappichelli,

Tale disposizione, infatti, non ha carattere precettivo ed ha valore meramente programmatico, cosicché tali principi, per il carattere generale che li distingue, non sono idonei a costituire oggetto della violazione che può dar luogo alla integrazione del reato previsto dall'art. 323 c.p.

Quest'ultimo orientamento trova la sua origine nella già menzionata prima fondamentale decisione «Tosches» resa dalla Suprema Corte in tema di riformulazione dell'abuso d'ufficio *ex l. n. 234/1997*. Nella pronuncia si è osservato che la violazione di legge può integrare l'elemento richiesto dall'art. 323 c.p. soltanto se la norma violata non sia genericamente strumentale alla regolarità dell'attività amministrativa, ma vieti puntualmente il comportamento sostanziale dell'agente pubblico: risultano pertanto irrilevanti le violazioni di alcune norme a carattere meramente procedimentale ovvero le violazioni di norme di principio, come quella prevista dall'art. 97 Cost. sul buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, che peraltro appare di carattere organizzativo e non sembra prescrivere specifici comportamenti ai singoli soggetti. Una diversa interpretazione della disposizione, per la Corte, finirebbe per esporla a dubbi di costituzionalità, per violazione dell'art. 25, co. 2, Cost., con riferimento alla indeterminatezza della fattispecie incriminatrice¹⁷.

Un diverso indirizzo ha tentato invece di recuperare lo schema dell'eccesso di potere nella configurazione del delitto di abuso d'ufficio, facendo leva sull'uso dei principi costituzionali che governano l'azione della pubblica amministrazione e in particolare sull'art. 97, co. 2, Cost. Si è in tal senso asserito che, ai fini della sussistenza del reato di cui all'art. 323 c.p., può trovare applicazione anche l'art. 97 Cost., per il quale i pubblici uffici devono essere organizzati secondo disposizioni di legge in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione¹⁸. L'imparzialità dell'azione amministrativa può

Torino 2008, pp. 255 ss. Ad avviso di quest'ultimo, l'art. 97 Cost. non è norma idonea ad integrare il precetto penale; diversamente risulterebbe violato il principio di tassatività a causa della genericità del parametro.

¹⁷ Cfr. Cass. Sez. II, 4 dicembre 1997, Tosches, *cit.* Nello stesso senso, Cass. Sez. VI, 11 ottobre 2005, n. 12769, in CED n. 233730.

¹⁸ Nel senso di ritenere che tra le disposizioni da osservare ci sia certamente la Costituzione e, segnatamente, l'art. 97 Cost. v. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte speciale*, vol. I, *cit.*, pp. 283 ss.; ID., *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in «DPP», 1999, p. 108; P. PITTARO, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, in *Le nuove leggi penali*, a cura di G.M. Baccari, S. Camaioni *et al.*, CEDAM, Padova 1998, pp. 23 ss.; C.F. GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso d'ufficio*, in «FI», 1999, vol. V, c. 334; GAMBARDELLA, *Considerazioni sulla «violazione di norme di legge» nel nuovo delitto di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*, *cit.*, p. 2341.

costituire allora parametro di riferimento per il reato di abuso d'ufficio¹⁹. Invero, l'imparzialità amministrativa, intesa come divieto di favoritismi e dunque obbligo di trattare tutti i soggetti portatori di interessi tutelabili con la medesima misura, ha i caratteri e i contenuti precettivi richiesti dall'art. 323 c.p., in quanto impone all'agente pubblico una vera e propria regola di comportamento di immediata applicazione²⁰.

Oggi sembra prevalere l'ulteriore orientamento che riconduce all'interno del requisito della violazione di legge il vizio del c.d. sviamento di potere, e dunque perpetua lo stretto legame fra abuso d'ufficio ed eccesso di potere, nel senso che resta attribuito al giudice penale, anche dopo la novella del 1997, il sindacato sulla discrezionalità amministrativa per mezzo dello strumento più penetrante a disposizione dell'autorità giudiziaria, costituito appunto dall'eccesso di potere²¹.

È vero, tuttavia, che la giurisprudenza di legittimità quasi mai nomina questo vizio di legittimità, ma si riferisce alla nozione di sviamento di potere. Ma è pur vero che lo sviamento di potere è il nucleo fondamentale del vizio di eccesso di potere; sviamento di potere che rinviene la sua matrice francese nel *détournement de pouvoir* come vizio dell'atto amministrativo attraverso cui la giurisprudenza del Consiglio di Stato francese cominciò, dopo la metà dell'Ottocento, ad ammettere un parziale controllo giudiziale dell'*acte discretionnaire*²².

Secondo questo filone giurisprudenziale, si ha violazione di legge, rilevante ai sensi dell'art. 323 c.p., allorché l'atto dell'ufficio sia stato posto in essere per scopi esclusivamente personali, poiché in tale ipotesi sono violate le norme di legge che attribuiscono il relativo potere al pubblico agente. I poteri di quest'ultimo sono collegati a una funzione, e dunque sono esercitabili solo in vista del perseguimento di uno scopo pubblico, che del potere stesso costituisce la condizione intrinseca di legalità. È pertanto integrato l'elemento costitutivo della violazione di legge, non solo quando la

¹⁹ Cfr. A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, Giappichelli, Torino 2002, pp. 5 ss., il quale ripercorre analiticamente i diversi orientamenti sul possibile impiego dell'art. 97 Cost. come parametro di valutazione della tipicità delle condotte abusive.

²⁰ Cass. Sez. VI, 26 giugno 2013, n. 34086, in CED n. 257036-01; Cass. Sez. VI, 30 gennaio 2013, n. 12370, *ivi*, n. 256003-01; Cass. Sez. VI, 2 aprile 2015, n. 27816, *ivi*, n. 263933-01; Cass. Sez. VI, 12 giugno 2018, n. 49549, *ivi*, n. 274225-01.

²¹ Si vedano le sferzanti critiche di PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in «Giurisprudenza penale web», 2020, 7-8, p. 7 ss., secondo cui l'asimmetria logica della formulazione versione 1997 ha finito con il determinare una vera e propria 'riconversione ermeneutica' sfociata in una sostanziale 'riscrittura' del testo legislativo da parte della giurisprudenza, il cui ambito viene ricondotto alle origini.

²² Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, Milano 1988, pp. 484 ss.

condotta sia svolta in contrasto con le forme, le procedure, i requisiti previsti dall'ordinamento, ma anche quando essa non sia conformata al presupposto da cui trae origine il potere, caratterizzato dal vincolo di tipicità e di stretta legalità funzionale. Derivandone che il potere esercitato per un fine diverso da quello stabilito dalla legge, e quindi per uno scopo personale o egoistico o comunque estraneo alla pubblica amministrazione, si pone fuori dallo schema di legalità e rappresenta uno 'sviamento' produttivo di una lesione dell'interesse tutelato dal delitto di abuso d'ufficio²³.

Questa prospettiva che, in relazione al delitto di abuso di ufficio, assegna al giudice penale un ampio potere di controllo sull'uso della discrezionalità amministrativa nell'azione degli agenti pubblici, come accennato, è stata accolta dalla Suprema Corte nel suo massimo consenso. Ad avviso delle Sezioni unite «Rossi» del 2011, va infatti ritenuto rilevante, ai fini della violazione di legge, che l'atto di ufficio non sia stato emanato nel rispetto delle norme di legge che regolano un'attività ovvero che attribuiscono al pubblico ufficiale il 'potere' di compierla. Per qualsiasi pubblica funzione autoritativa, 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 legalità²⁴.

