SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCCXXXII

ANTONELLO GUSTAPANE

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEI PUBBLICI UFFICIALI

tra insindacabilità legislativa, imparzialità giudiziaria e discrezionalità amministrativa

Prefazione di Vittorio Manes

Bologna
University Press

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCCXXXII

ANTONELLO GUSTAPANE

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEI PUBBLICI UFFICIALI

tra insindacabilità legislativa, imparzialità giudiziaria e discrezionalità amministrativa

Prefazione di Vittorio Manes

Bologna
University Press

Il volume beneficia di un contributo per la pubblicazione da parte del Dipartimento di Scienze giuridiche - Alma Mater Studiorum Università di Bologna.

Fondazione Bologna University Press
Via Saragozza 10, 40123 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buponline.com
e-mail: info@buponline.com

Quest'opera è pubblicata sotto licenza Creative Commons CC BY-4.0

ISSN 2283-916X
ISBN 979-12-5477-350-5
ISBN online 979-12-5477-351-2
DOI 10.30682/sg332

Impaginazione: Sara Celia

Prima edizione: novembre 2023

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

***

Per la presente monografia la Giunta di Dipartimento ha nominato la seguente Commissione di lettura:

Prof. Luca Mezzetti, professore di Diritto costituzionale, Alma Mater Studiorum-Università di Bologna.
Prof. Vittorio Manes, professore di Diritto penale, Alma Mater Studiorum-Università di Bologna.
Prof. Michele Caianiello, professore di Diritto processuale penale, Alma Mater Studiorum-Università di Bologna.

A Lilli,
mia figlia

Prefazione

Lo studio di Antonello Gustapane scandaglia, con analisi affilata ed attenta, il settore cruciale dei reati contro la pubblica amministrazione: settore da sempre dimidiato tra le prorompenti istanze di tutela – la "perenne emergenza" della "corruzione sistemica" – e il doveroso rispetto dei principi che presidiano la responsabilità penale; e settore da sempre esposto a tormentate discussioni circa il ruolo stesso del magistero penale, nella ricerca di un non facile equilibrio tra rispetto della discrezionalità amministrativa e necessari controlli sulla legalità dell'agire di chi svolge funzioni e servizi pubblicistici.

Sul crinale di questo difficile equilibrio si muove la ricerca dell'Autore, che ha il suo maggior pregio nell'attenzione, sempre vigile, a problemi e casi concreti: ed in ciò emerge, senza dubbio, anche l'esperienza "sul campo" offerta da chi – come appunto l'Autore – in questo ambito ha maturato una significativa esperienza professionale, come titolare di funzioni inquirenti esercitate a lungo proprio nel campo dei delitti dei pubblici agenti contro la pubblica amministrazione.

Lo sguardo è dunque rivolto, costantemente, al dogma e al pragma, e le categorie e i concetti fondamentali che rilevano nel titolo II del libro secondo del codice penale – si pensi alle qualifiche pubblicistiche agli effetti della legge penale (artt. 357-358 c.p.) – così come le diverse fattispecie di reato ivi previste sono scrutinate con

la attenzione e la consapevolezza interdisciplinare – ed il grado di tecnicismo – che si richiede in un settore fortemente condizionato dalle componenti extrapenali e dalla dottrina del diritto pubblico, e con l'impegno sempre vigile sulla casistica giurisprudenziale, di cui si offre una preziosa rassegna, peraltro non esente, in taluni casi, da perspicue valutazioni critiche.

E ciò, sempre partendo, peraltro, dalla cornice costituzionale dei temi e dei problemi affrontati, che nell'indagine rappresenta sempre lo *starting point* da cui muove l'Autore.

Il volume, dunque, si offre tanto a chi voglia approfondire lo studio teorico, quanto a chi quotidianamente si confronta con l'applicazione pratica e con la fucina formicolante delle questioni concrete che aggallano nelle aule giudiziarie, consegnando peraltro al lettore un bagaglio prezioso e aggiornatissimo sulle più importanti pronunce della giurisprudenza di legittimità.

L'analisi appare particolarmente utile perché si dimostra attenta e approfondita anche al cospetto dei "prototipi" meno frequentati da teoria e prassi (come ad esempio la corruzione in atti giudiziari): sia quelli coniati da un opificio politico-criminale tanto compulsivo quanto irrazionale (come dimostra emblematicamente la c.d. "legge spazzacorrotti": l. n. 3 del 2019), sia quelli generati dall'inesausto metabolismo giurisprudenziale. Su quest'ultimo versante, ad esempio, ampio spazio si assegna al fenotipo originale ed ancora poco esplorato della "corruzione parlamentare", misurato al metro delle guarentigie – e delle immunità – che fondano, e limitano, l'attività dei massimi rappresentanti elettivi.

Anche l'attualità più imminente – infine – è considerata con scrupolosa attenzione. E fanno riflettere, non poco, le ricche considerazioni sulla fattispecie di abuso d'ufficio, cui l'Autore dedica una minuziosa trattazione, ripercorrendone la travagliata storia dalle origini sino alle più recenti novelle, sino agli attuali progetti che ne ripropongono, ancora una volta, modifiche tanto radicali da esitare – persino – nell'abrogazione: opzione che l'Autore avversa con puntuali osservazioni critiche.

In definitiva, lo studio consegna a chi voglia approfondire questo campo di materia uno stimolante confronto, e le riflessioni, preziose, di un "pratico" che è anche giurista, e di un magistrato che co-

niuga un cospicuo bagaglio esperienziale con la curiosità mai paga e sempre documentata di chi nutre, e coltiva, la passione per il diritto.

Vittorio Manes
Ordinario di Diritto penale nell'Università di Bologna

Capitolo I

L'ASSETTO COMPLESSIVO DELLA RESPONSABILITÀ PENALE DEGLI AGENTI PUBBLICI

Sommario: 1. Le definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio. – 2. La disciplina unitaria dei reati tipici degli agenti pubblici. – 3. I reati propri degli agenti pubblici.

1. *Le definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio*

La cronaca quotidiana permette di rilevare che, ancora oggi, la società italiana, come agli inizi degli anni Novanta ai tempi di "Tangentopoli", continua ad essere attraversata dai fiumi carsici costituiti, da un lato, dalle indagini e dai processi condotti dall'autorità giudiziaria penale sui fenomeni, sempre più sofisticati, di corruttela politica, che vanno a colpire gli esponenti delle diverse forze politiche presenti nel Paese e gli amministratori dei molteplici enti pubblici; e, dall'altro lato, dalle reazioni del ceto politico-amministrativo ad alcuni evitabili eccessi dei rappresentanti del potere giudiziario nell'uso degli strumenti della repressione penale.

Dopo più di trent'anni di accesa contrapposizione tra potere politico-amministrativo ed ordine giudiziario, appare opportuno sviluppare una riflessione tesa a verificare se l'assetto ordinamentale della responsabilità penale dei soggetti che esercitano le funzioni di rappresentanza politica e di quelli che svolgono le altre funzioni

pubbliche sia effettivamente adeguato ad assicurare quel corretto equilibrio, che in una evoluta società democratica deve intercorrere, per volontà della Carta Costituzionale, tra il controllo di legalità, che è riservato all'autorità giudiziaria penale; e, da un lato, l'indefettibile spazio di libertà che è connaturato all'attività politica esplicata dai componenti degli organi rappresentativi, diretta alla definizione ed al perseguimento, con metodo democratico, degli interessi generali della comunità nazionale; e, dall'altro lato, la insopprimibile sfera di discrezionalità di coloro che esercitano le funzioni amministrative.

In questa direzione si evidenzia che la Costituzione, volendo caratterizzare in senso fortemente democratico l'organizzazione dei poteri pubblici, stabilisce, attraverso il combinato disposto degli artt. 25, 28, 54, 67, 68, 97 e 98 Cost., dei principi fondamentali per coloro i quali sono investiti di funzioni o di servizi di pubblico interesse[1]:

I) che essi devono adempiere ai compiti assegnati «con disciplina e onore»[2], nel rispetto della Costituzione e delle leggi, ed in particolare di quelle che regolano i pubblici uffici in modo da garantirne l'imparzialità ed il buon andamento; se membri del Parlamento

---

[1] De Vergottini, *Diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 2023, 421 ss., ha posto in rilievo che la titolarità di funzioni pubbliche implica l'assunzione di precisi vincoli nei confronti dei cittadini a causa della maggiore gravità delle conseguenze della loro infedeltà. «Il concetto di disciplina indica la soggezione alle specifiche normative» previste per i soggetti partecipanti alle diverse funzioni. «Quello di onore indica il decoro e il prestigio che dovrebbe distinguere il titolare delle funzioni». Interessante è, pure, l'affermazione di Bin, Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2022, 216, per i quali con l'art. 54, comma 2, Cost. «si vuole assicurare un'amministrazione non partigiana che, nell'attuazione dell'indirizzo amministrativo, non sia influenzata da legami di dipendenti pubblici con gruppi, associazioni, partiti, ecc.».

[2] Una dotta analisi dell'importanza nel diritto penale del principio affermato dal comma 2 dell'art. 54 Cost. è stata svolta da Tagliarini, *Il concetto di pubblica amministrazione nel codice penale*, Milano, Giuffrè, 1973, 136 ss., che ha sostenuto che l'endiadi "disciplina ed onore" va intesa come obbligo per il funzionario pubblico di agire «nel rispetto della legalità e della rettitudine in modo tale che ogni cittadino possa riconoscersi nell'azione della pubblica autorità e, conseguentemente, sentire, ancor prima e più che manifestare, sentimenti di rispetto e di fiducia nell'azione dei pubblici poteri». Si veda pure Giangiacomo, *Articolo 54 della Carta Costituzionale: adempiere con onore le funzioni pubbliche*, in *Quest. Giust.*, 2014, 2, 1 ss.

rappresentano la Nazione ed esercitano le funzioni senza vincolo di mandato; e, se pubblici impiegati, devono porsi al servizio esclusivo della Nazione;

II) che gli stessi sono «direttamente responsabili […] degli atti compiuti in violazione di diritti»[3], a maggior ragione quando tali atti siano qualificati come reato dalla legge entrata in vigore prima del fatto commesso[4], ma, se membri degli organi legislativi non possono essere chiamati a rispondere dei voti dati e delle opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni.

In questo modo, il legislatore costituente riconosce e garantisce effettivamente i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, ponendo il cittadino al riparo anche dalle possibili lesioni indebite prodotte dalle condotte illecite costituenti reato dei soggetti agenti per conto dei poteri pubblici, compresi Parlamentari, consiglieri regionali, consiglieri delle province di Trento e di Bolzano, Giudici, Pubblici ministeri, funzionari amministrativi.

Così operando, il legislatore costituzionale ha drasticamente ribaltato l'impostazione del regime fascista dei rapporti tra autorità statale e cittadino[5], nella quale lo Stato rivestiva un ruolo di sovraordinazione «rispetto ai singoli cittadini, considerati non più nella loro individualità, bensì quali membri della collettività, "annullati" per così dire nella comunità statale», che determinava il riconoscimento agli agenti pubblici di una posizione peculiare nell'ordinamento giuridico. Questa posizione comportava:

---

[3] Come osservato da De Vergottini, *Diritto costituzionale*, cit., 309 ss., «una delle caratteristiche dello stato contemporaneo è quella di apprestare garanzie nei confronti della attività autoritativa pubblica», tra le quali rientra la previsione di cui all'art. 28 Cost. della responsabilità diretta «dei funzionari pubblici che pongano in essere comportamenti attivi od omissivi lesivi di diritti». Sui rapporti tra Stato e cittadini nell'ordinamento costituzionale italiano si rimanda a Mezzetti, *Diritto costituzionale. Casebook*, Rimini, Maggioli, 2013.

[4] Secondo l'interessante analisi svolta da Sgubbi, *Reati contro la pubblica amministrazione e sindacato del Giudice penale sull'attività amministrativa: il legislatore alla rincorsa del Pubblico ministero*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 99 ss. Dal punto di vista amministrativo, si veda l'articolato studio di Mastragostino, *Il principio giuridico di responsabilità*, Bologna, BUP, 2014.

[5] Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2015, 1 ss.

– da una parte, l'inasprimento delle sanzioni previste per i reati di oltraggio, violenza o minaccia commessi in loro danno; l'introduzione dell'aggravante comune di aver commesso il fatto nei loro confronti; l'eliminazione della causa di non punibilità della reazione legittima ad un loro atto arbitrario;

– dall'altra parte, la loro sottoposizione ad un trattamento sanzionatorio più severo in caso di commissione di illeciti qualificati proprio dal ruolo da loro rivestito rispetto alla corrispondente fattispecie comune, come nei casi del peculato rispetto all'appropriazione indebita, o della concussione rispetto all'estorsione, con l'effetto che «la condotta prevaricatrice del soggetto pubblico, ancor prima di ledere l'interesse del singolo, era l'espressione della infedeltà dell'agente ai valori e ai principi ritenuti primari dall'ordinamento» fascista[6].

In attuazione della trama degli apparati pubblici disegnata dalla Costituzione, il legislatore penale repubblicano, nel rispetto dei canoni di determinatezza, tassatività e personalità della responsabilità penale fissati dalla stessa Costituzione agli artt. 25 e 27, ha cercato, non sempre con esiti felici (come si vedrà), da un lato, di definire quali siano i soggetti che esercitano le funzioni pubbliche o i servizi pubblici; dall'altro lato, di determinare quali siano le condotte assunte da tali soggetti meritevoli di essere sottoposte a sanzione penale per aver leso valori costituzionalmente rilevanti della comunità nazionale[7].

---

[6] Come ben osservato da Cass. pen., S.U., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 12228. La sentenza è stata commentata con profondità di analisi da Donini, *Il correo indotto tra passato e futuro*, in *Cass. pen.*, 2014, 1482 ss.

[7] Sul punto ci si richiama al fondamentale insegnamento di Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1974, 7 ss., ora in Bricola, *Scritti di diritto penale*, a cura di Canestrari, Melchionda, Milano, Giuffrè, 1997, 541 ss. che ha configurato il reato «come fatto lesivo di un valore costituzionalmente rilevante», in quanto la sanzione penale, a causa del "valore preminente" riconosciuto dalla Costituzione alla libertà personale, «può essere adottata soltanto in presenza della violazione di un bene, il quale, sia pure non di pari grado rispetto al valore (libertà personale) sacrificato, sia almeno dotato di rilievo costituzionale. Ossia: l'illecito penale può concretarsi esclusivamente in una *significativa* lesione di un valore costituzionalmente rilevante», così che il legislatore non solo deve assumere «a fondamento di una categoria di reati la tutela di un bene costituzionalmente rilevante», ma ha pure «un preciso dovere di tutelare penalmente il valore nella sua esatta dimensione costituzionale».

Ai sensi dell'art. 25, comma 2, Cost., spetta, infatti, al legislatore penale stabilire quali siano i fatti di reato punibili e i loro autori nel rispetto del principio, essenziale per il corretto rispetto della persona, che non sia consentito ascrivere ad alcuno come reato un comportamento differente ed aggiuntivo rispetto a quello espressamente qualificato come reato da una legge entrata in vigore prima del fatto commesso, con la conseguenza che, al di là dei confini delle fattispecie di reato definiti dalla legge, si riafferma la regola generale del divieto di incriminazione, anche qualora siano in concreto ravvisabili altre ipotesi di illecito e di responsabilità, non sanzionate, però, penalmente.

Nel rispetto dei principi costituzionali, quindi, soltanto il legislatore penale ha il potere di selezionare i beni da proteggere attraverso la prospettazione della sanzione penale, di definire le condotte lesive di tali beni da sottoporre alla pena criminale, di stabilire la qualità e la quantità delle correlative pene edittali, dando così attuazione alla regola, imprescindibile in uno Stato democratico e personalista, "nullum crimen, nulla poena sine lege", che comporta come necessari corollari:

– la riserva di legge vigente in materia penale;

– il divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici e la necessaria determinatezza delle fattispecie penali, in quanto non si può consentire che la individuazione della condotta incriminata possa discendere da valutazioni discrezionali dell'autorità giudiziaria, che non permettono al destinatario della legge penale di prevedere quale sia il fatto di reato punibile prima della commissione del fatto stesso[8].

Secondo questa impostazione, il legislatore penale, agli artt. 357 e 358 c.p. (come modificati, dapprima, con gli artt. 17 e 18 della l. n. 86 del 1990, e poi con l'art. 4 della l. n. 181 del 1992), ha formulato le definizioni, valevoli agli effetti della legge penale, rispettivamente, del pubblico ufficiale e dell'incaricato di pubblico servizio, che sono

---

Sul dovere del legislatore di predisporre la tutela penale dei valori costituzionalmente rilevanti si vedano, poi, le interessanti osservazioni di Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2019, 27 ss.; e di Mazzacuva, *Diritto penale e Costituzione*, in Aa.Vv., *Introduzione al sistema penale*, a cura di Insolera, Mazzacuva, Pavarini, Zanotti, Bologna, 2012, 100 ss.

[8] Cfr. Corte Cost., sent. 15 dicembre 1998, n. 447.

le uniche qualifiche penalmente rilevanti dei soggetti che svolgono attività pubbliche[9]:

– art. 357 c.p. (Nozione di pubblico ufficiale) «sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa. – Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi»[10];

– art. 358 c.p. (Nozione della persona incaricata di un pubblico servizio) «sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio. – Per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di questa ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale»[11].

La definizione degli agenti pubblici è completata dall'art. 322 *bis* c.p., introdotto dall'art. 3, comma 1, l. 29 settembre 2000, n.