Si ha pertanto violazione di legge, rilevante a norma dell'art. 323 c.p., non solo quando la condotta di un pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere (profilo della disciplina), ma anche quando difettino le condizioni funzionali che legittimano lo stesso esercizio del potere (profilo dell'attribuzione), ciò avendosi quando la condotta risulti volta alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è conferito. Anche in questa ipotesi si realizza un 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'attribuzione²⁵.

Nel senso delle Sezioni unite 'Rossi', si è orientata in netta prevalenza la successiva giurisprudenza di legittimità. Pertanto, la violazione di legge rilevante ai fini dell'integrazione dell'art. 323 c.p. riguarda non solo la condotta del pubblico ufficiale in contrasto con le norme che

²³ Cfr. Cass. Sez. VI, 5 luglio 2001, n. 35597, in CED n. 250779; Cass. Sez. VI, 11 marzo 2005, n. 12196, *ivi*, n. 231194; Cass. Sez. VI, 18 ottobre 2006, n. 38965, *ivi*, n. 235277; Cass. Sez. VI, 25 settembre 2009, n. 41402, *ivi*, n. 245287; Cass. Sez. V, 16 giugno 2010, n. 35501, *ivi*, n. 248496.

²⁴ Cass. SU, 29 settembre 2011, Rossi, n. 155, in «CP» 2012, p. 2410.

²⁵ Cass. SU., 29 settembre 2011, Rossi, n. 155, *cit.*

regolano l'esercizio del potere, ma anche le condotte che siano dirette alla realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è conferito, ponendo in essere un vero e proprio sviamento della funzione²⁶. Inoltre, sussiste la violazione di legge non solo quando la condotta dell'agente pubblico sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando la stessa risulti orientata alla sola realizzazione di un interesse contrastante con quello per il quale il potere è attribuito, realizzandosi in tale ipotesi il vizio dello sviamento di potere, che integra la violazione di legge poiché lo stesso non viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione²⁷.

Al riguardo appare interessante tracciare un parallelo con i «delitti di corruzione», nei casi in cui oggetto del mercimonio sia l'attività amministrativa discrezionale. Il tema dei rapporti tra esercizio della discrezionalità amministrativa e corruzione è venuto prepotentemente alla ribalta nella vicenda di «Mafia Capitale». La Corte di Cassazione, nella decisione che ha chiuso l'importante e mediatico caso, è tornata infatti ad approfondire il tema dell'atto discrezionale, per stabilire se e quando esso integri la più grave corruzione propria (art. 319 c.p.) ovvero la corruzione funzionale (art. 318 c.p.). Per la Corte non v'è dubbio che vi sia corruzione propria (beninteso in presenza di tutti gli altri elementi costitutivi) allorché l'atto discrezionale e il comportamento sottostante siano contrari ai doveri di ufficio, e ciò avviene nei casi in cui siano state violate le regole sull'esercizio del potere discrezionale o ne siano stati alterati i fondamentali canoni di esercizio in vantaggio del privato²⁸.

Ora, muovendo dalla casistica giurisprudenziale degli ultimi anni, è possibile ipotizzare che alcune vicende concrete, con la riforma del 2020, non potranno essere più sussunte sotto l'abuso d'ufficio. E ciò sicuramente se prevarrà una interpretazione letterale della riformulazione della figura di reato, nonché basata sulla volontà storica del legislatore desumibile dalle sbandierate ragioni della riforma da parte della Presidenza del Consiglio. Ossia una interpretazione secondo cui integrano un frammento della norma di abuso d'ufficio solo le violazioni di specifiche regole di condotta di fonte legale e non più quelle di fonte regolamentare e deve inoltre trattarsi di regole dalle quali non residuino margini di discrezionalità.

Si pensi alla fattispecie, sussunta sotto lo sviamento di potere, in

²⁶ Cass. Sez. VI, 13 aprile 2018, n. 19519, in CED n. 273099-01; Cass. Sez. II, 5 maggio 2015, n. 23019, *ivi*, n. 264279-01.

²⁷ Cass. Sez. VI, 2 aprile 2015, n. 27816, in CED n. 263932.

²⁸ Cass. Sez. VI, 22 ottobre 2019, n. 18125/2020, pp. 128 ss. (motivazione).

cui un carabiniere aveva imposto a delle cittadine extracomunitarie l'obbligo di esibizione dei documenti di soggiorno, ingiungendo loro di attendere l'arrivo della pattuglia dei carabinieri esclusivamente per finalità ritorsive e vessatorie²⁹.

Altro caso è quello del demansionamento di un dipendente comunale attuato con intento discriminatorio o ritorsivo: si è ritenuto che tale condotta determina l'inosservanza dei doveri di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost.³⁰.

Si pensi ancora alla fattispecie – ricondotta allo sviamento della funzione – in cui il sindaco di un Comune aveva disposto la revoca dell'incarico dirigenziale ricoperto da un dipendente candidatosi in una lista contrapposta, apparentemente giustificando tale scelta con esigenze di contenimento della spesa senza che, tuttavia, fosse stata previamente deliberata una diversa organizzazione degli uffici³¹.

Si prenda in considerazione altresì la fattispecie riguardante dei docenti universitari che hanno favorito illecitamente alcuni candidati, preventivamente individuati, nell'assegnazione di borse di studio, ricondotta alla inosservanza dei doveri funzionali del pubblico dipendente *ex art.* 13 d.P.R. n. 3 del 1957, norma generica e con ampi spazi di discrezionalità³².

Ulteriore esempio è quello relativo a una fattispecie in tema di adozione di provvedimenti finalizzati a svuotare di mansioni l'attività del responsabile del Servizio Lavori Pubblici di un Comune, quale ritorsione per l'adozione di provvedimenti contrari agli interessi personali del Sindaco. Provvedimenti ritenuti in violazione dell'art. 97 Cost., in quanto inosservanti del dovere per il pubblico funzionario di non usare il potere che la legge gli conferisce per compiere deliberati favoritismi e procurare ingiusti vantaggi o arrecare danni ingiusti³³.

3. I rapporti con la seconda condotta tipica: la violazione dell'obbligo di astensione

Occorre adesso esaminare la relazione della prima (riformulata) condotta tipica della «violazione di specifiche regole di condotta legali non

²⁹ Cass. Sez. VI, 5 luglio 2001, n. 35597, cit.

³⁰ Cass. Sez. VI, 21 febbraio 2019, n. 22871, in CED n. 275985.

³¹ Cass. Sez. VI, 13 aprile 2018, n. 19519, in CED n. 273099.

³² Cass. Sez. VI, 5 giugno 2018, n. 38546, in CED n. 273794.

³³ Cass. Sez. VI, 12 giugno 2014, n. 38357, in CED n. 260472.

discrezionali» con la seconda modalità di integrazione dell'abuso d'ufficio, incentrata invece su una situazione di 'conflitto di interessi'. Si tratta quest'ultima di una fattispecie non toccata dalla novella del 2020, ed erede dell'abrogata figura nel 1990 dell'interesse privato in atti d'ufficio (art. 324 c.p.): ipotesi criminosa che sembrerebbe a seguito della riforma del 2020, in sostanza, 'tornata in vita'³⁴.

La condotta tipica consiste qui nella violazione di un obbligo di astensione: l'agente pubblico omette di astenersi «in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti»³⁵. Anche questa condotta tipica, per configurarsi il delitto di cui all'art. 323 c.p., deve procurare un ingiusto vantaggio patrimoniale o arrecare un danno ingiusto³⁶.

Ebbene, la sottofattispecie di abuso, imperniata sulla prevenzione del conflitto d'interessi in capo all'agente pubblico – pur se sul piano sintattico affetta da un alto tasso di ambiguità: «altri casi prescritti» a che cosa si riferisce? – è stata oggetto di una univoca lettura (almeno) nella giurisprudenza di legittimità. Essa, secondo quanto più volte affermato dalla Suprema Corte, opererebbe a prescindere da una violazione di una specifica regola di condotta contemplata esplicitamente da una legge³⁷. Non è necessario così individuare una violazione di legge (o di regolamento) perché possa reputarsi sussistente l'elemento materiale del delitto *de quo*³⁸.

In giurisprudenza, si è infatti ritenuto che con la fattispecie in questione si è introdotto, in via diretta e generale, un dovere di astensione per i pubblici agenti che si trovino in una situazione di conflitto di interessi, con la conseguenza che l'inosservanza del dovere di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto integra il reato anche se manchi, per il procedimento ove l'agente è chiamato ad operare, una specifica disciplina dell'astensione, o ve ne sia una che riguardi un numero

³⁴ In tal senso, con argomenti ineccepibili, PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., pp. 11 ss.

³⁵ Cfr. VALLINI, *L'abuso di ufficio*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., pp. 301 ss.; RUGGIERO, *Abuso di ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., pp. 369 ss.

³⁶ Cfr. Cass. Sez. VI, 6 febbraio 2020, n. 1205, in CED, n. 278723.

³⁷ Ad avviso di una diversa (e minoritaria in dottrina) opzione ermeneutica, sarebbero rilevanti unicamente le inosservanze degli obblighi di astensione espressamente previsti da una legge (o da un regolamento) cfr. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, cit., pp. 128 ss. Per un riepilogo delle posizioni in proposito, cfr. GAMBARDELLA, *Codice penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, cit., pp. 620 ss.

³⁸ Cass. Sez. VI, 14 aprile 2003, n. 26702, in CED n. 225490. In dottrina, in tal senso ad es. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., pp. 366 ss.

più ridotto di ipotesi o che sia priva di carattere cogente³⁹.

A seguito della riscrittura della sottofattispecie della violazione di norme di legge, pare essersi venuto a creare un profondo solco tra le due condotte tipiche: la situazione di conflitto di interessi è rilevante come abuso d'ufficio anche quando faccia difetto una specifica disciplina dell'astensione, nel senso che quest'ultima non trovi la sua fonte in una norma di legge; mentre la prima condotta tipica pare esigere una specifica regola di condotta di espressa fonte legale.

Qualora la giurisprudenza si orientasse per una lettura della prima condotta tipica nel senso di ricomprendere in quest'ultima soltanto le violazioni connesse all'attività vincolata della pubblica amministrazione, non è da escludersi che la stessa giurisprudenza potrebbe per altro verso far rientrare, nella seconda condotta tipica relativa alla violazione dell'obbligo di astensione, sia alcuni casi di eccesso di potere nello svolgimento dell'attività discrezionale sia le violazioni di norme di fonte regolamentare⁴⁰. Anche perché la giurisprudenza sulla formulazione del 2020 ha asserito che la novella non riguarda la condotta di abuso che si realizza mediante la violazione dell'obbligo di astensione (cfr. Cass. Sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 7007, in CED n. 281158).

In particolare, si è osservato come il dovere di astensione nella situazione di conflitto di interessi per l'agente pubblico riguardi atti o attività che devono necessariamente essere discrezionali, in quanto se venisse in rilievo una condotta vincolata l'obbligo risulterebbe insensato. Cosicché, in effetti il legislatore avrebbe ripristinato, letteralmente resuscitato, l'abrogato delitto di interesse privato in atti d'ufficio, consentendo in tal modo al magistrato di esaminare la discrezionalità amministrativa nei casi in cui ricorre un interesse 'proprio' dell'agente pubblico o di un suo congiunto o un altro caso di astensione⁴¹.

³⁹ Cfr. Cass. Sez. VI, 15 marzo 2013, n. 14457, in CED n. 255324; Cass. Sez. VI, 19 ottobre 2004, n. 7992/2005, *ivi*, n. 231477.

⁴⁰ In tal senso, v. altresì GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., pp. 9 ss.

⁴¹ Così PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., pp. 10 ss., secondo cui tale curiosa configurazione giustifica l'attributo denotativo di 'ircocervo normativo' (l'animale 'favoloso' che partecipa della natura del capro e del cervo, metafora delle cose assurde o inesistenti).

4. Le ripercussioni della riformulazione sui rapporti con l'omissione di atti d'ufficio e il peculato

Nell'originaria configurazione del 1930, essendo una fattispecie di abuso 'innominato' di ufficio, l'art. 323 c.p. aveva un esiguo ambito applicativo: puniva infatti soltanto quei casi nei quali l'abuso d'ufficio non era «preveduto come reato da una particolare disposizione di legge».

Con la riforma del 1990 (l. n. 86/90), nell'art. 323 c.p. confluirono non solo parte delle ipotesi precedentemente punite (dalle espressamente abrogate) fattispecie di interesse privato (art. 324 c.p.) e peculato per distrazione (art. 314 c.p.), ma inoltre la trasformazione della clausola di sussidiarietà in clausola di sussidiarietà limitata – «salvo che il fatto non costituisca un più grave reato» – determinò che alcune omissioni di atti di ufficio, in presenza degli altri requisiti, venissero ad integrare il delitto in questione⁴².

L'abuso d'ufficio, dopo la novella del '97, può essere realizzato anche in forma omissiva, come affermato più volte dalla giurisprudenza di legittimità negli ultimi anni. Si è ritenuto così che la fattispecie oggettiva del delitto di abuso d'ufficio può essere integrata anche da una condotta omissiva, purché si tratti del mancato esercizio di un potere esplicitamente attribuito all'agente pubblico da una norma di legge o regolamentare⁴³.

Quanto ai rapporti dell'abuso d'ufficio con i delitti di rifiuto e omissione di atti d'ufficio (art. 328 c.p.), allorché il reato di cui all'art. 323 c.p. è posto in essere attraverso una condotta omissiva, la giurisprudenza ritiene che comunque i delitti di rifiuto o omissione di atti d'ufficio restino in tal caso assorbiti, per effetto della clausola di riserva contenuta nell'*incipit* dell'art. 323 c.p. in quanto quest'ultimo reato più grave⁴⁴. Infatti, allorché l'agente pubblico con la condotta abusiva abbia intenzionalmente procurato un ingiusto vantaggio patrimoniale o danno e, al tempo stesso, integrato gli estremi di altro reato meno grave, la clausola di riserva preclude in radice (prescindendo da un rapporto di specialità fra le incriminazioni *ex* art. 15 c.p.) il concorso formale eterogeneo, dandosi luogo ad una vicenda di concorso apparente di norme incriminatrici.

⁴² Vedi ad es. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., pp. 350 ss.; GAMBARDELLA, *Codice penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, cit., pp. 594 ss.

⁴³ Cfr. Cass. Sez. VI, 9 novembre 2010, n. 41697, in CED n. 248822; Cass. Sez. VI, 22 gennaio 2010, n. 10009, *ivi*, n. 246481.

⁴⁴ Cfr. Cass. Sez. VI, 22 gennaio 2010, n. 10009, in CED n. 246481-01; Cass. Sez. VI, 24 febbraio 2003, n. 18360, *ivi*, n. 225894-01.