---

[9] Sull'argomento appaiono illuminanti le pagine di Manes, *Servizi pubblici e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2010; Id., *Le qualifiche soggettive agli effetti penali*, in Davigo, Giordano, Manes, Piccirillo, Woodcock, *Corruzione e illegalità nella pubblica amministrazione*, Roma, Aracne, 2012. Si vedano pure Grosso, Pelissero (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2015, 19 ss.; Bartoli, Pelissero, Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, Giappichelli, 2021, 401 ss.; Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte speciale I*, Bologna, Zanichelli, 2021, 170 ss.; Catenacci (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2022, 21 ss.; Gamberini (a cura di), *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè-Lefebre, 2022, 670 ss., 420 ss.; Id., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Percorsi di parte speciale*, Torino, Giappichelli, 2023, 93 ss.

[10] Nella formulazione originaria l'art. 357 c.p. recitava: «Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali: – gli impiegati dello Stato o di altro ente pubblico che esercitano, permanentemente o temporaneamente, una pubblica funzione, legislativa, amministrativa o giudiziaria; – ogni altra persona che esercita, permanentemente o temporaneamente, volontariamente o per obbligo, una pubblica funzione, legislativa, amministrativa o giudiziaria».

[11] Nella stesura originaria l'art. 358 c.p. suonava «Agli effetti della legge penale, sono persone incaricate di pubblico servizio: – gli impiegati dello Stato o di altro ente pubblico i quali prestano, permanentemente o temporaneamente, un pubblico servizio; – ogni altra persona che presta, permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo, un pubblico servizio».

300, che, al fine di conformare l'ordinamento penale italiano agli obblighi internazionali o comunitari assunti dallo Stato, ha assimilato «ai pubblici ufficiali, qualora esercitino funzioni corrispondenti, e agli incaricati di un pubblico servizio negli altri casi»: 1) i membri della Commissione delle Comunità europee, del Parlamento europeo, della Corte di Giustizia e della Corte dei Conti delle Comunità europee; 2) i funzionari e gli agenti assunti per contratto a norma dello statuto dei funzionari delle Comunità europee o del regime applicabile agli agenti delle Comunità europee; 3) le persone comandate dagli Stati membri o da qualsiasi ente pubblico o privato presso le Comunità europee, che esercitino funzioni corrispondenti a quelle dei funzionari o agenti delle Comunità europee; 4) i membri e gli addetti a enti costituiti sulla base dei trattati che istituiscono le Commissioni europee; 5) coloro che, nell'ambito di altri Stati membri dell'Unione europea, svolgono funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali o degli incaricati di un pubblico servizio; 6) i Giudici, il Procuratore, i Procuratori aggiunti, i funzionari e gli agenti della Corte penale internazionale, le persone comandate dagli Stati parte del trattato istitutivo della Corte penale internazionale, le quali esercitino funzioni corrispondenti a quelle dei funzionari o agenti della Corte stessa, i membri addetti a enti costituiti sulla base del Trattato istitutivo della Corte penale internazionale; 7) le persone che esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell'ambito di altri Stati esteri o organizzazioni pubbliche internazionali[12].

Appare evidente che le norme appena richiamate, pur essendo state approvate in piena età repubblicana, riproducono, pedissequamente, la tradizionale tripartizione delle funzioni pubbliche in legislativa, giudiziaria e amministrativa, che era stata rielaborata dal legislatore fascista del 1930 come mera ripartizione di competenze all'interno della visione totalitaria dello Stato[13], che oggi, però, è del tutto superata dal punto di vista costituzionale[14], essendosi da

[12] Plantamura, *Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, in Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Torino, Utet, 2008, 889.

[13] Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 2.

[14] Come rilevato pure da Napolitano, *Pubblica funzione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, 735.

tempo affermata la configurazione di altre funzioni pubbliche, ossia quella di indirizzo politico e quella di controllo-garanzia[15].

Sulla base di questa semplicistica tripartizione, tali norme identificano le funzioni ed i servizi pubblici secondo il c.d. criterio funzionale-oggettivo[16], che, nelle intenzioni del legislatore repubblicano, servirebbe ad individuarli in base ai caratteri propri dell'attività in concreto esercitata dall'agente pubblico e oggettivamente considerata[17], dimodocché le qualifiche soggettive di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio andrebbero riconosciute «per il fatto che il soggetto è titolare di una certa posizione giuridica e svolge la corrispondente attività»[18], a prescindere dalla natura del rapporto intercorrente con la struttura pubblica per la quale opera, e, soprattutto, senza tenere nel debito conto le peculiarità intrinseche delle tre diverse funzioni pubbliche indicate nel comma 1 dell'art. 357 c.p.

Purtroppo, gli esiti della soluzione legislativa adottata non sono del tutto appaganti, come si evince dall'analisi sviluppata nelle pagine seguenti, che mostra i seguenti limiti:

---

[15] Si veda la ricca dissertazione di Manzella, *Il Parlamento*, Bologna, Il Mulino, 2003, 319 ss.

[16] Come sottolineato da Severino di Benedetto, *Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, Utet, 1995, 508 ss.; Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte speciale – I*, cit., 171. La giurisprudenza della Corte di Cassazione si è sin da subito attestata nell'orientamento espresso da Cass. pen., 6 giugno 1991, Toso, «La l. 26 aprile 1990 n. 86 […], sostituendo gli artt. 357 e 358 c.p., non ha introdotto sostanziali cambiamenti in relazione alle qualifiche soggettive di pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio, ma ha soltanto precisato i requisiti (contenuti *in nuce* nelle precedenti, tautologiche, definizioni di cui agli artt. 357 e 358 c.p.) necessari ad integrare, secondo la concezionale funzionale oggettiva, le menzionate qualifiche soggettive, in maniera da fornire concrete indicazioni che consentono di rilevare, in primo luogo, la natura pubblica o privata di una determinata attività, e quindi, nell'ambito di attività sicuramente pubblica, di distinguere tra la figura del p.u. e quella dell'incaricato di pubblico servizio».

[17] Cass. pen., sez. V, 4 novembre 2008, n. 46310.

[18] Come attentamente osservato da Stortoni, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, Monduzzi, 2014, 70 ss., per il quale la pubblica amministrazione di cui parla il codice penale è omnicomprensiva dell'intera organizzazione pubblica, facendo riferimento alle tre sfere organizzative e funzionali dello Stato unitariamente inteso. Così pure Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2008, 5.

– la mancata specifica considerazione nella nozione di pubblico ufficiale della funzione di indirizzo politico e di quelle di controllo e di garanzia, che sono di estremo rilievo per l'assetto costituzionale dei pubblici poteri;

– il mancato coordinamento della definizione dei pubblici ufficiali esercenti la funzione legislativa con le norme costituzionali che disciplinano il contenuto della funzione e le connesse garanzie riconosciute a coloro che fan parte degli organi legislativi[19];

– l'inadeguatezza delle formule usate nel definire compiutamente, nel campo amministrativo, la funzione pubblica ed il servizio pubblico, con l'effetto che persistono nella giurisprudenza, anche di legittimità, proprio quelli atteggiamenti interpretativi tendenti a dilatare le qualifiche pubblicistiche, che si erano sviluppati sotto la vigenza dell'originaria disciplina contenuta nel codice penale del 1930 e che il legislatore repubblicano, a partire dalla riforma del 1990, si era ripromesso, invece, di evitare[20].

2. *La disciplina unitaria dei reati tipici degli agenti pubblici*

Nei confronti di tutti gli agenti pubblici complessivamente intesi, il legislatore ordinario prevede uno specifico statuto penale per proteggere la pubblica amministrazione, unitariamente concepita come il complesso delle strutture organizzative esercenti le attività pubbliche fondamentali, legislative, giudiziarie e amministrative, dalle condotte antidoverose dei suoi rappresentanti[21].

---

[19] Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 5.

[20] Sul punto si vedano: Severino di Benedetto, *Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio*, cit., 508 ss.; Segreto, De Luca, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1999, 64 ss.; Plantamura, *Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, in Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 894; Manes, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Percorsi di parte speciale*, cit., 2 ss. che ha operato un'attenta ricostruzione dei delitti previsti nel codice penale a tutela della pubblica amministrazione dalla versione fascista del 1930 ai giorni nostri.

[21] Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, *I*, cit., 156 ss.; Gustapane, *L'abuso d'ufficio tra principi costituzionali e indirizzi giurisprudenziali*, Bologna, BUP, 2014, 65 ss.

Tale statuto, da ricostruire in senso conforme alla vigente Costituzione, consiste in un peculiare regime di responsabilità penale dei soggetti che espletano funzioni pubbliche o servizi pubblici, disegnato al fine di tutelare i diversi interessi pubblici offesi dalla violazione dei doveri funzionali su di loro gravanti, cercando di garantire, al contempo, un equilibrato rapporto tra il sindacato svolto dall'autorità giudiziaria ordinaria su tali violazioni e le prerogative proprie di ciascun pubblico potere[22], ossia: – la libertà della funzione politico-legislativa nel selezionare, disciplinare e tutelare gli interessi della comunità territoriale di riferimento[23]; – l'imparzialità delle funzioni giudiziarie[24]; – la discrezionalità delle funzioni amministrative[25].

---

[22] La necessità di ricostruire i reati posti a tutela dei pubblici poteri in senso conforme ai valori costituzionali espressi in materia dalla Costituzione del 1948 è stata ben evidenziata da tempo da Bricola, *Tutela della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Temi*, 1968, 563 ss., che ha, in particolare, messo in risalto come la vigente Costituzione ha conferito «autonome caratteristiche e autonomi principi» alle tre funzioni fondamentali dello Stato «e al tipo di procedimento prefissato per l'espletamento degli atti connessi alle relative funzioni», così da porre in crisi il concetto unitario di pubblica amministrazione, che era, invece, sotteso al codice penale del 1930, permeato dell'ideologia fascista, che rigettava il principio liberale della separazione delle stesse funzioni, ridotto a mera ripartizione di competenze. Nella stessa direzione si vedano pure: Rampioni, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1984; Tagliarini, *Il concetto di pubblica amministrazione nel codice penale*, cit., 136 ss.; Severino di Benedetto, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Le qualifiche soggettive*, cit., 508 ss.

[23] Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, *I*, a cura di Modugno, Baldassarre, Mezzanotte, Padova, Cedam, 1991, 336 ss.

[24] Si rimanda a Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1999; Id., *Il ruolo del Pubblico ministero nella Costituzione italiana*, Bologna, BUP, 2012; Id., *Il Pubblico ministero tra obbligatorietà ed efficienza*, Bologna, BUP, 2018.

[25] Giannini, *Il potere discrezionale della P.A.*, Milano, Giuffré, 1939, 52, ha definito il potere discrezionale amministrativo come «il potere di apprezzare in un margine determinato l'opportunità di soluzioni possibili rispetto alla norma amministrativa da attuare»; Virga, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffré, 1972, 18 ss., ha considerato la discrezionalità amministrativa come «il margine di apprezzamento, che la legge lascia alla determinazione dell'autorità amministrativa». Essa è «la facoltà di scelta fra comportamenti giuridicamente leciti per il soddisfacimento dell'interesse pubblico e per il perseguimento di un fine rispondente alla causa del potere esercitato»; Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2021, 36 ss., per il quale la

A seconda del tipo di lesione prodotta ai beni pubblici coinvolti dalla condotta antidoverosa assunta dai pubblici ufficiali o dagli incaricati di pubblico servizio nell'esercizio delle loro attribuzioni in violazione della disciplina in vigore, l'ordinamento penale prevede una pluralità di fattispecie penali, che sono, in primo luogo, ricomprese tra i delitti contro la pubblica amministrazione, di cui al capo I del titolo II del libro II del codice penale[26].

In tale parte del codice penale, per pubblica amministrazione si intende «tutta l'attività dello Stato e degli altri enti pubblici», ossia comprensiva non solo della «attività amministrativa in senso stretto, vale a dire nel suo significato tecnico, ma anche, sotto vari aspetti, l'attività legislativa e quella giudiziaria»[27].

Pertanto, i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione presentano come bene giuridico protetto l'interesse dello Stato alla «legale esplicazione dei pubblici poteri»[28], ossia: 1) il libero svolgimento della funzione politico-parlamentare nell'interesse

---

discrezionalità è il potere dell'amministrazione di scegliere la soluzione più opportuna per soddisfare l'interesse pubblico, che si contrappone «al potere vincolato, che si ha quando la norma risolve, in via astratta e generale, la valutazione degli interessi e stabilisce il contenuto del provvedimento da adottare allorché si verifichino i presupposti di fatto previsti dalla norma stessa»; Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2022, 439, ha delineato la discrezionalità amministrativa come «lo spazio di scelta che residua allorché la normativa di azione non predetermini in modo completo tutti i comportamenti dell'amministrazione».

[26] Grosso, Pelissero (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 19 ss.; Bartoli, Pelissero, Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 401 ss.; Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 170 ss.; Catenacci (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 21 ss.; Gamberini (a cura di), *Manuale di diritto penale*, cit., 670 ss.; Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale II*, a cura di A. Rossi, cit., 420 ss.; Manes, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Percorsi di parte speciale*, cit., 74 ss.

[27] Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale, II*, aggiornamento a cura di Conti, Milano, Giuffrè, 2016, 260.

[28] Stortoni, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 75 ss. Anche per Tagliarini, *Il concetto di pubblica amministrazione nel codice penale*, cit., 142, i reati contro la pubblica amministrazione devono essere interpretati nel senso di tutelare i valori costituzionali espressi in materia dalla Costituzione, ossia: «a) la legale distribuzione ed il legale esercizio delle funzioni secondo competenza; b) il buon andamento; c) l'imparzialità».

della Nazione o della comunità territoriale di riferimento *ex* art. 67 Cost.; 2) l'imparzialità delle funzioni giudiziarie *ex* artt. 101, 112-125 Cost.; 3) la legalità, il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione in senso stretto *ex* art. 97 Cost.[29].

Richiamandosi ad autorevole dottrina, si deve, infatti, osservare che, mentre nel codice fascista elaborato da Rocco i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione erano previsti per tutelare sì la legalità dell'azione pubblica ma soprattutto il dovere di fedeltà degli agenti pubblici, con l'avvento della Costituzione, che ha rimodellato in senso democratico e personalistico il rapporto tra lo Stato ed i cittadini, espressamente affermando, all'art. 97 Cost., che l'organizzazione della pubblica amministrazione «deve essere improntata al rispetto dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento» dell'azione amministrativa, quelli stessi delitti sono posti a tutela di questi principi costituzionalmente affermati, «che costituiscono non solo criteri di organizzazione dei pubblici uffici, ma anche direttrici di politica criminale e strumento per la reinterpretazione in un'ottica sostanziale delle fattispecie»[30].

I delitti in questione sono accomunati da un minimo comune denominatore, che è costituito dal mancato rispetto da parte degli agenti pubblici delle regole che sovraintendono al corretto svolgimento delle loro attività, che integra l'elemento caratterizzante dell'antigiuridicità dei diversi fatti illeciti tassativamente previsti dal legislatore con specifico riguardo alla pubblica qualifica ricoperta, al fine di giustificare una particolare carica di responsabilità penale in relazione alla gravità della violazione dei doveri loro imposti dalla legge per assicurare:

– o la legalità, «il buon andamento e l'imparzialità» dell'azione amministrativa[31];

---

[29] Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale II*, cit., 261, ha sostenuto che i beni tutelati sono quelli «alla probità, alla riservatezza, all'imparzialità, alla fedeltà delle persone che esplicano attribuzioni» di pubblica rilevanza, e «in generale a quel buon andamento dell'amministrazione cui accenna l'art. 97 Cost.».

[30] Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 3.

[31] Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, Giuffrè, 2019, 10. Così pure Bricola, *Tutela della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, cit., 2400, per il quale il buon andamento consiste nell'efficienza dell'azione amministrativa nel perseguire gli obiettivi imposti dalla

– o la libertà della funzione legislativa nei limiti stabiliti dalla Costituzione e dalle leggi costituzionali;

– o l'imparzialità delle funzioni giudiziarie.

In tali ipotesi di reato l'oggetto della tutela penale è l'interesse dello Stato a che i poteri pubblici «non vengano usati in modo arbitrario ed abusivo ovvero per fini estranei a quelli tipici assegnati dalla legge ad ogni organo od ufficio», che viene preservato mediante la repressione degli abusi «che possono sorgere nei rapporti intersoggettivi fra pubblica amministrazione e cittadini, per il fatto di essere i funzionari dei pubblici poteri dotati di uno specifico potere d'imperio o di supremazia rispetto ai privati»[32].

Per impedire all'autorità giudiziaria penale di esorbitare dalla funzione di controllo del rispetto delle legalità da parte dei pubblici operatori, il legislatore ha previsto, nei confronti di coloro che sono investiti di mansioni di interesse pubblico, fattispecie penali specifiche, che contemplano in modo tassativo le violazioni dei doveri inerenti alla pubblica funzione svolta o al pubblico servizio esercitato, che, però, tranne la fattispecie di cui all'art. 319 *ter* c.p. (corruzione in atti giudiziari), non vengono effettivamente modellate, negli elementi costitutivi o circostanziali e nel trattamento sanzionatorio, in relazione alla gravità della lesione arrecata ai beni giuridici tutelati, ossia, di volta in volta: – la libertà dell'organo legislativo che rappresentano; – l'imparzialità dell'organo giudiziario che rivestono; – la legalità, il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione per la quale operano.

Pur con questi limiti, i reati degli agenti pubblici contro la pubblica amministrazione rientrano nel novero dei reati c.d. propri, per la cui integrazione è necessario che il soggetto agente, per essere dotato dei poteri tipici della funzione pubblica o del servizio pubblico, rivesta una determinata qualifica, cioè quella di pubblico ufficiale o quella di incaricato di pubblico servizio, che costituisce il presupposto della condotta illecita, ad essa preesistente senza essere da questa dipendente.