Con la modifica dell'art. 323 c.p. conseguente al decreto semplificazioni si profila la questione legata all'eventuale riemersione del delitto di rifiuto/omissione di atti d'ufficio.

Le condotte storiche riconducibili ad entrambi i reati e punibili – per via della clausola di riserva posta nell'art. 323 c.p. – unicamente in base all'abuso d'ufficio potrebbero diventare ora sussumibili invece sotto l'art. 328, co. 1, c.p. In tal caso, non si determinerebbe, però, completamente il fenomeno della c.d. *abrogatio sine abolitione*: a seguito del restringimento dell'area di operatività dell'incriminazione di cui all'art. 323 c.p. e la contemporanea riespansione del rifiuto/omissione di atti d'ufficio. Quest'ultimo delitto sarebbe applicabile in realtà solo ai fatti storici successivi alla riformulazione del 2020 dell'abuso d'ufficio, stante la relazione di eterogeneità sul piano strutturale tra le due norme incriminatrici che si avvicendano nel tempo nella punizione del fatto storico.

A seguito della riscrittura dell'art. 323 c.p., vanno inoltre rideterminati i confini con il delitto di peculato (art. 314 c.p.); e in particolare con le forme di c.d. peculato per distrazione, le quali – come accennato – dopo la riforma del 1990 sono state (almeno in parte) attratte nel perimetro dell'abuso d'ufficio.

Se si volge lo sguardo ad alcune recenti pronunce della Suprema Corte, può tracciarsi una linea di demarcazione tra il delitto di peculato e quello di abuso d'ufficio in relazione alle condotte distrattive. Distinzione utile per stabilire se una porzione dei fatti tornerà a sussumersi al di sotto del peculato a seguito dell'odierna rimodulazione dell'art. 323 c.p.⁴⁵

Ad avviso della giurisprudenza di legittimità, va ricondotta al delitto di cui all'art. 314 c.p. la condotta distrattiva del denaro o di altri beni che realizzi la sottrazione degli stessi alla destinazione pubblica e l'utilizzo per il soddisfacimento di interessi privatistici dell'agente; mentre è configurabile l'abuso d'ufficio allorché si sia in presenza di una distrazione a profitto proprio, la quale tuttavia si concretizzi in un uso indebito del bene che non ne comporti la perdita e la conseguente lesione patrimoniale a danno dell'ente cui appartiene⁴⁶.

Tale principio di diritto, se messo in relazione alle concrete vicende esaminate dalla Corte di cassazione, ci permette di supporre che alcune condotte distrattive sussunte in precedenza all'interno dell'abuso d'ufficio –

⁴⁵ Nel senso di un ritorno dei casi di distrazione di denaro o risorse pubbliche a favore di terzi nell'alveo del delitto di peculato, cfr. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., pp. 11 ss.

⁴⁶ Cass. Sez. VI, 23 gennaio 2018, n. 19484, in CED n. 273783; Cass. Sez. VI, 2 marzo 2016, n. 12658, *ivi*, n. 266871.

se prevarrà l'interpretazione meramente letterale della disposizione suffragata dall'intenzione del legislatore-Governo – potrebbero trovare spazio, per il futuro (in quanto anche abuso d'ufficio e peculato sono figure eterogenee tra loro), nuovamente nell'art. 314 c.p. sotto però l'autonoma ipotesi meno grave di peculato d'uso (co. 2).

Per esempio, si è ritenuto integrare l'abuso d'ufficio e non il peculato la condotta di un agente della polizia di Stato che utilizzava il fax, in dotazione dell'ufficio, per finalità personali relative ad una sua collaborazione con una società svolgente attività nel campo antinfortunistico. Ad avviso della Corte, vi è stato un uso dei mezzi inerenti a una funzione pubblica per finalità differenti da quelle per le quali l'esercizio del potere è concesso, e indirizzate a procurare un vantaggio patrimoniale⁴⁷.

Secondo la Suprema Corte non è configurabile il peculato *ex* comma 1 dell'art. 314 c.p., perché manca la definitiva perdita del bene da parte della pubblica amministrazione. Si è fatto solo uso indebito del bene (il fax) dell'ufficio, distogliendolo dalla sua destinazione per fini personali.

Inoltre, non è realizzata nemmeno la forma meno grave di peculato d'uso *ex* comma 2 dell'art. 314 c.p., in quanto nella vicenda concreta l'uso indebito del fax non ha prodotto un apprezzabile danno al patrimonio della P.A. o di terzi o una concreta lesione della funzionalità dell'ufficio in ragione della minima entità del danno neppure quantificato (il fax è stato utilizzato 13 volte).

Ma allora le condotte distrattive in cui vi è stato un impiego di beni/mezzi relativi a una pubblica funzione per finalità diverse da quelle per il quale il potere è attribuito dalla legge, dove si riscontra un danno al patrimonio della pubblica amministrazione o di terzi ovvero una concreta lesione della funzionalità dell'ufficio, transiteranno dall'abuso d'ufficio al peculato d'uso e saranno perciò qualificabili come reato alla stregua della figura delittuosa di cui all'art. 314, co. 2, c.p.

5. La spinosa questione della revoca delle sentenze di condanna ex art. 673 c.p.p.

L'ulteriore tema fondamentale che si pone a seguito della riforma dell'abuso d'ufficio del 2020 – soprattutto se si andrà affermando una lettura della 'nuova' incriminazione da cui deriva una parziale *abolitio criminis* della stessa – è quello connesso all'eventuale riapertura dei giudicati di condanna

⁴⁷ Cass. Sez. VI, 26 aprile 2016, n. 22800, in CED n. 267070.

per i fatti di abuso d'ufficio nei quali si è accertato uno sviamento di potere, ovvero si è posta alla base del giudizio di responsabilità penale una norma di principio o l'art. 97 Cost., nonché si è incerti sulla fonte legislativa o regolamentare della norma violata.

Come è noto, ai sensi dell'art. 673 c.p.p., il giudice dell'esecuzione, in caso di abolizione anche parziale dell'incriminazione, è tenuto a revocare la sentenza di condanna passata in giudicato, dichiarando che il fatto non è più previsto dalla legge come reato. Inoltre, sul presupposto che la revoca della sentenza a seguito di *abolitio criminis* comporta altresì la cessazione degli effetti penali della condanna, come espressamente disposto dall'art. 2, co. 2, c.p., il legislatore ha previsto all'art. 673 c.p.p., con estrema coerenza sistematica, che il giudice dell'esecuzione debba inoltre adottare i «provvedimenti conseguenti».

È facilmente pronosticabile che si porranno notevoli difficoltà di accertamento nello stabilire se il fatto per cui si è stati condannati in via definitiva appartiene all'area espunta dall'incriminazione a seguito della riforma del 2020, oppure a quella ancora inserita nel perimetro della fattispecie legale; con un aggravio del lavoro della magistratura penale già in forte affanno, come è risaputo. Per la revoca della pronuncia di condanna è necessario invero che il fatto accertato in sentenza dal giudice della cognizione appartenga alla porzione di norma incriminatrice abrogata e non già a quella in continuità normativa⁴⁸.

Una ulteriore difficoltà per il giudice dell'esecuzione nella decisione circa la revoca della condanna per abolizione del reato, *ex art. 673 c.p.p., è costituita – come accennato – dalla possibile* riespansione del delitto di rifiuto/omissione di atti d'ufficio e di quello di peculato. Bisogna, dunque, fare i conti pure col tema dell'eventuale *abrogatio sine abolitione* prima di procedere alla revoca della condanna passata in giudicato. Si è detto nel precedente paragrafo che, se s'imporrà una lettura del nuovo art. 323 c.p. nel senso di espungere dal suo campo applicativo l'attività discrezionale e le norme costituzionali, alcune vicende diverranno penalmente rilevanti ai sensi dei delitti di cui agli artt. 314, co. 2, e 328, co. 1, c.p.

Ebbene, la riformulazione dell'abuso d'ufficio potrebbe comportare nel nostro caso una limitata *abolitio criminis* (per il 'passato') riguardo alle condotte astrattamente ricadenti anche nel delitto di rifiuto di atti d'ufficio e di peculato d'uso. Tali condotte, se non potranno più essere sussunte nell'abuso d'ufficio così come descritto dopo il decreto semplificazioni del

⁴⁸ Si veda in proposito GAMBARDILLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, JOVENE, Napoli 2008, pp. 348 ss.

2020, potranno trovare rilevanza penale – soltanto però per il ‘futuro’ – attraverso i delitti di peculato d’uso ovvero di rifiuto di atti d’ufficio (‘nuova incriminazione’ per il futuro, *ex art. 2, co. 1, c.p.*): ossia tali figure di reato potranno essere contestate in relazione alle condotte storiche poste in essere dopo l’entrata in vigore del d.l. n. 76 del 2020.

Non si tratterebbe tuttavia del fenomeno denominato *abrogatio sine abolitione*, giacché non è possibile istituire un rapporto di continuità normativa tra la porzione della fattispecie di abuso d’ufficio abrogata e tali delitti che si riespano, allo scopo di schivare il fenomeno della parziale abolizione della incriminazione di abuso d’ufficio.

E questo perché, sulla scorta della giurisprudenza in materia di successione di leggi⁴⁹, in assenza di una relazione unilaterale di specialità fra incriminazioni – come nel nostro caso tra il delitto di abuso d’ufficio abrogato, da una parte, e quello di peculato nonché di rifiuto di atti d’ufficio, dall’altra, che si dilatano (figure tra loro strutturalmente eterogenee) – va dichiarato da parte del giudice che il fatto non è previsto dalla legge come reato per l’intervenuta *abolitio criminis*.

Sulla base di quanto prima detto, verrebbe in rilievo quindi di una parziale *abolitio criminis* (per il passato) riguardo a queste tipologie di fatti di abuso d’ufficio (solo per il futuro sussumibili nei reati di peculato d’uso e rifiuto di atti d’ufficio), cui consegue perciò la revoca da parte del giudice dell’esecuzione, *ex art. 673 c.p.p.*, delle pronunce di condanna e la rimozione degli effetti pregiudizievoli che scaturiscono dal giudicato.

Per completezza del discorso, può osservarsi come, ai fini della revoca della condanna per *abolitio criminis* (e incostituzionalità della norma penale), una notevole importanza riveste la pronuncia delle Sezioni unite ‘Gatto’ del 2014⁵⁰.

Le Sezioni unite ‘Gatto’ sottolineano l’accresciuta dimensione della giurisdizione esecutiva, con la maggiore ampiezza di poteri assegnati al giudice dell’esecuzione⁵¹. Costui, dunque, non è tenuto solo alla verifica dell’efficacia del titolo esecutivo, ma è anche abilitato ad incidere sul contenuto di esso allorquando imprescindibili esigenze di giustizia, dopo

⁴⁹ Cfr. Cass. SU, 26 febbraio 2009, n. 24468, Rizzoli, in «CP», 2009, pp. 4113 ss.

⁵⁰ Cass. SU, 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, in «CP», 2015, pp. 41 ss., con nota di GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutto da una parte*; in «RIDPP», 2015, pp. 975 ss., con nota di D. VICOLI, *L’illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni unite*, *ivi*, pp. 1007 ss.

⁵¹ Cfr. F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, Giappichelli, Torino 2011, pp. 261 ss.

la condanna irrevocabile, lo esigano. Il sistema processuale attribuisce al giudice dell'esecuzione poteri valutativi⁵², e siffatte valutazioni potranno essere assunte, se necessario, tramite l'esame degli atti processuali, ai sensi dell'art. 666, co. 5, c.p.p., che accorda la facoltà al giudice di acquisire i documenti e le informazioni necessarie e, quando occorre, di assumere prove nel rispetto del principio del contraddittorio⁵³.

Il giudice dell'esecuzione deve pertanto accertare se il reato per il quale è stata pronunciata condanna sia considerato ancora tale dalla legge e, a tal fine, può effettuare una sostanziale ricognizione del quadro probatorio già acquisito ed utilizzare elementi che, irrilevanti al momento della sentenza, siano divenuti determinanti, alla luce del diritto sopravvenuto, per la decisione sull'imputazione contestata⁵⁴.

Deve tuttavia escludersi l'operatività dell'istituto della revoca della sentenza per *abolitio criminis*, qualora esso richieda al giudice della esecuzione non un riscontro meramente ricognitivo della perdita di efficacia della norma incriminatrice, ma una indagine valutativa in ordine alla sussistenza delle condizioni cui è subordinata la produzione dell'effetto abrogativo⁵⁵.

6. *Lo stretto legame tra abuso d'ufficio e sindacato sulla discrezionalità amministrativa*

Come è emerso più volte nel corso dello scritto, il tema del sindacato del giudice penale sulla discrezionalità dell'attività amministrativa è fortemente incentrato sullo studio dell'abuso d'ufficio.

Nel delitto di cui all'art. 323 c.p., infatti, l'argomento del controllo sulla legalità dell'azione dei pubblici poteri assume un ruolo preminente, al fine di stabilire il corretto spazio di verifica giudiziaria sull'attività discrezionale della pubblica amministrazione nell'ambito dell'ordinamento penale.

A ben vedere, la ragione ultima di tale stretto legame tra abuso d'ufficio e sindacato sulla discrezionalità amministrativa risiede proprio nell'essenza dell'attuale incriminazione. In estrema sintesi, col codice Rocco del 1930 si è abbandonata la prospettiva dei codici penali ottocenteschi in cui si tutelava solo la libertà del singolo individuo contro le prevaricazioni del

⁵² Cass. SU, 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, *cit.*

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Cass. Sez. III, 25 ottobre 2016, n. 5248/2017, in CED n. 269011 – 01.

⁵⁵ Cass. Sez. I, 11 dicembre 2012, n. 2638/2013, in CED n. 254561 – 01.

funzionario pubblico, per inserire una figura criminosa che rappresentasse invece lo strumento di controllo del giudice penale sull'operato dei pubblici funzionari⁵⁶.

Nell'elaborazione giurisprudenziale sull'art. 323 c.p. si faceva usualmente coincidere l'elemento oggettivo dell'abuso d'ufficio con l'adozione di un atto amministrativo affetto da uno dei tre vizi di legittimità dell'atto amministrativo (violazione di legge, incompetenza, eccesso di potere).

Orientamento giurisprudenziale avallato dall'importante sentenza della Corte costituzionale del 1965, secondo la quale: «il fatto punibile consiste nella trasgressione, da parte del pubblico ufficiale, di un dovere inerente all'ufficio, quando essa si concreti in un atto o, comunque, in un comportamento illegittimo, posto in essere con dolo»⁵⁷.