---

legge all'azione pubblica, mentre l'imparzialità è la capacità dell'amministrazione di agire in modo da assicurare la parità di trattamento tra gli amministrati senza il condizionamento di pressioni esterne o personali degli stessi soggetti pubblici; Rampioni, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 97; Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 3 ss.

[32] Tagliarini, *Il concetto di pubblica amministrazione nel codice penale*, cit., 144.

Le qualifiche soggettive in esame, essendo parti delle fattispecie obiettive appositamente previste, devono essere conosciute dall'agente ai fini della valutazione dell'elemento psicologico doloso richiesto dalle diverse fattispecie penali, dimodocché il reo deve essere consapevole, al momento del fatto incriminato, o di svolgere una funzione pubblica o un servizio pubblico o di abusare della qualifica ricoperta, a nulla rilevando l'errore sulla qualità pubblica rivestita derivante da ignoranza o da falsa interpretazione inescusabili degli artt. 357 e 358 c.p., che si tradurrebbe in ignoranza della legge penale, non scusabile ai sensi dell'art. 5 c.p.[33].

In questa tipologia di reati vi è sempre, almeno formalmente, una stretta interrelazione tra la condotta prevista dalla norma incriminatrice e la specifica situazione giuridica pubblica rivestita dal soggetto agente, in quanto, «se la legge dispone che una certa azione realizzi il reato solo se posta in essere da un particolare soggetto, è perché ritiene che essa sia meritevole di pena in ragione del suo autore», che impiega in modo «anomalo, scorretto, illecitamente finalizzato ecc.» i poteri, le situazioni giuridiche e di fatto «di cui egli dispone»[34].

3. *I reati propri degli agenti pubblici*

I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione sono detti anche funzionali, perché, pur nella varietà della loro disciplina, si caratterizzano per l'intima connessione che intercorre, secondo quattro diverse tipologie, tra la qualifica pubblica rivestita dal reo, la funzione pubblica o il servizio pubblico di cui egli sia titolare, anche di fatto, e la condotta repressa[35].

Ad un primo gruppo appartengono i reati nei quali il fatto sanzionato è commesso a causa della funzione esercitata, o del servizio svolto, o della qualità ricoperta, come accade:

---

[33] Cass. pen., 10 marzo 1980, Rizzo, in CED 145783. Similmente Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte speciale – I*, 180.

[34] Stortoni, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 79.

[35] Vallini, *Le qualifiche soggettive*, in *Trattato di diritto penale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di Palazzo, Napoli, Jovene, 2011, 751.

– nel peculato *ex* art. 314 c.p., dove l'illecita appropriazione da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio ha ad oggetto il denaro o la cosa mobile altrui di cui l'agente abbia il possesso, o comunque la disponibilità, «per ragioni del suo ufficio o servizio»[36];

– nella concussione *ex* art. 317 c.p., dove la costrizione indebita a dare o a promettere denaro o altra utilità deve trovare la sua ragione genetica nell'abuso "costrittivo" della qualità o dei poteri da parte del pubblico ufficiale o da parte dell'incaricato di pubblico servizio[37], «attuato mediante violenza o – più di frequente – mediante minaccia, esplicita o implicita, di un danno *contra ius*, da cui deriva una grave limitazione, senza tuttavia annullarla del tutto, della libertà di autodeterminazione del destinatario, che, senza alcun vantaggio indebito per sé, è posto di fronte all'alternativa secca di subire il male prospettato o di evitarlo con la dazione o la promessa dell'indebito»[38].

– nell'induzione indebita a dare o promettere utilità, che, ai sensi dell'art. 319 *quater* c.p., deve essere causata dall'abuso "induttivo" della qualità o dei poteri commesso dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio[39], «vale a dire da una condotta di persuasione, di suggestione, di inganno (purché quest'ultimo non si risolva in induzione in errore sulla doverosità della dazione), di pressione morale, con più tenue valore condizionante la libertà di autodeterminazione del destinatario, il quale, disponendo di più ampi margini decisionali, finisce col prestare acquiescenza alla richiesta della prestazione non dovuta, perché motivato dalla prospettiva di conseguire un indebito tornaconto personale, il che lo pone in una

---

[36] Scordamaglia, *Peculato*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, 554; Negri, Piscitello, Riva, *Il peculato*, Padova, Cedam, 2006; Stortoni, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 110 ss.; Manes, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Percorsi di parte speciale*, cit., 106 ss.

[37] Sul delitto di concussione dopo la riforma del 2012 si veda Garofoli, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Roma, Neldiritto editore, 2017, 182 ss.; Manes, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Percorsi di parte speciale*, cit., 115 ss.

[38] Cass. pen., sez. un., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 12228.

[39] Garofoli, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 242 ss.; Manes, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Percorsi di parte speciale*, cit., 122 ss.

posizione di complicità col pubblico agente e lo rende meritevole di sanzione»[40].

– nell'utilizzazione indebita da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio di invenzioni o di scoperte scientifiche, conosciute "per ragione dell'ufficio o servizio", *ex* art. 325 c.p.[41];

– nella rivelazione o nell'utilizzazione illegittima da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio di notizie d'ufficio, che dovevano rimanere segrete, conosciute per ragioni d'ufficio o di servizio o con abuso della qualità pubblica rivestita, *ex* art. 326 c.p.[42].

In un secondo gruppo possono farsi rientrare i reati nei quali il fatto represso è commesso ai fini dell'esercizio delle mansioni pubbliche, come avviene nelle fattispecie di corruzione previste rispettivamente dagli artt. 318 c.p. per la "Corruzione per l'esercizio della funzione", 319 c.p. per la "Corruzione per un atto con-

---

[40] Cass. pen., S.U., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 12228, dove si è pure rilevato che «Nei casi c.d. ambigui, quelli cioè che possono collocarsi al confine tra la concussione e l'induzione indebita (la c.d. «zona grigia» dell'abuso di qualità, della prospettazione di un male indeterminato, della minaccia-offerta, dell'esercizio del potere discrezionale, del bilanciamento tra beni giuridici coinvolti nel conflitto decisionale), i criteri di valutazione del danno antigiuridico e del vantaggio indebito, che rispettivamente contraddistinguono i detti illeciti, devono essere utilizzati nella loro operatività dinamica all'interno della vicenda concreta, individuando, all'esito di una approfondita ed equilibrata valutazione complessiva del fatto, i dati più qualificanti». Nella medesima decisione, la Cassazione ha ritenuto che «sussiste continuità normativa, quanto alla posizione del pubblico agente, tra la concussione per induzione di cui al previgente art. 317 c.p. e il nuovo reato di induzione indebita a dare o promettere utilità di cui all'art. 319 *quater* c.p., considerato che la pur prevista punibilità, in quest'ultimo, del soggetto indotto non ha mutato la struttura dell'abuso induttivo, ferma restando, per i fatti pregressi, l'applicazione del più favorevole trattamento sanzionatorio di cui alla nuova norma». Si veda pure: Cass. pen., sez. VI, 1 aprile 2014-3 luglio 2014, n. 28978.

[41] Mazzacuva, *La tutela penale del segreto industriale*, Milano, Giuffrè, 1979; Padovani (a cura di), *Codice penale*, I, Milano, Giuffrè, 2011, 2339 ss.

[42] In giurisprudenza non si richiede che le notizie indebitamente rivelate o utilizzate siano state necessariamente apprese per ragioni d'ufficio o di servizio, apparendo sufficiente che esse siano venute a conoscenza del soggetto pubblico, tenuto comunque ad impedirne l'ulteriore diffusione, in qualunque modo, anche abusando delle sue qualità: Cass. pen., 10 febbraio 1990, De Leonibus; Cass. pen., sez. VI, 29 settembre 2004-21 gennaio 2005, n. 1898.

trario ai doveri d'ufficio", e 319 *ter* c.p. per la "Corruzione in atti giudiziari"[43], nei quali il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, a seguito di un accordo corruttivo con l'*extraneus* realizzato in condizioni di parità, indebitamente riceve denaro o altra utilità in riferimento all'esercizio delle funzioni o del servizio, a seconda dei casi, legittimo (corruzione per l'esercizio della funzione pubblica o del servizio pubblico) o illegittimo (corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio), o in relazione all'esercizio delle funzioni giudiziarie[44].

---

[43] Cass. pen., sez. VI, 4 maggio 2006, n. 33435, ha statuito che «la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 319 *ter* c.p., diretta a punire la corruzione in atti giudiziari, costituisce un reato autonomo e non una circostanza aggravante dei reati di corruzione impropria e propria previsti dai precedenti artt. 318 e 319 c.p.». Si veda Bellagamba, *La corruzione in atti giudiziari nella teoria generale del reato*, Torino, Giappichelli, 2017.

[44] Sui delitti di corruzione dopo la l. 6 novembre 2012 n. 190: Garofoli, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 201 ss.; Stortoni, *Delitti contro la P.A.*, in Canestrari (a cura di), *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, Monduzzi, 2016, 157 ss.; D'Alberti (a cura di) , *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 2017; Davigo, *Il sistema della corruzione*, Bari-Roma, Laterza, 2019; Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2020; Manes, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Percorsi di parte speciale*, cit., 126 ss.

È importante ricordare che per Cass. pen., S.U., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 12228, «il reato di concussione e quello di induzione indebita si differenziano dalle fattispecie corruttive, in quanto i primi due illeciti richiedono, entrambi, una condotta di prevaricazione abusiva del funzionario pubblico, idonea, a seconda dei contenuti che assume, a costringere o a indurre l'*extraneus*, comunque in posizione di soggezione, alla dazione o alla promessa indebita, mentre l'accordo corruttivo presuppone la *par condicio contractualis* ed evidenzia l'incontro assolutamente libero e consapevole della volontà delle parti.

Il tentativo di induzione indebita, in particolare, si differenzia dall'istigazione alla corruzione attiva di cui all'art. 322, comma 3 e 4, c.p., perché, mentre quest'ultima s'inserisce sempre nell'ottica di instaurare un rapporto paritetico tra i soggetti coinvolti, diretti al mercimonio dei pubblici poteri, la prima presuppone che il funzionario pubblico, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, ponga potenzialmente il suo interlocutore in uno stato di soggezione, avanzando una richiesta perentoria, ripetuta, più insistente e con più elevato grado di pressione psicologica rispetto alla mera sollecitazione, che si concretizza nella proposta di un semplice scambio di favori»; nello stesso senso Cass. pen., sez. III, 16 maggio 2023, n. 27883. Si ricorda pure Cass. pen., sez. VI, 17 novembre 2021, n. 47237, «Ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 319 del c.p. (come per quello di cui all'articolo 319 *ter* del c.p.), deve essere oggetto di adeguata valutazione l'elemento del nesso di necessaria corrispettività che deve sussistere tra la promessa del compimento dell'atto contrario ai doveri di ufficio da parte del pubblico ufficiale con la dazione di denaro o altra utilità che costitu-

Il terzo gruppo ricomprende le fattispecie che prevedono che il fatto di reato sia realizzato mediante l'esercizio indebito della funzione o del servizio, come avviene:

– nel peculato mediante profitto dell'errore altrui, dove, per l'art. 316 c.p., la ricezione o la ritenzione indebita di denaro o di altra utilità, da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, deve avvenire nello svolgimento della funzione o del servizio[45];

– nell'abuso d'ufficio, dove, *ex* art. 323 c.p., l'evento ingiusto deve essere il prodotto dell'uso illegittimo dei poteri di azione giuridica svolti dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio[46].

Il quarto gruppo, infine, comprende le ipotesi nelle quali il fatto di reato consiste nel mancato esercizio della funzione o del servizio, invece doveroso, da parte del soggetto pubblico, come nei casi:

– di rifiuto o di omissione di atti d'ufficio da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, *ex* art. 328 c.p.[47];

---

isce il prezzo della corruzione. Infatti, per l'integrazione del reato è necessario che tra la promessa o la dazione di denaro o di altra utilità non dovute al pubblico ufficiale ed il compimento dell'atto contrario vi sia una correlazione funzionale, un nesso di causa ed effetto, il cui accertamento pur potendo in linea astratta anche prescindere dal requisito della proporzionalità tra le prestazioni oggetto dell'accordo, ne risulta condizionato in concreto nei casi in cui manchino altri elementi univoci dimostrativi della esistenza di un accordo corruttivo. In altri termini, nel caso della dazione di beni o utilità di scarso valore economico, la verifica della corrispettività con il compimento dell'atto amministrativo, in cui si sostanzia il necessario nesso sinallagmatico che è alla base dell'incriminazione, si impone come elemento discretivo tra le condotte penalmente rilevanti rispetto a quelle che possono rilevare unicamente sul piano degli illeciti disciplinari (fattispecie in ambito cautelare in cui si ipotizzava la corruzione in atti giudiziari *ex* articolo 319 *ter* del c.p. e il reato è stato escluso rispetto alla dazione di due latte di olio e di una busta di castagne)».

[45] Stortoni, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 123 ss.

[46] Gustapane, *L'abuso d'ufficio tra principi costituzionali e indirizzi giurisprudenziali*, cit.

[47] Tagliarini, *Omissione, rifiuto o ritardo di atti d'ufficio*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, Giuffrè, 1980, 60 ss.; Gambardella, *Art. 328*, in Lattanzi, Lupo (a cura di), *Codice penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, VII, Milano, Giuffrè, 2010, 403.

– di rifiuto o di ritardo di obbedienza da parte di un militare o di un agente della forza pubblica, *ex* art. 329 c.p.[48];

– di interruzione di un servizio pubblico da parte dell'esercente, ai sensi dell'art. 331 c.p.[49].

L'esame dei c.d. reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione non esaurisce, però, le ipotesi di reato tipiche degli agenti pubblici, perché l'ordinamento penale italiano prevede anche altre fattispecie che contemplano, come oggetto materiale, l'uso di poteri pubblici in contrasto con il loro regime giuridico, che lede pure beni giuridici ulteriori rispetto a quelli della legalità dell'azione della pubblica amministrazione intesa in modo unitario.

Questo accade in due ipotesi:

– con i delitti di omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale (art. 361 c.p.) o da parte di un incaricato di pubblico servizio (art. 362 c.p.), che sono ricompresi tra i delitti contro l'attività giudiziaria, di cui al capo I del titolo III del libro II del codice penale, nei quali si protegge l'interesse pubblico al corretto esercizio delle funzioni giudiziarie;

– con i delitti di falsità in atti o certificati pubblici, di cui al capo III, del titolo VII, del libro II del codice penale, nei quali si garantisce l'interesse pubblico all'autenticità e alla veridicità dei documenti formati dai pubblici ufficiali o dagli incaricati di pubblico servizio dipendenti dello Stato o di altro ente pubblico, nell'esercizio delle attribuzioni certificative di cui sono titolari (v. artt. 476 ss., 493 c.p.)[50].

Si deve tener presente che per tutte le fattispecie penali inerenti l'uso non corretto dei pubblici poteri, che si sono sin qui esposte, vale la regola generale, enunciata dall'art. 360 c.p., che la cessazione della qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio nel momento in cui è commesso un reato, che presenta come

---

[48] Padovani (a cura di), *Codice penale*, I, cit., 2438 ss.

[49] Bevilacqua, *I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, II, Padova, Cedam, 2003, 1152 ss.; Padovani (a cura di), *Codice penale*, I, 2445 ss.

[50] Si rimanda alle più ampie trattazioni svolte da Gustapane, *Gli scritti anonimi tra giusto processo e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Ind. pen.*, n. 1 del 2010, 43 ss.; Id., *Imitazioni e dissimulazioni grafiche: profili penali e processualpenali*, in *Giust. pen.*, 2010, V, 178 ss.

elemento costitutivo o come circostanza aggravante una di tali qualità, non esclude l'esistenza del reato, se il fatto si riferisce all'ufficio o al servizio esercitato, in modo da meglio garantire l'interesse dell'Amministrazione[51].

Secondo la Corte Suprema, infatti, «la tutela penale apprestata dall'ordinamento in relazione alla qualità di pubblico ufficiale o d'incaricato di pubblico servizio riguarda il pubblico interesse, che può essere leso o posto in pericolo non solo durante il tempo in cui l'agente pubblico esercita le sue mansioni, ma anche dopo, quando questi abbia perduto la sua qualifica, sempre che il reato dallo stesso commesso si riconnetta all'ufficio già prestato, *ex* art. 360 c.p.»[52].

I pubblici ufficiali e gli incaricati di pubblico servizio sono, dunque, perseguibili, per l'esercizio antidoveroso dei poteri di cui sono titolari o per l'abuso della loro qualità, unicamente nelle ipotesi di reato che si sono appena richiamate, e che sono poste a tutela dei valori, rispettivamente: – del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione intesa in modo unitario; – delle fede pubblica; – della corretta amministrazione della giustizia.

Occorre precisare che, secondo le regole generali sul concorso di reati, le fattispecie proprie degli agenti pubblici possono, eventualmente, concorrere con altre ipotesi di reato poste a tutela di beni giuridici diversi, quando questi possono essere offesi anche dall'esercizio abusivo del potere pubblico, come avviene, ad esempio, con i reati in materia urbanistica, che possono essere commessi anche con il concorso del pubblico amministratore che rilasci un titolo abilitativo illegittimo, poi eseguito con l'effettuazione di opere in contrasto con gli strumenti urbanistici vigenti.

Da ultimo, si deve ricordare che, quando la condotta dell'agente pubblico consista nella violazione di una norma penale generale, diretta a punire chiunque commetta il fatto sanzionato a prescindere dalla qualifica ricoperta dal soggetto agente, come, ad esempio,

---

[51] Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale II*, cit., 282.