Per comprendere meglio il problema del sindacato del giudice penale sul cattivo uso della discrezionalità amministrativa, prendiamo in considerazione la figura dell'agente pubblico il quale volontariamente, nell'esercizio delle sue funzioni pubbliche, realizza una condotta in violazione delle norme che disciplinano l'esercizio dei suoi poteri (attività discrezionale); oppure il comportamento del pubblico funzionario che si estrinseca nell'adottare un atto amministrativo in violazione di legge, o per finalità diverse rispetto a quelle che la legge gli assegna.

Ebbene quali sono i mezzi, gli strumenti, le forme di tutela che l'ordinamento appresta per rimediare a tale condotta dell'agente pubblico, che ha posto in essere una attività amministrativa illegale o ha emanato un atto illegittimo secondo le categorie del diritto amministrativo (oggi vizi sostanziali di invalidità espressamente previsti dalla l. n. 241 del 1990)?

Sicuramente sono esperibili gli strumenti di tutela amministrativa: il ricorso al T.A.R. per l'annullamento dell'atto illegittimo (art. 29 cod. proc. amm.).

Dobbiamo tuttavia chiederci se sia ipotizzabile una tutela anche sul piano penale: nel senso di sanzionare penalmente l'agente pubblico (soggetto attivo qualificato, e dunque «reato proprio») che emana un atto o pone in essere un'attività amministrativa illegittima (secondo i classici parametri d'invalidità dell'atto amministrativo: incompetenza, eccesso di potere, violazione di legge), volontariamente (ossia dolo, e non colpa); atto o attività amministrativa che danneggia o avvantaggia qualcuno.

⁵⁶ A. GARGANI, "L'abuso innominato di autorità" nel pensiero di Francesco Carrara, in «RIDPP», 1998, pp. 1226 ss.; GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., pp. 249 ss.

⁵⁷ C. cost., 4 febbraio 1965, n. 7, in «RIDPP», 1966, pp. 984 ss., con nota di F. BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*

Senza però trascurare il principio di *extrema ratio* nel diritto penale, che vuole l'impiego dello strumento penale solo quando non vi sia un altro strumento sanzionatorio in grado di assicurare al bene giuridico una tutela altrettanto efficace; realizzando così il contenuto del principio di sussidiarietà, che si connette direttamente al carattere inviolabile della libertà personale ex art. 13 Cost.

Possiamo allora ritenere legittima e necessaria la scelta legislativa di incriminare l'agente pubblico (soggetto qualificato) che con dolo adotta un atto amministrativo invalido (illegittimo)?

Eventualmente arricchendo tale nucleo del fatto penalmente illecito con ulteriori elementi di reato (ad esempio: il fine specifico di procurare un vantaggio o arrecare un danno, oppure la connotazione di intenzionalità della condotta). Si tratterebbe di un insieme di elementi che individuano una specifica forma di offesa al bene-interesse contenuto nell'art. 97 Cost. (il buon andamento e l'imparzialità dell'azione della pubblica amministrazione).

L'esigenza nel nostro ordinamento di una figura di reato che tuteli tale forma di offesa al bene del buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione ha trovato appunto storicamente attuazione nel delitto di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.).

Ora, solo ammettendo un potere di controllo, sindacato o verifica in capo al giudice penale sugli atti e in genere sull'attività della pubblica amministrazione (e in particolare sugli atti adottati dagli agenti pubblici) possiamo ritenere indispensabile nel nostro sistema (per tutelare efficacemente il bene di cui all'art. 97 Cost.) una incriminazione di tal genere.

Il sindacato sulla legalità dell'azione amministrativa rappresenta, infatti, il presupposto logico di una figura di reato costruita come l'abuso d'ufficio⁵⁸.

Occorre tuttavia interrogarsi sulla legittimità o meno di una potestà del giudice penale di controllare l'attività discrezionale della pubblica amministrazione.

Orbene, il controllo di legalità amministrativa da parte del giudice penale viola il principio illuministico della separazione dei poteri? I tre classici poteri dello Stato (esecutivo, legislativo, giudiziario) in tal modo perdono la loro completa autonomia, mentre dovrebbero rimanere divisi?

Il controllo del giudice penale sulla legalità dell'agire della pubblica amministrazione origina dal principio illuministico della separazione dei poteri. Al giudice penale, attraverso il principio della separazione dei poteri, è assegnato il compito di garantire i diritti dei cittadini. E tale ruolo di

⁵⁸ Cfr. GAMBARDELLA, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale nel delitto di abuso d'ufficio*, in «CP», 2013, pp. 2860 ss.

garanzia, per essere efficacemente ed esaurientemente svolto, necessita della possibilità di conoscenza dell'attività amministrativa quando essa interferisca con le libertà individuali fondamentali. Alla cognizione del giudice penale non può essere perciò sottratto nulla che possa servire a tutelare il diritto fondamentale della libertà del cittadino⁵⁹.

Il principio della separazione dei poteri è, infatti, associato dallo stesso testo fondamentale – l'art. XVI della «Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino» del 1789 – alla nozione di garanzia dei diritti: «*Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*»⁶⁰. E proprio la garanzia dei diritti individuali, obiettivo del principio proclamato dalla legislazione rivoluzionaria, si realizza opportunamente solo attraverso una adeguata ripartizione del contenzioso amministrativo. A tal fine è necessario, dunque, che esista un giudice indipendente rispetto alla pubblica amministrazione, al quale sia attribuita la protezione dei diritti fondamentali dei cittadini, riconosciuti e proclamati dai Rivoluzionari⁶¹.

Allora, è proprio grazie al principio della separazione dei poteri che il giudice ordinario può controllare la legalità dell'azione amministrativa, e non è quindi vero il contrario – come comunemente si afferma – che il principio di matrice illuministica impedisca al giudice di prendere cognizione degli atti della pubblica amministrazione⁶². Si supera così il principio di separazione delle autorità amministrative e giudiziarie, lasciato dall'*Ancien Régime* (codificato in modo espresso da Louis XIII nell'Editto di Saint-Germain-en-Laye del 21 febbraio 1641), che in pieno assolutismo monarchico devolve il contenzioso amministrativo alla stessa autorità amministrativa e che impedisce ai tribunali (all'autorità giudiziaria) di conoscere degli affari amministrativi e di partecipare all'amministrazione dello Stato⁶³.

⁵⁹ C. GOYARD, *La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative*, Editions Montchrestien, Parigi 1962, p. 81.

⁶⁰ Cfr. al riguardo M. TROPER, *La separazione dei poteri e la storia costituzionale francese*, Esi, Napoli 2005, pp. 172 ss.

⁶¹ GOYARD, *La compétence des tribunaux judiciaires*, cit., p. 88.

⁶² Cfr. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit., pp. 21 ss. Nello stesso senso A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio*, Esi, Napoli 2012, pp. 89 ss. Il tema è altresì approfondito da G. COCCO, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, CUEC Editrice, Cagliari 1996.

⁶³ GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit., pp. 14 ss.

7. La legalità 'sostanziale' e il sindacato sull'uso del potere discrezionale

Sulla scorta dell'idea che il giudice penale non possa valutare la legalità dell'azione della pubblica amministrazione, la novella 2020 dell'abuso d'ufficio presenta ancora una volta il chiaro intento di 'neutralizzare' l'ambito applicativo dell'art. 323 c.p. Si vuol sottrarre all'autorità giudiziaria penale il controllo sull'attività discrezionale dell'agente pubblico, così svuotando di fatto la previsione normativa e riducendola ai soli casi marginali e meno importanti.

Risulta palese l'intento della riforma: sottrarre l'attività discrezionale della pubblica amministrazione al controllo del giudice penale, relegandolo al circoscritto ambito dell'attività vincolata⁶⁴.

Tuttavia, questa operazione rischia non solo di restringere l'ambito applicativo del reato, ma addirittura di condurre ad una sua sostanziale abrogazione. Giacché se il reato di abuso di ufficio viene tipizzato escludendo il sindacato sull'attività discrezionale della pubblica amministrazione e mantenendo la potestà di controllo del giudice penale soltanto rispetto all'attività vincolata, le ipotesi in cui si può configurare il reato sono veramente esigue. Si tratta in pratica di inutili casi di scuola che non contribuiscono in alcun modo a rendere più efficace – mediante lo strumento penale – la tutela dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione, poiché, lo si ripete, l'abuso di ufficio è ontologicamente legato all'eccesso di potere e dunque alla possibilità di un controllo sulla discrezionalità amministrativa attraverso il vizio di eccesso (o sviamento di potere) da parte del giudice penale.

Come notato, i casi di attività vincolata, in cui la legge predetermina l'an, il *quid* e il *quomodo* della condotta imposta all'agente pubblico «sono non solo rari, ma attinenti ad una sfera minuta dell'attività amministrativa: quella di mera esecuzione [...] in pratica il legislatore ha riservato ad una improbabile minutaglia il destino dei sommersi e gli strali della sanzione penale (per giunta piuttosto consistente), mentre ha assunto nell'empireo dei salvati colore che, detenendo il potere di scegliere discrezionalmente se, come, quando e cosa decidere, sono – secondo la natura delle cose – nella condizione "ontologica" per abusarne, e recare i vantaggi e i danni ingiusti in cui si esprime l'evento lesivo»⁶⁵.

La configurazione della fattispecie, se intesa nel senso di escludere

⁶⁴ In proposito, si vedano le considerazioni di PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., pp. 11 ss.

⁶⁵ Così PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 9.

la rilevanza dell'attività discrezionale dell'agente pubblico per confinarla unicamente all'attività vincolata, sembrerebbe pertanto violare il principio costituzionale di uguaglianza-ragionevolezza: un trattamento difforme di situazioni eguali⁶⁶.

In definitiva, si può osservare che l'abuso d'ufficio è incriminazione congiunta in modo indissolubile al principio di legalità dell'azione amministrativa; e dunque al sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa avente quale parametro di giudizio proprio il principio da ultimo citato.

L'essenza di tale illecito penale è costituita, infatti, dal comportamento dell'agente pubblico posto in essere in violazione del principio di legalità dell'attività amministrativa, il quale, volontariamente, avvantaggia o danneggia qualcuno.

Poi si potrà costruire il danno o il vantaggio all'interno della fattispecie legale anche come una mera finalità cui deve tendere la condotta del pubblico agente, se si vuol anticipare la soglia della risposta penale; oppure connotare la volontarietà della condotta nel senso di richiedere che essa debba essere intenzionale, per selezionare ulteriormente e con più precisione la classe dei comportamenti puniti dall'incriminazione in questione. Ma resta il fatto che il «tipo delittuoso abuso d'ufficio» in questa fase del nostro ordinamento è legato in modo inscindibile al comportamento del pubblico funzionario che si estrinseca in una attività o nell'adozione di un provvedimento amministrativo che sia inosservante dei principi e delle regole che governano l'azione dei pubblici poteri. Al giudice penale non può dunque essere sottratto il controllo sulla legalità dell'azione della pubblica amministrazione, pena l'inutilità o l'impossibilità logica di prevedere nel nostro sistema penale una tale figura di reato.

Ora, il punto cruciale diventa il principio di legalità dell'azione amministrativa: se esso debba essere inteso in senso formale o sostanziale⁶⁷.

Intendendo per 'formale', la legalità che in senso debole reputa conforme alla legge ogni atto che sia fondato sulla legge medesima; e per 'sostanziale', la legalità che in senso forte considera invece conforme alla legge ogni atto la cui forma e il cui contenuto sia predeterminato dalla legge.

In quest'ultima ipotesi, gli atti della pubblica amministrazione, oltre a rispettare i limiti formali fissati dalla legge, devono essere adottati in

⁶⁶ Si vedano in tal senso ancora le considerazioni di PADOVANI, cit., pp. 9 ss.

⁶⁷ In relazione ai due aspetti: formale e sostanziale del principio di legalità nel diritto amministrativo, cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 2020, pp. 42 ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il MULINO, Bologna 2019, pp. 73 ss.

conformità della disciplina sostanziale dettata dalla stessa legge; disciplina che incide anche sulle modalità di esercizio dell'azione, e dunque penetra all'interno dell'esercizio del potere da parte dell'agente pubblico.

Come ha osservato la Corte costituzionale, sussiste «l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il "principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto". Tale principio non consente "l'assoluta indeterminatezza" del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una 'totale libertà' al soggetto od organo investito della funzione. Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa»⁶⁸.

Ebbene, se conveniamo che il principio di legalità in senso forte vada inteso come legalità sostanziale, allora dobbiamo attribuire al giudice penale il sindacato sull'uso che la pubblica amministrazione ha fatto della discrezionalità amministrativa; non potendosi limitare di conseguenza il controllo del magistrato all'aspetto formale della legittimità dell'azione amministrativa, circoscrivendolo unicamente al vizio 'amministrativo' di violazione di legge.

Come si è tentato in precedenza di argomentare, nell'abuso d'ufficio il controllo di legalità del giudice penale non può prescindere dal filtro dell'eccesso di potere; concetto inteso qui nel senso di cattivo uso del potere discrezionale: l'autorità amministrativa non ha cioè esercitato 'bene' il suo potere discrezionale. Eccesso di potere non solo quindi come accertamento dell'adozione di un provvedimento per un fine diverso da quello dello schema normativo (c.d. sviamento di potere), ma verifica ampliata altresì alle cosiddette figure sintomatiche (fallacie nelle operazioni logiche, quale la contraddittorietà dei provvedimenti, manifesta illogicità, ecc.).

Così inteso, l'accertamento dell'eccesso di potere – con il limite segnato dal genuino «merito amministrativo», come diremo nel paragrafo successivo – rappresenta indubbiamente lo strumento più adeguato, di cui il giudice penale possa essere dotato, per valutare il rispetto da parte del pubblico amministratore del principio di legalità sostanziale dell'attività amministrativa. E dunque per ancorare il delitto di abuso d'ufficio alla concreta offesa degli interessi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione.

⁶⁸ Si tratta di C. cost., 7 aprile 2011, n. 115.

8. *Riflessioni finali: potrebbe non cambiare nulla?*

La rottura del nesso inscindibile tra sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa e delitto di abuso d'ufficio compiuta dal d.l. n. 76 del 2020, per sottrarre al controllo giurisdizionale penale l'attività degli agenti pubblici, sembra determinare una evidente stortura nella operatività del reato *ex art. 323 c.p.*

Si profila il concreto rischio di escludere, in modo irragionevole, dal campo applicativo molti dei casi più gravi di abuso d'ufficio, le condotte maggiormente lesive per il bene della imparzialità e del buon andamento dell'attività della P.A.; mentre si lasciano all'interno del perimetro dell'incriminazione le ipotesi minori, bagatellari. I casi di abuso più eclatanti e più macroscopici resterebbero sostanzialmente impuniti proprio perché si tratta di casi di abuso collegati all'attività discrezionale: come sappiamo, è nelle maglie della discrezionalità e dietro il paravento di una scrupolosa osservanza della legge che spesso si annida l'arbitrio della pubblica amministrazione.