[52] Cass. pen., sez. VI, 22 febbraio 2019, n. 24186, «Nella specie, la Corte ha ritenuto che correttamente era stato ravvisato il reato di abuso di ufficio, nonostante il pensionamento del soggetto rivestente la qualifica pubblicistica, risultando dimostrata la sussistenza del rapporto funzionale fra la commissione del reato e le funzioni da questi già esercitate».

nei casi di percosse, lesioni, minacce, ingiurie, violenza privata viene a configurarsi esclusivamente tale ipotesi di reato, eventualmente aggravata dall'art. 61 c.p., n. 9, qualora il fatto sia stato commesso anche con l'abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione pubblica esercitata[53].

In questa ipotesi, infatti, «l'evento della condotta *contra ius* non costituisce alcunché di ulteriore rispetto alla fattispecie tipica realizzata, e il "comportamento" di abuso è assorbito ed esaurito in quest'ultima fattispecie, che si pone come *lex specialis* rispetto a quella di cui all'art. 323 c.p.»[54], con l'effetto che, ad esempio, il delitto di lesioni personali volontarie gravi e aggravate dalla qualità di pubblico ufficiale assorbe il reato di abuso di ufficio[55].

Come è facile desumere da quanto si è sin qui esposto, tutti i reati propri dei pubblici ufficiali si riferiscono indifferentemente agli agenti pubblici esercenti la funzione legislativa o quella giudiziaria o quella amministrativa, senza alcuna specificazione che tenga conto della ontologica diversità di tali funzioni e delle connesse garanzie costituzionali[56], con l'unica eccezione dell'ipotesi di cui all'art. 319 *ter* c.p., nella quale il corrotto è esclusivamente l'esercente la funzione giudiziaria, che viene sottoposto ad un trattamento sanzionatorio più grave di quello previsto per le fattispecie di cui agli artt. 318 e 319 c.p. in quanto ha indebitamente sviato proprio quella funzione di cui avrebbe dovuto garantire l'imparzialità.

Ciò comporta che la disciplina unitaria dei reati tipici dei pubblici ufficiali presenta punti controversi:

– sia in relazione a coloro che svolgono la "funzione legislativa", che sono parificati, in modo alquanto retorico, dall'art. 357 c.p. a quelli che esercitano quella "giudiziaria" e quella "amministrativa"

---

[53] Cass. pen., sez. VI, 1 ottobre 2003, n. 49536, «Deve escludersi, in applicazione della regola della specialità sancita dall'art. 15 c.p., il concorso formale del reato di abuso di ufficio con quelli, più gravi, di violenza privata e lesioni, aggravati entrambi *ex* art. 61 n. 9 c.p.»; Cass. pen., sez. VI, 13 dicembre 2007, n. 2974.

[54] Cass. pen., sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 42801.

[55] Cass. pen., sez. III, 14 febbraio 2011, n. 25709, nel caso di un maresciallo dei carabinieri, che, nell'eseguire una perquisizione per la ricerca di stupefacenti, aveva volontariamente percosso la vittima, provocandole delle lesioni.

[56] Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 5.

senza adeguatamente considerare le conseguenze derivanti dalle garanzie di status previste dalla Costituzione;

– sia in riferimento a coloro che svolgono la "funzione amministrativa", in quanto, nonostante i ripetuti e non sempre felici interventi legislativi, persistono incertezze interpretative sulla fattispecie di abuso d'ufficio *ex* art. 323 c.p. rispetto all'ambito di discrezionalità amministrativa non sindacabile dall'autorità giudiziaria, che inevitabilmente si riflettono sul concreto esercizio dell'azione amministrativa da parte di amministratori, resi incerti sull'esatta portata dei poteri loro conferiti e sulla loro sindacabilità da parte dell'autorità giudiziaria penale.

Capitolo II

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEI PUBBLICI UFFICIALI "LEGISLATIVI"

Sommario: 1. I pubblici ufficiali esercenti la funzione legislativa. – 2. Le garanzie costituzionali previste per Parlamentari e affini. – 3. Il contenuto dell'insindacabilità parlamentare. – 4. Il bilanciamento costituzionale dell'autonomia parlamentare con la giurisdizione. – 5. La disciplina processuale dell'insindacabilità parlamentare. – 6. Il conflitto di attribuzione avverso la dichiarazione di insindacabilità parlamentare.

1. *I pubblici ufficiali esercenti la funzione legislativa*

Ai sensi dell'art. 357 c.p. sono pubblici ufficiali, tra gli altri, coloro che esercitano la funzione legislativa, intesa come l'attività di produzione delle leggi e degli atti aventi forza di legge, ossia i componenti della Camera, del Senato, dei Consigli regionali, dei Consigli delle Province autonome di Trento e di Bolzano, che, nel vigente assetto costituzionale, sono gli organi dotati, in vario grado, della potestà legislativa[1].

A tali organi va aggiunto il Governo, che partecipa all'attività legislativa con i decreti legge *ex* art. 77 Cost. ed i decreti legislativi *ex*

[1] Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 257 ss.; Plantamura, *Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, in Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 896; Vallini, *Le qualifiche soggettive*, in *Trattato di diritto penale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di Palazzo, cit., 758 ss.; Gustapane, *La responsabilità penale dei Parlamentari*, in *Giust. Pen.*, 2022, fasc. IV, II, 215 ss. e fasc. V, II, 279 ss.

art. 76 Cost., così che i membri del Governo sono pubblici ufficiali, oltre che nell'esercizio di quelle amministrative, pure nello svolgimento delle funzioni legislative, per le quali, però, non godono della prerogativa dell'insindacabilità riconosciuta dall'art. 68, comma 1., Cost. ai membri del Parlamento; e dall'art. 122, comma 4, Cost. ai consiglieri regionali, come meglio si vedrà nei paragrafi successivi.

Si deve notare, che gli organi legislativi svolgono anche altre delicate attività pubbliche fondamentali, quali la determinazione dell'indirizzo politico della comunità territoriale di riferimento ed il controllo sull'operato degli organi del potere esecutivo.

In particolare, il Parlamento nazionale esercita ulteriori ed imprescindibili compiti quali:

– l'elezione del Presidente della Repubblica (art. 83 Cost.); di un terzo dei componenti del Consiglio Superiore della Magistratura (art. 104 Cost.); di una parte dei Giudici della Corte Costituzionale (art. 135 Cost.);

– lo svolgimento di inchieste "su materie di pubblico interesse" (art. 82 Cost.);

– la determinazione e lo svolgimento dell'indirizzo generale e la vigilanza sui servizi radiotelevisivi (l. 14 aprile 1975 n. 105, da ultimo modificata dalla l. 3 maggio 2004 n. 112);

– il controllo sui servizi di sicurezza (l. 24 ottobre 1977 n. 801 e l. 3 agosto 2007 n. 124);

– la messa in stato di accusa del Capo dello Stato (art. 90 Cost.);

– il conferimento e la revoca della fiducia al Governo o ad uno dei suoi membri (art. 94 Cost.);

– l'autorizzazione a procedere contro il Presidente del Consiglio dei ministri ed i ministri per i reati commessi nell'esercizio delle funzioni governative (art. 96 Cost.)[2].

Ebbene, tutte queste funzioni di indirizzo politico, di controllo, di vigilanza, di garanzia costituzionale, sono così strettamente connesse a quella legislativa, che appare corretto leggere l'art. 357, comma 1, c.p. in modo conforme alla Costituzione, nel senso di in-

---

Brunelli, *Immunità*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, Treccani, 1988, 5, ha ricordato che l'art. 207 del c.p. Zanardelli era stato a lungo interpretato nel senso di escludere che i Parlamentari fossero pubblici ufficiali.

[2] Mezzetti, *Diritto costituzionale. Manuale breve*, Milano, 2019.

tendere il concetto di "pubblica funzione legislativa" come comprensivo anche di tutte le altre attività proprie della Camera, del Senato, dei Consigli regionali, dei Consigli delle Province autonome di Trento e di Bolzano, che vengono espletate mediante atti tipici, come votazioni, mozioni, risoluzioni, atti programmatori, interpellanze, interrogazioni, deliberazioni, disegni di legge, ecc.[3].

Tale interpretazione è stata fatta propria anche dalla Corte di Cassazione che ha affermato che il Parlamentare riveste «la qualifica di pubblico ufficiale nello svolgimento sia dell'attività legislativa in senso stretto, sia delle attività parlamentari tipiche […] connesse all'attività legislativa o da essa, direttamente o indirettamente discendenti», che sono «disciplinate dai regolamenti della Camera di appartenenza o direttamente dalla legge»[4].

La Corte ha, difatti, sostenuto che il richiamo alla funzione legislativa non può intendersi ristretto soltanto all'esercizio dell'attività di produzione delle norme giuridiche in senso stretto, perché è riferibile, «come espressione di sintesi», ad ogni attività «tipicamente e storicamente" rientrante tra i compiti propri dei componenti del Parlamento, come si evince chiaramente dal richiamo effettuato dall'art. 357, comma 1, c.p. alla «classica tripartizione del Montesquieu dei poteri pubblici in potere legislativo, potere esecutivo e potere giudiziario». E ciò sul rilievo «che l'attività di controllo e di indirizzo politico svolta dai membri del Parlamento, in quanto disciplinata, almeno in parte, direttamente dalla Costituzione, e sicuramente rispondente alla suprema gestione della "cosa pubblica", è, quanto meno, «un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione»[5].

La Cassazione ha ulteriormente sviluppato il concetto, precisando che il richiamo alle funzioni legislative contenuto nell'art. 357 c.p. va inquadrato nell'alveo più generale della pubblica funzione parlamentare, dovendo essere messa in relazione, non solo alla partecipazione «nelle forme tipiche, disciplinate dalla Costituzione e dai regolamenti, al procedimento di formazione delle leggi», ma anche, e più in generale, all'esercizio, «sempre nel rispetto dei rego-

---

[3] Manzella, *Il Parlamento*, cit., 319 ss.; De Vergottini, *Diritto costituzionale*, cit., 526.

[4] Cass. pen., sez. VI, 2 luglio 2018, n. 40347, Berlusconi.

[5] Cass. pen., sez. VI, sent. 8 giugno 2017, n. 36769, Volontè.

lamenti e delle disposizioni di legge», delle altre funzioni spettanti al Parlamentare poste «sul versante delle funzioni di indirizzo politico, di ispezione e controllo, impulso e garanzia», che sono tutte «contrassegnate dal crisma dell'esercizio della sovranità, volte, sotto tale profilo, ad esplicare in modo omogeneo il mandato parlamentare»[6].

Si consideri, altresì, che la medesima Corte di Cassazione ha ritenuto che anche l'attività del Rappresentante italiano nell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa è qualificabile, a norma dell'art. 357 c.p., come attività svolta da un pubblico ufficiale «proprio perché detto Rappresentante, pure in relazione a quello specifico contesto, svolge anche le funzioni di membro del Parlamento italiano», come si evince dallo Statuto del Consiglio d'Europa, dal Regolamento dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, dai Regolamenti del Parlamento italiano»[7].

2. *Le garanzie costituzionali previste per Parlamentari e affini*

Dopo aver precisato quali siano i soggetti che esercitano le funzioni legislative ai sensi dell'art. 357 c.p., si deve evidenziare che tale articolo, per comprenderne l'esatta portata, va correttamente inquadrato all'interno dell'ordinamento giuridico, collegandolo sistematicamente a due imprescindibili norme di rango costituzionale, ossia gli artt. 67 e 68, comma 1, Cost.

Le due norme costituzionali enunciano, difatti, delle regole fondamentali per il corretto espletamento delle funzioni legislative contemplate dall'art. 357 c.p.[8], che caratterizzano come attività pubbliche a competenza generale, libere nel fine di perseguire l'interesse della Nazione attraverso gli strumenti previsti dalla Costituzione e

[6] Cass. pen., sez. VI, 2 luglio 2018, n. 40347, Berlusconi.

[7] Cass. pen., sez. VI, sent. 8 giugno 2017, n. 36769 e Cass. pen., sez. VI, 24 maggio 2023, n. 28227, Volontè.

[8] Bartole, Bin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, 617 ss.; De Vergottini, Frosini, *Diritto pubblico*, Padova, Cedam, 2021, 210 ss.

dai regolamenti parlamentari[9], l'esercizio delle quali è insindacabile nei modi e nei termini che ora si vedranno.

L'art. 67 Cost., sancendo che «Ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato», definisce il ruolo basilare che spetta a ciascun Parlamentare di concorrere alla soddisfazione degli interessi politici generali della Nazione, ossia dell'entità giuridica unitaria comprendente la totalità dei cittadini (come sancito sin dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1798 all'art. 3)[10], esercitando i poteri che la costituzione gli conferisce, in forza dell'intervenuta elezione da parte del corpo elettorale, senza sottostare ad alcun vincolo di mandato[11].

La norma costituzionale mira a garantire al Parlamentare, eletto dal corpo elettorale sulla base della selezione effettuata dal partito politico che lo ha candidato, la libertà di determinarsi esclusivamente secondo la propria coscienza nello svolgimento delle sue funzioni, che sono dirette a rappresentare, equilibrare e comporre i molteplici interessi settoriali presenti nella comunità nazionale, soggettivamente interpretati da ciascun Parlamentare nel modo più adeguato possibile a realizzare oggettivamente l'interesse generale della Nazione, che, a sua volta, altro non è che il risultato della mediazione raggiunta, con la votazione finale, tra le varie istanze rappresentate dai diversi membri all'interno dell'organo collegiale di appartenenza[12].

---

[9] Ossia gli atti tipici previsti dal diritto parlamentare e quelli che sono presupposti o conseguenziali rispetto a quelli tipici, come precisato da Corte Cost., sent. 30 settembre 1997-5 dicembre 1997, n. 375.

[10] Guastaferro, *Rappresentanza politica e mandato imperativo: riflessioni sull'elemento territoriale*, in *Riv. AIC*, 2020, n. 1, 165 ss., ha giustamente sostenuto che l'art. 67 presuppone «un'equivalenza tra il concetto di Nazione e concetto di popolo e che usando la parola Nazione si sia, tutt'al più, voluto richiamare l'idea che la rappresentanza politica è rappresentanza generale e non di un gruppo di interessi sezionali o locali», riprendendo le parole di Crisafulli, *Partiti, Parlamento, Governo*, Milano, Giuffrè, 1985, 213.

[11] De Vergottini, *Diritto costituzionale*, cit., 534 ss., ha messo in evidenza che il mandato rappresentativo, ben diverso da quello privatistico, consiste in una «investitura fiduciaria elettiva tendente a legittimare il ruolo del ristretto gruppo dei rappresentanti, il cui potere» è «configurato come una competenza derivante dalla costituzione, attivabile dalla volontà degli elettori».

[12] Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, *I*, cit., 489 ss., che ha sostenuto che l'art. 67 Cost. riproduce «sostanzialmente l'art. 41 dello Statuto Albertino, a

Quindi ogni Parlamentare, grazie al divieto del mandato imperativo, può esercitare le sue funzioni in posizione di assoluta indipendenza dalle pressioni provenienti da parte di qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento giuridico, compresi i propri elettori ed i componenti del partito che ha contribuito a farlo eleggere candidandolo[13], in quanto costituisce principio assoluto della democrazia rappresentativa che solo il libero confronto tra i rappresentanti eletti democraticamente permette la migliore determinazione delle decisioni parlamentari dirette a soddisfare gli interessi della Nazione[14].

---

sua volta derivato dalle costituzioni della rivoluzione francese». Nello stesso senso Paladin, Mazzarolli, Girotto, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2023, 350, hanno rimarcato che l'art. 41 dello Statuto stabiliva che «i Deputati rappresentano la Nazione in generale e non le sole provincie in cui furono eletti. Nessun mandato imperativo può loro darsi dagli elettori». Così pure: Scarciglia, *Il divieto di mandato imperativo*, Padova, Cedam, 2005, 165, che ha inoltre ricordato che nei lavori della Costituente solo Terracini intervenne per opporsi all'inserimento del divieto nel testo costituzionale; Pedullà, *Contributo allo studio sul divieto di mandato imperativo*, Catania, Torre, 2011, 63 ss., ha operato un'attenta ricostruzione dell'art. 41 dello Statuto Albertino e del dibattito alla Costituente sull'art. 67 Cost.

[13] Giustamente Barbera, Fusaro, *Corso di diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2022, hanno rimarcato che rispetto al divieto di mandato imperativo «fa discutere la previsione contenuta negli statuti dei gruppi parlamentari del Movimento 5 Stelle che prevedono il pagamento di una penale da parte del Parlamentare che abbandoni il gruppo o venga espulso. Interessanti sono pure le osservazioni di Pedullà, *Contributo allo studio sul divieto di mandato imperativo*, cit., 15 ss., che, in particolare ha evidenziato il diverso atteggiarsi del divieto in un sistema elettorale che esclude il voto di preferenza, rafforzando il ruolo della segreteria di partito nei confronti degli eletti, così che il divieto diventa un «limite all'egemonia della burocrazia partitica»; e di Barile, Cheli, Grassi, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, Cedam, 2018, 145 ss., che hanno ritenuto che l'art. 67 Cost. giustifica il libero transito dei Parlamentari verso coalizioni, partiti o gruppi diversi da quelli che hanno contribuito a farli eleggere. Si vedano, pure: Principato, *Il divieto di mandato imperativo da prerogativa regia a garanzia della sovranità assembleare*, in *Riv. AIC*, 2012, n. 4, 1 ss.; Ciaurro, *Costituzione e diritto parlamentare: un rapporto double face*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2, 2018, 25; Citrigno, Moschella, *Quale futuro per il divieto di mandato imperativo*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2018, 1 ss.; Mazziotti di Celso, Salerno, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, Cedam, 2020, 170; Ciancio, *La garanzia del libero mandato parlamentare tra disciplina di gruppo e trasformazioni dei partiti*, in *Dirittifondamentali.it*, 2021, 1, 1 ss.

[14] Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, *I*, a cura di Modugno, Baldassarre, Mezzanotte, cit., 427, ha sottolineato che «le linee di svolgimento dell'indirizzo politico risultano dal processo dialettico fra le varie correnti di opinioni rappresentate che trovano nell'Assemblea una «stanza di compensazione» propizia al

Sul punto, la Corte Costituzionale ha statuito che l'art. 67 Cost è diretto a garantire la libertà dei membri del Parlamento attraverso il divieto del mandato imperativo, che assicura ad ogni Parlamentare la libertà di votare attenendosi o meno agli indirizzi del partito che ne ha permesso l'elezione, in quanto «nessuna norma potrebbe legittimamente disporre che derivino conseguenze a carico del Parlamentare per il fatto che egli abbia votato contro le direttive del partito»[15].

Detto in altri termini, l'art. 67 Cost. impone al Parlamentare di esercitare le sue funzioni esclusivamente per perseguire il bene della Nazione, che concorre a determinare nel libero sviluppo della dialettica politica, secondo le procedure previste dalla Costituzione e dal regolamento parlamentare, senza sottostare, neppure per sua libera scelta[16], ad alcuna forma di vincolo, di qualsiasi tipo esso sia[17], in quanto questo, in qualsiasi caso, limiterebbe la sua autodeterminazione nell'individuare e rappresentare il fine da raggiungere per

---

raggiungimento di decisioni di compromesso»; Arcidiacono, *Diritto costituzionale*, Milano, Cedam, 2021, 357, ha messo in evidenza che in forza dell'art. 67 Cost. il Parlamentare «è libero nel recepire, interpretare e dare seguito alle istanze popolari, senza dover ottemperare ad indicazioni provenienti da altro che non sia la propria coscienza, non assumendo, pertanto, alcun rilievo giuridico gli eventuali impegni assunti con i propri elettori o anche con il partito in cui milita»; Mezzetti, *Manuale breve diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2021, 237 ss., ha osservato come l'art. 67 Cost. impedisca in Italia l'istituto statunitense del recall, «ossia del richiamo da parte degli elettori, quando il soggetto che è stato eletto non tiene fede alla piattaforma elettorale sulla base della quale è stato votato».

[15] Corte Cost., sent. 17 febbraio 1964, n. 14, ha, pure, osservato che l'art. 67 Cost., essendo inserito nella Sezione I "Le Camere", del Titolo I «Il Parlamento" della Parte II della Costituzione sull'Ordinamento della Repubblica, e non nella Sezione II dedicata alla formazione delle leggi, «non spiega efficacia ai fini della validità delle deliberazioni».

[16] Giustamente Scarciglia, *Il divieto di mandato imperativo*, cit., 2, ha sostenuto che «l'esercizio del libero mandato dovrebbe costituire non soltanto un diritto ma anche un dovere, da esercitare all'interno di un quadro istituzionale che gli consenta di essere attore "responsabile e trasparente"», come sostenuto da Ridola, *La rappresentanza parlamentare fra unità politica e pluralismo*, in *Dir. Soc.*, 1994, 726.

[17] Zanon, *Parlamentare (status di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, Utet, 1995, 622, ha sottolineato che l'art. 67 Cost. «deve interpretarsi nel senso che gli accordi intercorsi fra elettori (o partiti) ed eletti, i mandati conferiti o le istruzioni impartite agli eletti dagli elettori, singoli o associati, dai partiti e dai gruppi parlamentari di appartenenza non conoscono garanzia giuridica e azionabilità, e non implicano né diritti in capo ai mandanti né obblighi in capo ai Parlamentari-mandatari».

il miglior reggimento della comunità nazionale: e ciò a maggior ragione se il mandato imperativo derivi da un accordo corruttivo, stipulato dal Parlamentare in violazione dei doveri di probità imposti dall'art. 54 Cost., e diretto al soddisfacimento dell'interesse distorto del corruttore invece di quello della Nazione.

Al fine di garantire ai membri del Parlamento l'esercizio delle funzioni parlamentari senza vincoli di mandato e nell'esclusivo interesse generale del Paese[18], l'art. 68, comma 1 Cost.[19] fissa il principio che i componenti delle Camere non possono essere chiamati a rispondere dei voti dati e delle opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni[20], intendendo come tali o i voti e le opinioni manifestate nei corso dei lavori parlamentari nell'esercizio di una delle attività funzionali; oppure le opinioni espresse all'esterno dei lavori parlamentari in atti, pure individuali, che siano una estrinsecazione delle facoltà che spettano al Parlamentare in quanto membro del Parlamento[21].

---

[18] Così pure Mantini, *Buone regole per la "casta"*, Roma, Gangemi, 2008, 45.

[19] Il testo è stato modificato dalla l. cost. 29 ottobre 1993, n. 3. Originariamente il comma 1 dell'art. 68 Cost. recitava «I membri del Parlamento non possono essere perseguiti per le opinioni espresse e i voti dati nell'esercizio delle loro funzioni», formula elaborata da Mortati sulla quale, come rilevato da Compagna, *Illecito penale ed insindacabilità parlamentare*, Napoli, Jovene, 2012, il consenso nel dibattito in Assemblea Costituente fu unanime. Come osservato da Onida, Gorlero, *Compendio di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2021, 195, già lo Statuto Albertino del 1848 prevedeva tale garanzia per salvaguardare il diritto dei membri delle Camere di esercitare liberamente le loro funzioni «al riparo dalle interferenze dei Giudici […] istituzionalmente collegati con il Sovrano, posto a capo del potere esecutivo», da cui i Giudici all'epoca dipendevano. In proposito Arcidiacono, *Diritto costituzionale*, cit., 360, ha fatto notare che lo Statuto limitava l'insindacabilità alle opinioni e ai voti espressi "nelle Camere", mentre la Costituzione del 1948 non contiene tale limitazione spaziale. Così pure Furno, *L'insindacabilità parlamentare*, Napoli, ESI, 2009, 28 ss., che ha pure svolto un'attenta analisi del dibattito in Assemblea Costituente.

[20] Cuocolo, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2003, 205 ss.; Giupponi, *Le immunità della politica*, Torino, Giappichelli, 2005, 181 ss.; Id., *Le immunità costituzionali*, in Aa.Vv., *Le immunità nel diritto interno e comparato*, Torino, Giappichelli, 2014, 36 ss.; Barile, Cheli, Grassi, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 145 ss.; Paladin, Mazzarolli, Girotto, *Diritto costituzionale*, cit., 351 ss.; Rescigno G.U., *Corso di diritto pubblico*, a cura di A. Gentilini, Bologna, Zanichelli, 2022, 366 ss.

[21] Corte Cost., sent. 11 gennaio 2000, n. 210. In proposito si ricorda che l'art. 30 del regio editto 26 marzo 1848, n. 695, sulla libertà di stampa, sancisce

Appare di intuitiva evidenza che è proprio l'insindacabilità stabilita dal comma 1 dell'art. 68 Cost. a garantire che ogni membro del Parlamento possa esercitare le sue funzioni in modo libero, al fine di raggiungere l'interesse della Nazione, senza subire i condizionamenti derivanti dal timore di essere chiamato da altri a rispondere in sede giudiziaria dei voti dati e delle opinioni espresse nell'espletamento delle proprie attribuzioni.

Si noti che analoga garanzia è prevista: – dall'art. 122, comma 4, Cost. per i Consiglieri regionali che pure «non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni»[22]; – dall'art. 48 *bis* dello Statuto autonomo Trentino Alto Adige per i membri del Consiglio provinciale che «non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni e dei voti espressi nell'esercizio delle loro funzioni»; – dall'art. 5 della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1, per i Giudici della Corte Costituzionale (come per i cittadini eletti dal Parlamento ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 135 Cost. per i giudizi di accusa contro il Presidente della Repubblica), che «non sono sindacabili né possono essere perseguiti per le opinioni espresse e i voti dati nell'esercizio delle loro funzioni»; – dall'art. 5 della legge 3 gennaio 1981, n. 1, per i componenti del Consiglio Superiore della Magistratura, che «non sono punibili per le opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni, e concernenti l'oggetto della discussione»[23].

A parte il caso dell'insindacabilità introdotta per i componenti del Consiglio Superiore della Magistratura dal legislatore ordinario,

---

che «non potranno dar luogo ad azione la pubblicazione dei discorsi tenuti nel Senato o nella Camera dei deputati, le relazioni o qualunque atto scritto stampato per ordine delle medesime»; e l'art. 31 aggiunge che «non darà neppure luogo ad azione il rendiconto esatto, fatto in buona fede, delle discussioni del Senato o della Camera dei deputati».

[22] Sia Martinelli, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 2008, 30 ss.; che Calvieri, *L'insindacabilità dei Consiglieri regionali*, in Fumu, Volpi, *Le immunità penali della politica*, Bologna, Il Mulino, 2012, 233, hanno ben evidenziato le sfasature esistenti tra la tutela dell'insindacabilità dei Parlamentari e quella dei Consiglieri regionali; così come Lo Calzo, *Spunti di riflessione sull'insindacabilità dei Consiglieri regionali e dei Parlamentari per i voti dati quali membri degli Uffici di presidenza*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 20, 1ss.

[23] Compagna, *Illecito penale ed insindacabilità parlamentare*, cit., 61 ss.

si deve notare che è sempre il legislatore costituzionale a riconoscere tale immunità, oltre che ai Giudici della Corte Costituzionale, a tutti i membri degli organi che concorrono nell'esercizio della funzione legislativa, con esclusione, però, di quelli che formano il Governo, che, pure, adotta, come si è sopra visto, atti aventi forza di legge, e in quanto questa prerogativa storicamente si è affermata come forma di protezione dell'autonomia delle assemblee elettive nei confronti proprio del potere esecutivo, da cui all'epoca dipendevano gli organi giudiziari.

A tal proposito appare utile ricordare che a partire dal *Bill of Rights* del 1689 nel Regno Unito si sancì il principio «che la libertà di parola e di discussione o di stampa in Parlamento non deve essere impedita o contestata in nessuna corte o luogo fuori del Parlamento».

Tale regola fu ripresa dalla Costituzione degli Stati Uniti del 1787, che, all'art. 1, sez. VI, stabiliva che i Parlamentari «in nessun caso […] potranno essere sottoposti a interrogatori in alcun altro luogo per i discorsi pronunziati e le opinioni sostenute nelle rispettive Camere». Il principio fu, poi, sviluppato dalla Costituzione francese del 1791, nel punto 7 della sez. V del cap. I del titolo III, con la formula che «I rappresentanti della Nazione sono inviolabili; essi non potranno essere ricercati, accusati né giudicati in qualsiasi tempo per ciò che avranno detto, scritto o fatto nell'esercizio delle loro funzioni di rappresentanti»[24], formula che venne successivamente «ripresa dalla maggior parte dei testi costituzionali»[25].

Ebbene, nell'ordinamento italiano l'effettiva portata dell'insindacabilità parlamentare è stata definita dall'art. 3, l. 20 giugno 2003, n. 140[26], che ha stabilito che l'art. 68, comma 1, Cost. «si ap-

---

[24] Furno, *L'insindacabilità parlamentare*, cit., 13, ha ricordato che l'insindacabilità dei Parlamentari è nata in Inghilterra «per garantire il diritto di critica dei Parlamentari al Re e ai suoi ministri», segnando il passaggio dal regime assolutistico a quello costituzionale parlamentare, venendo, poi, ripresa dalla Francia rivoluzionaria come garanzia per il Parlamentare da ogni attacco all'esercizio delle sue funzioni, per poi affermarsi come «tradizionale garanzia costituzionale delle democrazie parlamentari».

[25] De Vergottini, *Diritto costituzionale*, cit., 536.

[26] Si ricorda che l'art. 3 cit. è stato sottoposto al vaglio di legittimità costituzionale dalla Corte Cost., sent. 24 febbraio 2004, n. 120, che ha statuito che «la di-

plica in ogni caso: – per la presentazione di disegni o proposte di legge, emendamenti, ordini del giorno, mozioni e risoluzioni, per le interpellanze e le interrogazioni; – per gli interventi nelle Assemblee e negli altri organi delle Camere; – per qualsiasi espressione di voto comunque formulata; – per ogni altro atto Parlamentare; – per ogni altra attività di ispezione»; – per ogni altra attività «di divulgazione, di critica e di denuncia politica, connessa alla funzione di Parlamentare[27], espletata anche fuori del Parlamento».

Il legislatore ordinario ha, in tal modo, recepito gli orientamenti espressi, non senza una certa difficoltà, dalla Corte Costituzionale, che, a partire dalla sentenza n. 1150 del 1988, ha progressivamente precisato che la prerogativa costituzionale si riferisce, non a tutte

---

sposizione censurata si sottrae ai vizi di legittimità addebitati: essa […], non elimina affatto il nesso funzionale e non stabilisce che ogni espressione dei membri delle Camere, in ragione del rapporto rappresentativo che li lega agli elettori, sia per ciò solo assistita dalla garanzia dell'immunità. È pertanto nella dimensione funzionale che le dichiarazioni in questione possono considerarsi insindacabili: «garanzia e funzione sono inscindibilmente legate fra loro da un nesso che, reciprocamente, le definisce e giustifica» (sent. n. 219 del 2003). Né, d'altra parte, ai fini dell'insindacabilità, la prospettata necessità della connessione tra attività di critica o di denuncia politica e atti di funzione parlamentare può essere inficiata dalla precisazione che tali attività possano essere state espletate «anche fuori del Parlamento». Tale precisazione, infatti, nulla aggiunge a quanto ormai è acquisito al patrimonio giurisprudenziale di questa Corte, che non ha mai limitato la garanzia alla sede parlamentare, giacché il criterio di delimitazione dell'ambito della prerogativa non è quello della "localizzazione" dell'atto, ma piuttosto, come già detto, quello funzionale, cioè riferibile in astratto ai lavori parlamentari (cfr. sent. n. 509 del 2002). Solo a queste condizioni l'opinione così manifestata e così qualificata può essere considerata insindacabile anche quando dia luogo a forme di divulgazione e riproduzione al di fuori dell'ambito delle attività parlamentari (cfr. sent, n. 10, n. 11 e n. 320 del 2000). – In definitiva, alla luce delle considerazioni che precedono, la prospettata questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, della legge n. 140 del 2003 appare infondata». Per una attenta critica della sentenza si rimanda a Compagna, *Illecito penale ed insindacabilità parlamentare*, cit., 84 ss.; Martinelli, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato*, cit., 52 ss.; Veronesi, *I Parlamentari. Profili costituzionali*, in Aa.Vv., *Immunità politiche e giustizia penale*, a cura di Orlandi, Pugiotto, Torino, Giappichelli, 2005, 142; Furno, *L'insindacabilità parlamentare*, cit., Carcano, *Le immunità processuali della politica. Aspetti processuali*, in Fumu, Volpi (a cura di), *Le immunità penali della politica*, cit., 211.

[27] Secondo Furno, *L'insindacabilità parlamentare*, cit., 226, l'espressione «funzione di Parlamentare» farebbe assumere all'insindacabilità una dimensione non più oggettiva-istituzionale ma soggettivo-elettorale.

le opinioni espresse dal Parlamentare nell'esercizio della sua attività politica, come, invece, costantemente sostenuto dalle Camere, ma solo a quelle legate da "nesso funzionale" con le attività svolte "nella qualità" di membro delle Camere.

Pertanto, per il Giudice costituzionale l'insindacabilità ha ad oggetto:

1. le idee manifestate nell'esercizio delle funzioni parlamentari, ossia: – o durante i lavori della Camera di appartenenza e dei suoi diversi organi interni in occasione di una qualsiasi delle attività parlamentari svolte; – oppure espresse in atti, anche individuali, che siano l'estrinsecazione delle potestà proprie del Parlamentare in quanto componente dell'assemblea, e quindi negli atti tipici previsti dai regolamenti parlamentari[28], ed in quelli atipici che comunque esprimano l'esercizio delle funzioni parlamentari, come, ad es., la lettera inviata da un Parlamentare al Presidente di una Commissione[29];

2. le opinioni espresse all'esterno della sede parlamentare, che siano sostanzialmente riproduttive nei contenuti storici delle opinioni espresse in sede parlamentare, essendo la pubblicità la naturale destinazione alla collettività dei rappresentati delle opinioni medesime, in quanto la pubblicità contraddistingue di norma le attività e gli atti che si svolgono in Parlamento in modo da garantirne il ruolo di luogo centrale per il più elevato dispiegamento della libera dialettica

---

[28] Per Corte Cost., sent. 30 settembre 2003, n. 379, pure l'interrogazione parlamentare dichiarata inammissibile dal Presidente dell'assemblea (perché afferente a materia esulante da quelle affidate alla competenza ed alla connessa responsabilità del Governo nei confronti del Parlamento) rientra tra gli atti parlamentari coperti dall'insindacabilità, qualora sia pubblicizzata. Per un esame di tale orientamento: Veronesi, *I Parlamentari. Profili costituzionali*, in Aa.Vv., *Immunità politiche e giustizia penale*, cit., 113 ss.; Furno, *L'insindacabilità parlamentare*, cit., 256 ss.

[29] Per Corte Cost., sent. 25 febbraio 2003, n. 219, anche la lettera inviata da un Senatore al Presidente della Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della mafia ha i caratteri necessari per poter essere inquadrata nel novero degli atti di esercizio della funzione parlamentare, pur non essendo prevista tra gli atti tipici previsti dal regolamento parlamentare, perché ai fini della configurabilità dell'immunità prevista dall'art. 68, comma 1, Cost. «è l'atto del Parlamentare, in sé e per sé considerato […] a dover presentare quegli indici di riconoscimento della partecipazione ai lavori delle Assemblee, delle Commissioni e degli altri organi della Camera o del Senato, che valgono a qualificarlo come opinione manifestata nell'esercizio delle funzioni di membro del Parlamento» (così pure Corte Cost., sent. 22 giugno 2004, n. 298).

politica, con la conseguenza che l'immunità non può che estendersi anche a tutte le altre sedi ed occasioni in cui la stessa opinione venga riprodotta al di fuori dell'ambito parlamentare[30].