È evidente, dietro il paravento della riformulazione per determinare meglio la fattispecie e per assicurare gli amministratori pubblici, l'intento 'nei fatti' di 'depenalizzare' l'abuso d'ufficio. Il chiaro tentativo del legislatore del 2020 di escludere l'attività discrezionale dal campo applicativo dell'art. 323 c.p. e di assegnare rilevanza alla sola attività vincolata ne è manifesta riprova.

Invero, come sappiamo, al cospetto di una attività amministrativa vincolata manca l'esercizio di un potere pubblico. Lì dove vi è attività vincolata, dove il provvedimento è vincolato, predeterminato dalla legge in tutti i suoi aspetti, non può esistere un pubblico potere. E dunque nell'intenzione del legislatore il campo applicativo dell'abuso d'ufficio dovrebbe essere quello, del tutto residuale e di scarso disvalore in un settore dedicato ai delitti contro la pubblica amministrazione (!), in cui è assente il momento pubblicistico e manca perciò l'esercizio del potere pubblico. E non a caso si afferma che il potere è vincolato nelle ipotesi in cui, per la non complessità dei rapporti da regolare, la legge predetermini in tutti i suoi aspetti il contenuto dei provvedimenti amministrativi⁶⁹.

Sotto il profilo politico-criminale, se l'obiettivo perseguito è quello di escludere il sindacato del giudice penale sul cattivo uso dei poteri dei funzionari pubblici nell'attività discrezionale, sarebbe meglio allora avere il

⁶⁹ Così LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 697.

coraggio di eliminare del tutto la figura dell'abuso d'ufficio⁷⁰. Senza inutili e dispendiose riformulazioni come quella odierna, che aumenta l'incertezza e rappresenta un costo in termini di attività giudiziaria per l'ambiguità di cui è impregnata la configurazione della fattispecie legale.

Eppure, non può escludersi che, pur di fronte ad una precisa scelta del legislatore storico del 2020 di limitare l'ambito applicativo dell'art. 323 c.p. a poche residuali ipotesi di violazioni nell'attività vincolata della P.A., la giurisprudenza non vada in direzione opposta, creando 'un diritto vivente' analogo al precedente⁷¹.

E ciò, per un verso, valorizzando – come accennato in precedenza – la seconda condotta tipica dell'abuso imperniato su una situazione di conflitto di interessi, facendovi rientrare molti dei casi di sviamento di potere e di violazione di norme regolamentari.

Ma soprattutto, per altro verso, puntando ancora una volta sulla valorizzazione dell'art. 97 Cost. e del principio costituzionale di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione; ovvero sull'art. 1 l. n. 241 del 1990 (legge generale sul procedimento amministrativo).

In particolare, l'art. 1 della l. n. 241 cit. ha fatto divenire i principi di efficienza, economicità, imparzialità, pubblicità e trasparenza parametri legislativamente posti per il giudizio di validità dei provvedimenti amministrativi, ampliando con evidenza l'area dell'illegittimità. Le violazioni dei precetti normativamente sanciti dall'art. 1 l. n. 241 rientrano oramai nel vizio di violazione di legge.

Sono violazioni di regole di condotta espressamente previste dalla legge⁷².

Quanto all'art. 97 Cost., potrebbe rappresentare in effetti il grimaldello per mantenere la giurisprudenza in linea con la previgente, con riguardo ai casi di c.d. sviamento di potere.

Vediamo sinteticamente perché:

(a) nel concetto di legge sono ricomprese 'a fortiori', in base all'argomento *a minori ad majus*, le norme costituzionali; e dunque anche l'art. 97 Cost.;

(b) l'art. 97 Cost. è stato più volte interpretato nella giurisprudenza di legittimità nel senso di contenere una precisa regola di comportamento di immediata applicazione;

(c) l'art. 97 Cost. potrebbe essere reputato rispondente alla necessità che si tratti di una regola di condotta senza margini di discrezionalità.

⁷⁰ Ad avviso di GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., pp. 9 ss., in sede di conversione sarebbe opportuno eliminare dalla disposizione il riferimento ai margini di discrezionalità.

⁷¹ Cfr. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., pp. 17 ss.; NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi*, cit., § 5.

⁷² Cfr. ad es. CARINGELLA, *Compendio di diritto amministrativo*, cit., p. 485.

Invero, il sintagma «non residuino margini di discrezionalità» è – come si è tentato di tratteggiare – espressione semanticamente vaga, e potrebbe non costituire un ostacolo per i giudici nel ribadire che la violazione dell'art. 97 Cost., del principio di imparzialità e buon andamento, è rilevante ai fini dell'integrazione del delitto di cui all'art. 323 c.p.

E proprio in una delle prime sentenze sul nuovo abuso d'ufficio, la Corte di cassazione ha, per un verso, affermato che le regole di condotta non devono concernere l'attività discrezionale dell'agente pubblico: in tale ambito non è configurabile il delitto di abuso d'ufficio; per altro verso, si è puntualizzato, tuttavia, che ciò vale sempreché l'esercizio del potere discrezionale non trasmodi in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici (c.d. sviamento di potere), allorché siano dunque perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi o collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito (cfr. Cass. Sez. VI, 9 dicembre 2020, n. 442/2021).

Si è modificata ancora una volta la configurazione dell'abuso d'ufficio, ma il risultato potrebbe essere sempre lo stesso: permane il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa.

Un esito siffatto non sarebbe casuale, bensì è nella 'natura delle cose'.

Il binomio è indissolubile: abuso d'ufficio e sindacato sul cattivo uso della discrezionalità amministrativa stanno e cadono insieme (*simul stabunt vel simul cadent*).

Finché sarà vigente il delitto *de quo* dovrà essere consentito anche il controllo di legalità del giudice penale sull'azione amministrativa discrezionale: ne rappresenta l'essenza. Essenza che, come scritto da Tommaso d'Aquino nel *De ente et essentia*, è ciò che fa sì che ogni cosa sia quella determinata cosa.

L'opera contiene un consistente numero di saggi, dedicati ad Antonio Fiorella quale testimonianza del significativo contributo da lui fornito alla scienza penalistica e firmati sia da esponenti di chiara fama, italiani e stranieri, dell'Accademia, della Magistratura e dell'Avvocatura, che da giovani studiosi della materia penalistica. In un momento storico, come quello attuale, nel quale le categorie fondamentali del diritto penale liberale sembrano messe duramente alla prova dall'emergere, sia nel sentire sociale che nella stessa legislazione, di preoccupanti istanze iper-securitarie e iper-punitive, la raccolta si propone come un importante 'luogo' di confronto e di approfondimento critico sullo stato del diritto penale e sulle sue possibili prospettive di sviluppo; il tutto con un insieme di contributi che, nel riprendere temi e questioni caratterizzanti il percorso dell'onorando, spaziano a loro volta dalla dogmatica, alla politica criminale, fino ai più significativi settori della legislazione penale speciale e del diritto penale economico.

I curatori del volume:

Mauro Catenacci è Professore Ordinario di Diritto Penale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre. È membro dell'Associazione italiana dei Professori di Diritto Penale.

Vincenzo Nico D'Ascola è Professore Ordinario di Diritto penale presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze Umane dell'Università Mediterranea di Reggio Calabria. È membro dell'Associazione italiana dei Professori di Diritto Penale.

Roberto Rampioni è Professore Ordinario di Diritto Penale presso il Dipartimento dell'Università di Roma 'Tor Vergata'. È membro dell'Associazione italiana dei Professori di Diritto Penale.