3. *Il contenuto dell'insindacabilità parlamentare*

Secondo l'indirizzo espresso dalla Corte Costituzionale, l'insindacabilità comporta, come eccezione al principio generale di legalità e di giustiziabilità dei diritti[31], l'esclusione di ogni forma di responsabilità giuridica civile, penale, amministrativa, contabile o disciplinare dei componenti degli organi parlamentari[32], che, anche dopo la scadenza del loro mandato, non possono essere chiamati a rispondere per le attività svolte[33]. In questo modo si permette a ciascuno di loro la piena autonomia nel valutare le questioni da decidere e nell'esprimere pubblicamente i propri convincimenti, potendo esercitare il mandato politico ricevuto, nell'interesse della Nazione e senza vincoli, in modo libero, non dovendo temere il sindacato dell'autorità giudiziaria[34].

Con molta precisione la Corte Costituzionale ha messo in evidenza che l'insindacabilità serve essenzialmente a garantire l'autonomia delle funzioni delle Camere e l'indefettibile spazio di libertà della rappresentanza politica, che deve potersi espletare, nei limiti stabiliti dalla Costituzione, senza condizionamenti esterni, ed *in pri-*

---

[30] Corte Cost., sent. 11 gennaio 2000, n. 210, dove si richiamano le precedenti sent. n. 375 del 1997, n. 289 del 1998, n. 329 e n. 417 del 1999.

[31] Corte Cost., sent. 11 gennaio 2000, n. 210. Così pure Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, *I*, cit., 496.

[32] Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, 235; Biscaretti Di Ruffia, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1965, 358 ss.; Virga, *Diritto costituzionale*, Milano, 1971, 207; Balladore Pallieri, *Diritto costituzionale*, Milano, 1972, 239 ss.; Vassalli, *Punti interrogativi sulla estensione della irresponsabilità dei membri del parlamento*, in *Giust. Pen.*, 1973, I, 193; Martinelli, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato*, cit., 38.

[33] Corte Cost., sent. 30 gennaio 2008, n. 46. Conformemente Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, *I*, cit., 495; Onida, Gorlero, *Compendio di diritto costituzionale*, cit., 198, hanno definito l'immunità di cui all'art. 68, comma 1, Cost. una forma di «irresponsabilità assoluta e perpetua».

[34] De Vergottini, *Diritto costituzionale*, cit., 537.

mis da parte dell'ordine giudiziario, nei confronti del quale l'art. 68, comma 1, Cost. sancisce la prerogativa dell'insindacabilità a garanzia dell'indipendenza del Parlamento[35]. E si noti che la scelta del Costituente si rivela ancora oggi particolarmente felice a fronte di una magistratura che nel corso degli anni è stata infettata da spinte corporativistiche di tipo correntizio, che possono alterare l'esclusiva sottoposizione alla legge che dovrebbe contraddistinguere l'imparzialità tanto dei Giudici quanto dei Pubblici ministeri.

Essendo diretta a preservare il libero espletamento delle funzioni parlamentari, l'insindacabilità non si atteggia come un privilegio del ceto politico, ma come garanzia individuale dei membri delle Camere e al contempo come strumento di tutela della autonomia delle istituzioni parlamentari con la conseguenza che la difesa di questa prerogativa parlamentare non è rimessa al solo interessato, ma appartiene alle Camere come attribuzione propria[36].

Quindi, esclusivamente la Camera di appartenenza del Parlamentare ha il potere di disporre della prerogativa dell'immunità, essendo questa prevista, direttamente, in favore della Camera stessa,

---

[35] Corte Cost., sent. 5 ottobre 1993, n. 443, dove si è pure osservato che «deve considerarsi come inammissibile ingerenza della prerogativa parlamentare il pretendere di sovrapporre, ai criteri seguiti dalla Camera […], quelli suggeriti da orientamenti giurisprudenziali dell'ordine giudiziario, dato che è proprio nei confronti di questo che è posta dall'art. 68 Cost. la prerogativa dell'insindacabilità a tutela dell'indipendenza del Parlamento». In dottrina: Brunelli, *Immunità*, in *Enc. giur.*, cit., 4; Zanon, *Parlamentare (status di)*, cit., 619, ha sottolineato che «il complesso delle prerogative parlamentari è posto a tutela diretta della funzione parlamentare»; Compagna, *Illecito penale ed insindacabilità parlamentare*, cit., 23, ha rimarcato come l'insindacabilità parlamentare si è trasformata, da strumento di tutela delle funzioni parlamentari dall'esecutivo, in strumento di difesa di tali funzioni dalle «possibili invasioni di campo del potere giurisdizionale, ossia un potere destinato a rimanere politicamente neutro, ma chiamato concretamente ad incidere in modo sempre più rilevante sugli interessi politici, economici e sociali».

[36] Corte Cost., sent. 17 ottobre 1996, n. 379, dove si è richiamata la precedente sentenza n. 1150 del 1988.

Molto correttamente Martinelli, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato*, cit., 2 ha osservato che «una prerogativa è sempre legata ad una funzione cui l'ordinamento conferisce una particolare rilevanza, mentre un privilegio consiste in una posizione di ingiustificato vantaggio di fatto in capo ad uno o più soggetti. Ed è evidente come la prima sia pienamente compatibile con lo Stato di diritto e viceversa il secondo ne rappresenti una patente negazione».

per «lo svolgimento regolare e libero della sua funzione, nell'interesse dell'ordinamento», e «soltanto strumentalmente a favore di coloro che sono investiti dell'esercizio di quella funzione».

Tutto ciò determina il carattere irrinunciabile della prerogativa da parte del singolo Parlamentare, in quanto risulta necessario proteggere «la funzione dell'organo costituzionale anche contro atteggiamenti del suo componente, che vulnererebbero l'essenza stessa della garanzia»[37].

L'immunità mira, così, a soddisfare l'esigenza di rilievo costituzionale di preservare l'autonomia e la libertà delle assemblee parlamentari, quali organi di diretta rappresentanza popolare, dalle possibili interferenze di altri poteri[38], assicurando alle Camere che i loro membri possano svolgere le loro funzioni nel modo più libero, senza incorrere nei limiti che potrebbero derivare dalla preoccupazione di incorrere in possibili provvedimenti sanzionatori a loro carico da parte di altri poteri[39], ed *in primis* da parte degli organi giudiziari, in quanto l'attività svolta dai Parlamentari all'interno dell'organo rappresentativo di cui sono membri può essere oggetto di sindacato ed eventualmente di censura unicamente mediante i meccanismi stabiliti dai regolamenti interni, autonomamente adottati da ciascuna Camera (art. 64 Cost.)[40].

Tuttavia, per evitare il pericolo di trasformare la prerogativa dell'insindacabilità in un privilegio personale, sono coperti da immunità non tutti i comportamenti dei membri delle Camere tenuti nell'espletamento dell'intera attività politica[41], come, invece, costantemente rivendicato dalla maggioranza delle forze politiche, ma unicamente quelli strettamente funzionali all'esercizio indipendente delle attribuzioni parlamentari, con l'effetto che rientrano sotto le regole del diritto comune i comportamenti estranei alla ratio giustificativa dell'autonomia costituzionale delle Camere[42].

---

[37] Corte Cost., sent. 10 dicembre 1969-28 gennaio 1970, n. 9; Zanon, *Parlamentare (status di)*, cit., 621 ss.

[38] Corte Cost., sent. 8 aprile 2014, n. 115.

[39] Corte Cost., sent. 30 gennaio 2008, n. 46.

[40] Corte Cost., sent. 8 aprile 2014, n. 115.

[41] Corte Cost., sent. 30 settembre 1997, n. 375.

[42] Corte Cost., sent. 17 ottobre 1996, n. 379.

Questa forma di immunità, difatti, non può avere carattere assoluto, perché il comma 1 dell'art. 68 Cost. (come pure il comma 4 dell'art. 122 Cost.) deve essere coordinato con altre norme imprescindibili della Carta Costituzionale, ossia:

– l'art. 3 Cost. che impone la sottoposizione alla legge di tutti i cittadini, compresi gli esercenti le funzioni legislative;

– l'art. 2 Cost., che impone alla Repubblica di proteggere i diritti inviolabili della persona umana, intesa anche nella sua proiezione sociale; e di richiedere l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, che, nei confronti di coloro che svolgono funzioni pubbliche, si traducono nell'obbligo di adempierle, *ex* art. 54 Cost., con disciplina ed onore; e, se Parlamentari, senza vincoli di alcun mandato e nell'interesse esclusivo della Nazione, *ex* art. 67 Cost.

Pertanto, lo svolgimento delle attività parlamentari non può mai ledere quei diritti fondamentali o porsi in contrasto con quei doveri inderogabili.

4. *Il bilanciamento costituzionale dell'autonomia parlamentare con la giurisdizione*

Arrivati a questo punto, si ricorda che la Corte Costituzionale, nel tentativo di definire i limiti dell'insindacabilità prevista dall'art. 68, comma 1 Cost., ha sostenuto, nella sentenza n. 379 del 1996, che la Costituzione italiana stabilisce un bilanciamento ragionevole e calibrato delle esigenze dello Stato di diritto, che puntano ad assicurare:

– da un lato i valori connessi all'esercizio della giurisdizione, ossia l'universalità della legge, la legalità, la rimozione di ogni privilegio, l'obbligatorietà dell'azione penale, il diritto di difesa in giudizio, ecc.;

– e, dall'altro lato, la protezione degli ambiti dell'autonomia parlamentare che sono sottratti al diritto comune e che servono a garantire alla rappresentanza politica la sua insopprimibile zona di libertà, ai sensi degli artt. 64, 72 e 68 Cost.[43].

[43] Corte Cost., sent. 17 ottobre 1996, n. 379. Con tale sentenza la Corte Costituzionale ha corretto quanto aveva sostenuto nella di poco anteriore sent.

Ad avviso della Corte, il principio della autonomia di ciascuna Camera comporta la garanzia della non interferenza della giurisdizione nelle attività svolte dalle istituzioni rappresentative in forza della disciplina risultante dagli artt. 64 e 72 Cost., che istituiscono una riserva in favore dei regolamenti parlamentari, votati a maggioranza assoluta da ciascuna Camera, per quanto concerne la regolamentazione dell'organizzazione interna e dello svolgimento del procedimento legislativo e delle altre attività parlamentari, ovviamente, è bene precisarlo alla luce della svista sul punto di quella sentenza, solo per la parte che non sia disciplinata espressamente dalla Costituzione.

Per la Corte, la riserva di regolamento enunciata dal comma 1 dell'art. 64 Cost. non concerne soltanto l'autonomia normativa, ma comprende pure la fase dell'applicazione delle norme regolamentari sino ad includere anche la scelta delle misure idonee a garantirne l'osservanza, con l'effetto di sottrarre a qualsiasi tipo di giurisdizione gli strumenti diretti a garantire il rispetto del diritto parlamentare[44].

In questo senso, l'essenza della garanzia contro le intromissioni di altri poteri riconosciuta dalla Costituzione alle Camere consiste, per il Giudice costituzionale, nell'aver riservato esclusivamente al regolamento parlamentare, adottato da ciascuna Camera, il potere di disciplinare non solo l'organizzazione interna, i procedimenti parlamentari, lo svolgimento dei lavori ma anche la qualificazione dei comportamenti tenuti dai propri membri nell'esercizio delle attività parlamentari.

La Corte è, così, giunta alla conclusione che la valutazione delle condotte dei membri di una Camera nell'esercizio delle proprie

---

19 marzo 1996, n. 129, quando aveva seccamente statuito che «A tutela del principio (corrispondente a un interesse generale della comunità politica) di indipendenza ed autonomia del potere legislativo nei confronti degli altri organi e poteri dello Stato, l'art. 68 Cost. sacrifica il diritto alla tutela giurisdizionale del cittadino che si ritenga offeso nell'onore o in altri beni della vita da opinioni espresse da un Senatore o Deputato nell'esercizio delle sue funzioni». Per un commento a quest'ultima sentenza si rimanda a Furno, *L'insindacabilità parlamentare*, cit., 140 ss.

[44] Corte Cost., sent. 17 ottobre 1996, n. 379. In dottrina, Ciaurro, *Costituzione e diritto parlamentare: un rapporto "double face"*, cit., 1 ss.

funzioni è riservata alla Camera stessa, con esclusione del sindacato esterno svolto dall'autorità giudiziaria[45].

La Corte, però, ragionando in tal modo, ha omesso del tutto di considerare che quelle stesse condotte possono produrre effetti lesivi anche su beni diversi dal regolare andamento delle attività parlamentari, che è in realtà l'unico bene preservato dall'autonomia regolamentare di ciascuna Camera, come quando il comportamento del Parlamentare leda diritti soggettivi altrui o sfere di attribuzione di altri poteri dello Stato, la tutela dei quali non può in alcun modo spettare alla Camera di appartenenza.

In questi casi, la condotta del Parlamentare fuoriesce dallo spazio di autonomia riservato all'istituzione parlamentare e finisce con il ricadere nel campo della giurisdizione, alla quale la Costituzione riserva la soluzione dei conflitti tra i soggetti dell'ordinamento.

Correggendo quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza in esame, si può, allora, dire che il corretto equilibrio tra l'autonomia parlamentare e i valori della legalità e della giurisdizione, si articola nei seguenti modi.

Quando la condotta del Parlamentare sia inquadrabile per intero e senza alcun residuo all'interno delle regole del diritto parlamentare, in quanto si sostanzia *esclusivamente* in una violazione del regolamento parlamentare, il principio di legalità ed i molteplici valori ad esso connessi sono destinati a ritrarsi davanti al principio di autonomia delle Camere e al preminente valore di libertà del Parlamento, che quel principio implica e che necessariamente comporta la piena autodeterminazione in ordine all'organizzazione interna e allo svolgimento dei lavori, e tutto ciò a prescindere dalle concorrenti qualificazioni che nel diritto comune quello stesso comportamento possa ricevere in termini di illegittimità o di illiceità.

Invece, se il comportamento del Parlamentare presenta angolazioni che esulano dalla capacità definitoria del regolamento parlamentare e non siano per intero inquadrabili nella disciplina di que-

[45] La sentenza è stata definita da Cicconetti, *Le fonti del diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 2007, 361, «uno dei riconoscimenti più compiuti dell'autonomia del diritto parlamentare dall'ordinamento giuridico generale che la storia della giurisprudenza costituzionale ricordi». Così pure Ciaurro, *Costituzione e diritto parlamentare: un rapporto double face*, cit., 19.

sto, deve tornare a prevalere la "grande regola" dello Stato di diritto della sottoposizione al regime giurisdizionale, al quale sono sottoposti, nel regime costituzionale italiano, tutti i beni giuridici e tutti i diritti (*ex* artt. 24, 112 e 113 Cost.)[46].

Quest'ultima ipotesi, però, ricorre non solo nel caso in cui il comportamento del Parlamentare leda beni personali di altri membri della Camera di appartenenza o beni personali che comunque appartengano a terzi estranei alla Camera, come accade, nell'esempio espressamente fatto dalla stessa Corte Costituzionale, «di lesioni, minacce, furti ai danni di Parlamentari, corruzione, ecc.»[47]; ma anche nel caso che la condotta del Parlamentare alteri l'assetto democratico voluto dalla Costituzione, andando a ledere il libero esercizio delle funzioni parlamentari nell'interesse della Nazione e senza vincoli di mandato, *ex* art. 67 Cost., e violando il dovere di adempiere le funzioni parlamentari con disciplina ed onore, *ex* art. 54 Cost.

Pertanto, se il comportamento del Parlamentare sia lesivo unicamente dei diritti di altri colleghi, la cui titolarità ed il cui esercizio presuppongano lo status di Parlamentare e ne caratterizzino la funzione, così da essere qualificato esclusivamente dal regolamento parlamentare, si applica soltanto quest'ultimo a discapito della funzione giurisdizionale, in modo da garantire la libertà d'azione del Parlamento e da rispettare la competenza esclusiva che ciascuna Camera ha nel prevedere ed attuare i rimedi contro gli atti ed i comportamenti che incidano in modo negativo unicamente sulle funzioni dei singoli Parlamentari e, quindi, sul corretto svolgimento dei lavori interni, senza avere alcun riflesso su situazioni giuridiche esterne alla Camera di appartenenza.

Al contrario, quando la condotta del Parlamentare offenda uno degli interessi generali della comunità nazionale, o un bene personale di cui è portatore altro Parlamentare in quanto persona, o un terzo estraneo al Parlamento, si applica la disciplina costituzionale prevista per la tutela di quelli interessi o di quei diritti fondamentali, che comporta l'intervento della autorità giurisdizionale, che prevale

[46] Corte Cost., sent. 17 ottobre 1996, n. 379.
[47] Corte Cost., sent. 17 ottobre 1996, n. 379.

sulla autonomia parlamentare, in quanto questa non è idonea ad assicurare l'adeguata protezione di quei beni[48].

Si può, allora, affermare che l'irresponsabilità costituzionalmente sancita al comma 1 dell'art. 68 per i Parlamentari si limita soltanto ai voti dati ed alle opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni, anche se configuranti gli estremi di un reato di opinione[49]. Essa, però, non si estende alle «condotte che comportino fatti materiali che, come tali, […] integrino gli estremi di un reato» di altro tipo[50], e cioè uno di quei comportamenti incidenti sulla realtà fenomenica della comunità nazionale, che siano qualificati dal legislatore come fattispecie penali, perché lesivi di beni giuridici di valore almeno pari all'autonomia parlamentare, e siano diversi dalla partecipazione ad una votazione o dalla manifestazione di un'opinione nello svolgimento delle funzioni parlamentari, effettuate correttamente con disciplina ed onore, senza vincoli di mandato e nell'interesse della comunità nazionale.

E, ovviamente, queste conclusioni valgono pure per i Consiglieri regionali e per i membri dei Consigli provinciali di Trento e di Bolzano.

---

[48] In tal senso nella sentenza n. 379 del 1996 la Corte Costituzionale ha precisato che non può ritenersi insindacabile ai sensi dell'art. 68, comma 1, Cost., la condotta realizzata dal Parlamentare in violazione dei diritti della persona, Parlamentare o meno che sia, così da essere sottoposto al sindacato del Giudice civile o di quello penale, qualora la tutela di quei diritti sia rinforzata dalla legge con norme incriminatrici.

[49] Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, *I*, cit., 495 ss. Vassalli, *Punti interrogativi sulla estensione della irresponsabilità dei membri del parlamento*, cit., 195, ha, perciò, considerato coperti dalla immunità i reati di «ingiuria, diffamazione, vilipendio, oltraggio, apologia di reato, rivelazione di segreto sia dolosa che colposa, e via dicendo», ossia tutti i reati «che possano essere commessi (purché nell'esercizio delle funzioni parlamentari […]) mediante espressione di opinioni o di voti».

[50] De Vergottini, *Diritto costituzionale*, cit., 78. In senso conforme: Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, cit., 235; Biscaretti Di Ruffia, *Diritto costituzionale*, cit., 358 ss.; Virga, *Diritto costituzionale*, cit., 207; Balladore Pallieri, *Diritto costituzionale*, cit., 239 ss.; Vassalli, *Punti interrogativi sulla estensione della irresponsabilità dei membri del parlamento*, cit., 194; Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di Conti, Milano, Giuffrè, 2003, 131 ss.; Mantovani, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 2020, 731; Furno, *L'insindacabilità parlamentare*, cit., 70, per il quale la prerogativa «non copre le azioni o i fatti materiali del Parlamentare, siccome commessi più che nell'esercizio delle funzioni, in occasione dell'esercizio delle funzioni parlamentari»; Martines, *Diritto costituzionale*, a cura di Silvestri, Milano, Giuffrè Lefebre, 2022.

5. *La disciplina processuale dell'insindacabilità parlamentare*

La disciplina dell'applicabilità dell'insindacabilità parlamentare nei processi è contenuta nell'art. 3 della l. 20 giugno 2003, n. 140, che è stato elaborato dal legislatore recependo in gran parte gli indirizzi espressi dalla Corte Costituzionale a partire dalla sentenza n. 1150 del 1988.

L'articolo in commento, al comma 2, innanzitutto, stabilisce che, quando in un procedimento giurisdizionale venga rilevata o eccepita l'applicabilità del comma 1 dell'art. 68 Cost., il Giudice ha l'obbligo di disporre, anche d'ufficio, «se del caso, l'immediata separazione del procedimento da quelli eventualmente riuniti»[51].

Se il Giudice reputi applicabile l'immunità stabilita dal comma 1 dell'art. 68 Cost., adotta i seguenti provvedimenti definitori:

– in sede penale, durante le indagini preliminari, il Pubblico ministero, d'ufficio o su istanza dell'indagato, trasmette, entro dieci giorni, gli atti al Giudice per le indagini preliminari, che pronuncia decreto di archiviazione *ex* art. 409 c.p.p.; in ogni altro stato e grado del processo penale, il Giudice procedente provvede con sentenza;

– in sede civile, il Giudice procedente pronuncia sentenza con i necessari provvedimenti definitori, dopo aver invitato le parti a precisare immediatamente le conclusioni nei termini previsti dall'art. 190 c.p.c. per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica ridotti, rispettivamente, a quindici e cinque giorni;

– in ogni altro procedimento giurisdizionale, il Giudice provvede analogamente, anche d'ufficio, in ogni stato e grado (art. 3, comma 3, cit.)[52].

Qualora il Giudice procedente non ritenga di accogliere l'eccezione sull'applicabilità dell'insindacabilità sollevata da una delle parti, il Giudice ha l'obbligo di provvedere, senza ritardo, con ordinanza non impugnabile, con la quale dispone la trasmissione di copia degli atti alla Camera di appartenenza al momento del fatto contestato al Parlamentare; e se l'eccezione è sollevata in un proces-

[51] Carnevale, *I Parlamentari. Profili processuali*, in Aa.Vv., *Immunità politiche e giustizia penale*, cit., 163 ss.

[52] Per un esame critico della legge in commento si richiama Furno, *L'insindacabilità parlamentare*, cit., 220 ss.

so civile dinanzi al Giudice istruttore, questi emette l'ordinanza in udienza o entro cinque giorni[53].

L'emissione dell'ordinanza di trasmissione comporta la sospensione del procedimento sino alla deliberazione della Camera investita della questione, e comunque non oltre il termine, puramente ordinatorio, di novanta giorni dalla ricezione degli atti da parte della Camera interessata, che può disporre una proroga del termine non superiore a trenta giorni[54]. Tale sospensione, tuttavia, nel procedimento penale, non impedisce il compimento degli atti non ripetibili; e, negli altri procedimenti, degli atti urgenti.

La questione sull'applicabilità dell'art. 68, comma 1, Cost. può essere sottoposta alla Camera di appartenenza al momento del fatto contestato anche direttamente dal Parlamentare sottoposto a procedimento giurisdizionale, per sostenere «che il fatto per il quale è in corso» il procedimento giurisdizionale di responsabilità nei suoi confronti «concerne i casi di cui al comma 1» cit.: in tal caso la Camera investita della questione può chiedere al Giudice di sospendere il procedimento nei termini sopra riportati[55].

Come ben precisato dalla Corte Costituzionale, la garanzia dell'insindacabilità, prevista dal comma 1 dell'art. 68 Cost., non comporta l'attribuzione alla Camera di appartenenza di una potestà di tipo autorizzatorio, il cui funzionamento determini il condizionamento dello svolgimento della funzione giurisdizionale, da parte degli organi competenti, in riferimento ai comportamenti dei Par-

---

[53] Su tale obbligo si veda: Carcano, *Le immunità processuali della politica. Aspetti processuali*, in Fumu, Volpi (a cura di), *Le immunità penali della politica*, cit., 213 ss.

[54] Come rilevato da Carcano, *Le immunità processuali della politica. Aspetti processuali*, in Fumu, Volpi (a cura di), *Le immunità penali della politica*, cit., 214, «Là dove sia decorso inutilmente il termine, il processo penale deve riprendere il suo corso, senza però che ciò comporti che la deliberazione della Camera non possa intervenire in qualsiasi momento, anche successivo alla pronuncia di condanna». Così pure Mantini, *Buone regole per la "casta"*, cit., 52, secondo cui il termine non è perentorio, come si desume dai lavori parlamentari; Furno, *L'insindacabilità parlamentare*, cit., 223 ss. *Contra* Martinelli, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato*, cit., 45 ss., che è arrivato a sostenere che il mancato rispetto del termine da parte della Camera potrebbe comportare la decadenza del suo potere «di condizionare il processo dopo la sua ripresa».

[55] Molto interessanti sono le osservazioni sul punto di Guarini, *Spunti ricostruttivi sulla (problematica) legittimazione del singolo Parlamentare al conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, 29 ss.

lamentari oggetto di contestazione, dello stesso tipo, cioè, di quella originariamente contemplata dal comma 2 dell'art. 68 Cost., in quanto tale garanzia è di tipo sostanziale, così da limitare il potere di far valere in giudizio una astratta responsabilità del Parlamentare per le opinioni espresse nell'adempimento delle sue funzioni parlamentari[56].

La Camera investita della questione trasmette la propria deliberazione all'autorità giudiziaria, che, se favorevole all'applicazione dell'art. 68, comma 1, c.p., determina che il Giudice deve adottare senza ritardo i provvedimenti definitori sopra riportati[57], che in sede penale si sostanziano nella richiesta di archiviazione del Pubblico ministero e nella sentenza di assoluzione del Giudice con la formula «perché il Parlamentare non è punibile»[58].

---

[56] Corte Cost., sent. 1 luglio 1997, n. 265.

[57] Martinelli, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato*, cit., 43, ha rilevato che l'art. 3 della l. n. 140 rivela «la volontà di introdurre nell'ordinamento qualcosa di molto simile alla vecchia autorizzazione a procedere; anzi per certi aspetti ancora più efficace, considerato che il diniego di autorizzazione a procedere valeva fino all'espletamento del mandato parlamentare, mentre l'applicazione dell'insindacabilità ha un'efficacia perpetua». Sulla stessa linea Veronesi, *I Parlamentari. Profili costituzionali*, in Aa.Vv., *Immunità politiche e giustizia penale*, cit., 144 ss., che ha rimarcato che la l. n. 140 si è ispirata ai decreti legge di attuazione della l. cost. n. 3 del 1993 nel prevedere una riedizione della c.d. "pregiudizialità parlamentare" del giudizio sulla insindacabilità da parte della Camera di appartenenza qualora il Giudice adito non riconosca nel caso concreto la sussistenza dell'immunità.

Si ricorda che ai sensi dell'art. 3 in commento le disposizioni esaminate si applicano in quanto compatibili, ai procedimenti disciplinari, sostituita al Giudice l'autorità investita del procedimento. La sospensione del procedimento disciplinare, ove disposta, comporta la sospensione dei termini di decadenza e di prescrizione, nonché di ogni altro termine dal cui decorso possa derivare pregiudizio ad una parte.

[58] Corte Cost., sent. 19 marzo 1996, n. 129, che ha, pure, precisato che la prerogativa dell'insindacabilità dei Parlamentari consiste nel diritto sostanziale in una causa di irresponsabilità dell'autore delle dichiarazioni contestate, che «comporta, sul piano processuale, l'obbligo per l'autorità giudiziaria di prendere atto della deliberazione parlamentare e di adottare le pronunce conseguenti», salvo che non eccepisca conflitto di attribuzioni. Con tale sentenza la Corte Costituzionale, adita dal Senato che aveva sollevato conflitto di attribuzione avverso i provvedimenti giudiziari del Tribunale di Palermo, adottati disattendendo la pronuncia parlamentare di insindacabilità emessa a tutela del Sen. Carmine Mancuso, aveva dichiarato che «non spettava al Tribunale di Palermo ordinare la celebrazione del dibattimento nel processo penale pendente a carico del Senatore […] per diffama-

Nella giurisprudenza di legittimità, infatti, è nettamente prevalente l'orientamento che qualifica l'immunità una causa soggettiva di esclusione della punibilità, ovviamente non estensibile ai concorrenti non Parlamentari[59]. E nello stesso senso si è orientata la dottrina penalistica più autorevole, secondo la quale, per rispettare il principio costituzionale di uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge (art. 3 Cost.), di cui l'obbligatorietà generale della legge penale fissata dall'art. 3 c.p. costituisce un corollario, appare corretto ritenere che le immunità previste dall'ordinamento interno costituiscano delle cause personali di esclusione della pena, che, per tutelare le funzioni svolte dai titolari dell'immunità, escludono la punibilità, intesa come applicabilità della pena, lasciando, però, sussistere «l'illiceità penale del fatto e, quindi, l'esistenza del reato», in modo da meglio preservare il ruolo istituzionale dei titolari, che «per la loro posizione elevata sono», più di tutti, vincolati «all'osservanza dei dettami della legge»[60].

---

zione aggravata in danno del dott. Bruno Contrada», conseguentemente annullando l'ordinanza emessa dal Tribunale dopo che il Senato aveva affermato l'insindacabilità delle dichiarazioni rese dal suddetto Senatore nel corso di una trasmissione televisiva e oggetto dell'imputazione contestata.

[59] Da ultimo Cass. pen., sez. V, 8 luglio 1999, n. 8742; Cass. pen., sez. V, 22 novembre 2007, n. 43090; Cass. pen., sez. VI, 11 settembre 2018, n. 40347, Berlusconi. Così pure Cass. pen. civ., 26 luglio 2012, n. 13188. In senso contrario e del tutto isolata Cass. pen., sez. III, 24 novembre 2006, n. 38944, che ha qualificato l'insindacabilità una causa di giustificazione che esclude l'antigiuridicità della condotta, come tale estensibile anche al terzo concorrente non Parlamentare.

[60] Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 131 ss. E così Mantovani, *Diritto penale*, cit., 731, che ha osservato che nessuna legge autorizza i Parlamentari a violare la legge penale; Bettiol, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 1982, 175; Palazzo, *Corso di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006, 513; Adamo, *La prerogativa dell'insindacabilità parlamentare ex art. 68 Cost., come causa soggettiva di esclusione della punibilità*, in *Riv. AIC*, 2010, 1, 1 ss., con commento a Cass. pen. civ., sez. III, 16 marzo 2010, n. 6325, secondo cui l'immunità «non è volta a garantire interessi sostanziali del singolo Parlamentare, ma è meramente strumentale allo scopo di assicurare protezione allo svolgimento di una delicata funzione politica», quale è quella parlamentare; Brunelli, *Immunità della politica: profili penali sostanziali*, in Fumu, Volpi (a cura di), *Le immunità penali della politica*, cit., 204; Carcano, *Le immunità processuali della politica. Aspetti processuali*, in Fumu, Volpi (a cura di), *Le immunità penali della politica*, cit., 215.

In senso contrario: Pagliaro, *Immunità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 221, che ha sostenuto che l'insindacabilità «impedisce lo stesso sorgere dell'antigiuridicità del fatto, in quanto rappresenta una causa di giustificazione ad

6. *Il conflitto di attribuzione avverso la dichiarazione di insindacabilità parlamentare*

Al Giudice che abbia ricevuto la deliberazione parlamentare favorevole all'applicazione dell'insindacabilità sancita dal comma 1 dell'art. 68 Cost., secondo la Corte Costituzionale non si può non riconoscere, nonostante l'inspiegabile silenzio dell'art. 3 della legge n. 140 del 2003 sul punto, il potere di sollevare conflitto di attribuzione dinanzi alla Corte Costituzionale per chiederne l'annullamento, qualora reputi che la decisione leda le prerogative dell'autorità giudiziaria, non ricorrendo nel caso concreto i presupposti della norma costituzionale[61].

Come statuito dal Giudice dei conflitti sin dal 1988, il potere della Camera di appartenenza di valutare la condotta addebitata al proprio membro in sede giudiziaria come insindacabile *ex* art. 68, comma 1, Cost., con l'effetto di interdire in relazione ad essa una diversa affermazione di responsabilità, non può essere considerato del tutto libero o unicamente sottoposto ad una norma interna di autolimitazione[62], come, invece, sembra emergere dalla prassi di ti-

---

efficacia generale e collegata alla funzione del Parlamentare»; Lippolis, *Le immunità penali dei Parlamentari in Italia*, in Fumu, Volpi (a cura di), *Le immunità penali della politica*, cit., 2012, 69; Brunelli, *Immunità della politica: profili penali sostanziali*, in Fumu, Volpi (a cura di), *Le immunità penali della politica*, cit., 204; Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 119; Zanon, *Parlamentare (status di)*, cit., 627; Marinucci, Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2022, 102; Padovani, *Diritto penale*, Milano, Giuffrè Lefebvre, 2019, 92; Arcidiacono, *Diritto costituzionale*, cit., 360, per il quale l'insindacabilità comporta un'esenzione di responsabilità che si sostanzia «in una garanzia di ordine sostanziale, volta ad escludere l'antigiuridicità di fatti che, se compiuti da altri, che membri del Parlamento non sono, potrebbero dar vita, ricorrendone tutti gli elementi, ai c.d. *reati di opinione*, con tutte le conseguenze in termini di responsabilità penale e civile previste dall'ordinamento».

Secondo Compagna, *Illecito penale ed insindacabilità parlamentare*, cit., 145, l'insindacabilità parlamentare è definibile «come un limite alla giurisdizione che si traduce nella sottrazione di taluni fatti alla normale valutazione tecnico-giuridica, valutazione attraverso la quale il potere giurisdizionale è normalmente chiamato a soppesare cause, conseguenze, finalità e modalità di attuazione di una determinata condotta al fine di prevenire, sia in ambito penalistico che in ambito civilistico, ad un giudizio di liceità o di illiceità della stessa».

[61] Onida, Gorlero, *Compendio di diritto costituzionale*, cit., 199.

[62] Corte Cost., sent. 22 novembre 1988, n. 1150, la cui importanza è stata sottolineata da Veronesi, *I Parlamentari. Profili costituzionali*, in Aa.Vv., *Immunità politiche e giustizia penale*, cit., 102 ss., evidenziando che è stata la prima volta

po estensivo, che, nel corso degli anni, si è affermata nelle Camere, che hanno in questo modo cercato di controbilanciare la soppressione dell'autorizzazione a procedere, disposta con l. cost. 29 ottobre 1993, n. 3[63].

Al fine di assicurare il pieno riconoscimento dei diritti inviolabili della persona umana (come ad es. il diritto all'onore e alla reputazione) quali valori imprescindibili dell'ordinamento giuridico, la Costituzione, difatti, prevede che quel potere sia soggetto a controllo di legittimità da parte della Corte Costituzionale, con lo strumento del conflitto di attribuzione (*ex* artt. 134 Cost. e 37, l. n. 87 del 1953), in relazione ai vizi della deliberazione parlamentare, che si riverberino sui poteri dell'autorità giudiziaria, comprimendoli.

Pertanto, il Giudice competente a giudicare della responsabilità giuridica di un Parlamentare in sede civile, penale, contabile, amministrativa o disciplinare[64], qualora giunga alla conclusione che la de-

---

che la Corte ha ammesso l'esperibilità del conflitto di attribuzioni avverso una delibera di insindacabilità parlamentare; Furno, *L'insindacabilità parlamentare*, cit., 101 ss.; De Vergottini, *Diritto costituzionale*, cit., 539; Lippolis, *Le immunità penali dei Parlamentari in Italia*, in Fumu, Volpi (a cura di), *Le immunità penali della politica*, cit., 73. Una precisa ricostruzione della giurisprudenza della Corte Costituzionale in tema di insindacabilità si ritrova in Giupponi, *Le immunità costituzionali*, cit., 66 ss.; Mezzetti, *Manuale breve diritto costituzionale*, cit., 239 ss.; Vignudelli, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021, 737 ss.

[63] Come rilevato da Corte Cost., sent. 30 settembre 1997, n. 375. Il giudizio è condiviso da Martinelli, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato*, cit., 2; Furno, *L'insindacabilità parlamentare*, cit., 126, secondo cui l'abrogazione dell'istituto dell'autorizzazione a procedere «non fece altro che trasportare ogni sforzo di autotutela degli organi parlamentari […] dalla c.d. inviolabilità alla insindacabilità funzionale, sovraccaricandola fuori misura e trasformandola in concreto […] nell'ultimo baluardo difensivo della classe parlamentare»; Giupponi, *La Corte dei conflitti, al crocevia tra giustizia e politica*, in *Percorsi costituzionali*, 2010, 2/3, 81; Compagna, *Illecito penale ed insindacabilità parlamentare*, cit., 29 ss.; Lippolis, *Le immunità penali dei Parlamentari in Italia*, in Fumu, Volpi (a cura di), *Le immunità penali della politica*, cit., 78.

[64] Corte Cost., sent. 1 luglio 1997, n. 265, ha osservato che «La prerogativa costituzionale, diretta a garantire la libera espressione delle opinioni manifestate nell'esercizio delle funzioni del Parlamentare, si riferisce non solo alla responsabilità penale, ma anche a quella civile, come a qualsiasi altra forma di responsabilità diversa da quella che può essere fatta valere nell'ambito dell'ordinamento interno della Camera di appartenenza», come si desume pure dalla modifica normativa fatta con la legge costituzionale n. 3 del 1993, passando dalla formula «I membri del Parlamento non possono essere perseguiti» a quella «non possono essere chiamati a rispondere» dal contenuto «più univocamente comprensiva».

liberazione parlamentare, che affermi l'irresponsabilità del proprio membro, sia il prodotto di un esercizio non legittimo del potere di valutazione, può sollevare davanti alla Corte Costituzionale conflitto di attribuzione[65] con un'ordinanza che deve rispettare il principio di completezza e sufficienza, indicando gli elementi che permettano alla Corte di valutarne la fondatezza[66].

Come precisato dalla Corte Costituzionale, il conflitto può essere sollevato dal Giudice, non nei termini di una *vindicatio potestatis*, non potendosi in astratto contestare il potere di valutazione del Parlamento, ma come contestazione alla Camera di appartenenza della legittimità del potere in concreto esercitato per vizi del procedimento, oppure per omessa o erronea valutazione dei presupposti di volta in volta richiesti per il suo regolare esercizio[67], tra i quali, essenzialmente, quello della correlazione delle opinioni espresse con la funzione parlamentare, potendo il Giudice dei conflitti di attribuzione effettuare sulla pronuncia parlamentare di insindacabilità contestata dal Giudice adito, non una valutazione sul suo merito, ma solo una verifica esterna sulla sua non arbitrarietà e plausibilità[68].

In altri termini, la Corte Costituzionale può essere adita esclusivamente qualora emerga un conflitto fra l'apprezzamento dell'organo parlamentare ed il contrario giudizio dell'autorità giudiziaria, dimodocché la pronuncia della Corte può intervenire solo a posteriori e dall'esterno, al fine di risolvere tale contrasto, in modo da assicurare, in posizione di terzietà[69], l'equilibrio costituzionale fra la difesa della potestà autonoma della Camera e la tutela della sfera di attri-

---

[65] Mantini, *Buone regole per la "casta"*, cit., 46, ha rilevato che costituisce una peculiarità del sistema italiano l'aver attribuito in prima istanza al Parlamento l'amministrazione dell'insindacabilità, salvo il successivo intervento della Corte Costituzionale, «mentre negli altri sistemi, essendo una regola di diritto sostanziale, l'insindacabilità è amministrata dal Giudice ordinario».

[66] Corte Cost., sent. 2 dicembre 2014-22 gennaio 2015, n. 4, dove si richiamano le precedenti n. 31 del 2009, n. 223 del 2009, n. 282 del 2011 e n. 320 del 2013. In dottrina: Bin, Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, cit., 249 ss.

[67] Corte Cost., sent. 22 novembre 1988, n. 1150.

[68] Corte Cost., sent. 5 ottobre 1993, n. 443.

[69] Corte Cost., sent. 9 novembre 1999-17 gennaio 2000, n. 10. Per un commento a questa sentenza e alla gemella n. 11 del 2000 si veda: Veronesi, *I Parlamentari. Profili costituzionali*, in Aa.Vv., *Immunità politiche e giustizia penale*, cit., 109 ss.

buzioni dell'autorità giudiziaria, sulla quale la deliberazione parlamentare va ad incidere impedendone l'esercizio[70].

E in questo senso fuoriesce dalla funzione di controllo del Giudice dei conflitti verificare se le dichiarazioni contestate al Parlamentare in sede giudiziaria integrino gli estremi del reato contestatogli, oppure non concretino, invece, la manifestazione del diritto di critica politica, di cui anche il Parlamentare, al pari di qualsiasi altro soggetto, è titolare ai sensi dell'art. 21 Cost., e che si estende sino a comprendere il diritto di critica anche nei confronti dell'operato di altri soggetti.

La verifica della sussistenza o meno dell'illecito penale o di quello civile spetta, difatti, al Giudice del processo penale o di quello civile, che ha il compito di «pronunciarsi in concreto sul rapporto fra diritto di libera manifestazione del pensiero, in particolare in campo politico, e il diritto all'onore e alla reputazione del soggetto che si ritenga leso dall'opinione espressa»[71].

La Corte Costituzionale, quindi, non è il Giudice dell'impugnazione, in quanto esercita sulla deliberazione parlamentare di insindacabilità un controllo, non sul merito della scelta parlamentare[72], bensì solo sulla sua non arbitrarietà, che non può mai arrivare a tradursi in una rivalutazione del giudizio espresso dalla Camera di appartenenza.

Alla Corte, quindi, al fine di esercitare o meno la potestà di annullamento della delibera parlamentare oggetto del conflitto, spetta esclusivamente il compito di appurare se vi sia stato un uso distorto, arbitrario, del potere parlamentare, capace di ledere le attribuzioni degli organi della giurisdizione, verificando la regolarità dell'iter procedurale e la sussistenza dei presupposti richiesti dal primo comma dell'art. 68, ossia la riferibilità dell'atto oggetto di contestazione in sede giudiziaria alle funzioni svolte dal Parlamentare, dovendosi rintracciare una connessione tra il comportamento sottoposto al vaglio giudiziario e uno degli atti propri espressivi della funzione parlamentare, anche sotto forma del proposito del

---

[70] Corte Cost., sent. 1 luglio 1997, n. 265.

[71] Corte Cost., sent. 9 novembre 1999-17 gennaio 2000, n. 10.

[72] Come rilevato da Corte Cost., sent. 30 settembre 1997, n. 375.

Parlamentare di divulgare la scelta o l'attività politico-parlamentare da lui esercitata[73].

Infatti, è il nesso funzionale con le funzioni parlamentari svolte lo spartiacque tra le opinioni che godono della particolare garanzia introdotta dall'art. 68, comma 1, Cost. e quelle rese dal Parlamentare nell'espletamento della più ampia attività politica non parlamentare, restando riservata la verifica della sussistenza di quel nesso alla Camera di appartenenza, con gli effetti per l'autorità giudiziaria che si sono appena esposti[74].

---

[73] Corte Cost., sent. 19 maggio 1998, n. 289, che per la prima volta ha annullato una delibera parlamentare di insindacabilità, osservando che «non può rilevare una interrogazione presentata dal Deputato Calderoli nel giugno 1994, in epoca successiva, quindi, al ricevimento dell'avviso di garanzia all'origine delle dichiarazioni diffamatorie contestate al Deputato. – Come attività libera nel fine e di natura generale, ha di recente precisato questa Corte, la funzione parlamentare non si risolve solo negli atti tipici, ricomprendendo anche quanto di essi sia presupposto o conseguenza. Nondimeno, non si può ricondurvi l'intera attività politica svolta dal Deputato o dal Senatore: tale interpretazione finirebbe per vanificare il nesso funzionale posto dall'art. 68, primo comma, e comporterebbe il rischio di trasformare la prerogativa in un privilegio personale (sent. n. 375 del 1997). – Un collegamento funzionale non può ravvisarsi tra le ripetute allusioni, pronunciate in occasione di comizi, conferenze stampa e trasmissioni televisive, a scorrettezze od illeciti asseritamente compiuti da magistrati, ed una interrogazione successivamente rivolta al Ministro di Grazia e Giustizia per chiedere al medesimo se intenda promuovere attività ispettive volte ad accertare l'effettivo compimento delle scorrettezze e degli illeciti stessi. – Con indebita inversione, si pretende in tal modo di attrarre nell'area dell'insindacabilità la divulgazione di gravi addebiti nelle più diverse occasioni pubbliche, ma non nella sede parlamentare. – Diversamente opinando, qualsiasi affermazione, anche ritenuta gravemente diffamatoria e – ciò che conta – estranea alla funzione od all'attività parlamentare, potrebbe diventare insindacabile a sèguito della semplice presentazione in data successiva al fatto di un'interrogazione *ad hoc*».

[74] Di Ciolo, Ciaurro, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milano, Giuffrè, 2003, 99, hanno osservato che «a ben guardare la Corte ha riportato in auge i principi dell'antica giurisprudenza del Senato che – in modo generalmente più restrittivo rispetto alla Camera – limitava la prerogativa costituzionale alla sostanziale riproduzione esterna di opinioni già espresse in atti tipici (v. significativamente *Atti Senato*, VII Leg., Doc. IV, n. 14-A, relatore Benedetti, approvato nella seduta del 24 novembre 1976)»; Lippolis, *Le immunità penali dei Parlamentari in Italia*, in Fumu, Volpi (a cura di), *Le immunità penali della politica*, cit., 81; Scaccia, *Spunti per una ridefinizione del "nesso funzionale" in tema di insindacabilità parlamentare*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 4, 1; Giupponi, *I limiti dell'insindacabilità parlamentare nelle sentt. 59 e 133 del 2018. La Corte costituzionale ancora tra forma e sostanza in vista di una svolta dai confini incerti*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2019, 2.

Nella giurisprudenza della Corte Costituzionale si è, però, pure precisato che sono coperti dall'immunità, non gli atti semplicemente avvenuti all'interno del Parlamento (come un discorso riservato tra due Parlamentari alla buvette e ripreso da un giornalista), ma quelli posti in essere all'interno dei vari organi parlamentari, o anche paraparlamentari, cioè gli atti che si realizzano nell'ambito dei lavori comunque rientranti nel campo applicativo del diritto parlamentare, perché è proprio tale condizione a connotare l'esercizio delle funzioni parlamentari.

Per questo sono coperti dall'insindacabilità gli atti c.d. "di funzione", anche se compiuti *extra moenia*, mentre, all'opposto, non sono coperti da tale immunità gli atti c.d. "non di funzione", anche se fatti all'interno della sede del Parlamento, in modo da potersi affermare che in Italia il criterio di delimitazione della prerogativa dell'immunità è quello funzionale e non quello spaziale, come, invece, avviene in altre democrazie parimenti evolute, quali Stati Uniti, Regno Unito, Irlanda, Danimarca, Finlandia, Olanda, Germania, Canada[75].

---

[75] Corte Cost., sent. 9 luglio 2002, n. 509, sulla quale ci si riporta a Lippolis, *Le immunità penali dei Parlamentari in Italia*, cit., 83. Così pure Compagna, *Illecito penale ed insindacabilità parlamentare*, cit., 72; Martinelli, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato*, cit., 5 ss.; Veronesi, *I Parlamentari. Profili costituzionali*, in Aa.Vv., *Immunità politiche e giustizia penale*, cit., 127 ss. Scaccia, *Spunti per una ridefinizione del "nesso funzionale" in tema di insindacabilità parlamentare*, cit., 3, ha rimarcato che nelle «previsioni omologhe» dell'art. 68, comma 1, Cost. «presenti negli ordinamenti delle più importanti democrazie» l'immunità è interpretata in modo assai restrittivo, limitandosi «rigidamente […] alle sedi delle Assemblee parlamentari, ai palazzi che le ospitano»: così l'art. 46 della Legge fondamentale tedesca secondo cui «un deputato non può essere perseguito in sede giudiziaria o disciplinare, né più in generale essere chiamato a rendere conto fuori del Bundestag per le opinioni espresse e i voti dati nel Bundestag o in una delle sue commissioni»; l'art. 9 del *Bill of Rights* tutela i membri delle *Houses of Parliament* riguardo a qualsiasi pena civile o penale «per ciò che hanno detto nel corso dei dibattiti in Parlamento»; l'art. 1, Section 6, Clause 1 della Costituzione statunitense prevede che Senatori e Rappresentanti al Congresso «per qualsiasi discorso e dibattito in ciascuna Camera non potranno ricevere contestazioni in alcun altro luogo». Mantini, *Buone regole per la "casta"*, cit., 45, a sua volta, ha operato la distinzione tra gli ordinamenti di derivazione anglosassone, come Germania, Paesi Bassi, Regno Unito, Stati Uniti e Canada, che disciplinano l'insindacabilità secondo il criterio spaziale; e quelli di derivazione neo-latina, come Francia, Italia, Spagna, che la regolano secondo il criterio funzionale.

Capitolo III

I PRINCIPALI CASI DI RESPONSABILITÀ PENALE DEI PUBBLICI UFFICIALI "LEGISLATIVI"

Sommario: 1. Casi di conflitto di attribuzioni per insindacabilità dichiarata per reati non di opinione. – 2. Il caso dei Parlamentari c.d. "pianisti". – 3. I casi di opinioni offensive espresse *extra moenia*. – 4. L'uso eccessivo dell'insindacabilità per le dichiarazioni offensive rese dai Parlamentari *extra moenia*. – 5. Orientamenti giurisprudenziali in tema di corruzione dei Parlamentari o dei Consiglieri regionali. – 6. Il caso De Gregorio, Lavitola, Berlusconi. – 7. I limiti della tesi giurispudenziale sulla inapplicabilità della corruzione propria ai pubblici ufficiali "legislativi". – 8. Osservazioni conclusive sulla responsabilità penale dei Parlamentari e dei Consiglieri regionali.

1. *Casi di conflitto di attribuzioni per insindacabilità dichiarata per reati non di opinione*

Venendo ai casi giurisprudenziali affrontati dalla Corte Costituzionale, si ricorda il conflitto di attribuzioni promosso dalla Corte di appello di Milano nei confronti delle delibere con le quali la Camera dei Deputati, il 16 marzo 1999, aveva dichiarato l'insindacabilità in relazione alle condotte assunte dai Deputati della Lega Nord Roberto Maroni, Umberto Bossi, Mario Borghezio, Davide Carlo Caparini, Piergiorgio Martinelli e Roberto Calderoli nel corso di una perquisizione disposta dal Procuratore della Repubblica di Verona nei confronti di M.C. e poi estesa ad un locale ritenuto nella disponibilità del medesimo presso la sede di Milano della Lega Nord, durante la quale i suddetti Onorevoli avevano opposto

resistenza al personale della polizia giudiziaria operante, venendo per tale fatto condannati in primo grado dal Pretore di Milano.

Ad avviso della Camera, che sul punto si era discostata dall'opposta proposta della Giunta per le autorizzazioni a procedere, un'opinione poteva essere manifestata in qualsiasi forma e non solo mediante le forme verbali, dimodocché «la materialità di un atto o comportamento non impedisce la sua qualificabilità come opinione», che diviene insindacabile *ex* art. 68, comma 1, Cost. se assunta da un Parlamentare nell'ambito dell'attività politica da lui svolta.

Secondo la Camera di appartenenza degli Onorevoli inquisiti «la resistenza […] è un mezzo grazie al quale singoli o gruppi intendono proteggere innanzitutto beni che considerano […] irrinunciabili», quali l'autonomia e l'indipendenza del partito della Lega Nord, con la conseguenza di dover essere valutata come espressione della volontà di protestare contro la perquisizione che si stava effettuando, perché ritenuta un'illegittima violazione proprio di quella autonomia e di quella indipendenza.

Per la Corte di appello ricorrente, all'opposto, l'insindacabilità dichiarata dalla Camera avrebbe indebitamente compresso la sfera di attribuzione propria del potere giudiziario, impedendogli la cognizione in ordine alla rilevanza penale dei fatti contestati e la loro attribuibilità agli imputati, in assenza di un nesso funzionale tra le attività parlamentari svolte ed i comportamenti di resistenza a pubblico ufficiale oggetto di contestazione, che intrinsecamente erano «espressione di una contrapposizione violenta ad un potere statuale».

Nel risolvere il conflitto, la Corte Costituzionale ha, giustamente, statuito che la prerogativa dell'insindacabilità «non può essere riferita ai comportamenti materiali […] qualificati come resistenza a pubblico ufficiale», in quanto l'art. 68, comma 1, Cost. fa riferimento esclusivamente alle opinioni espresse ed ai voti dati dai Parlamentari nell'esercizio delle loro funzioni e, quindi, non può applicarsi agli atti di resistenza e di violenza contro i pubblici ufficiali operanti, perché tali comportamenti non sono «in alcun modo qualificabili» come opinioni espresse o voti dati nell'esercizio delle funzioni parlamentari[1].

[1] Corte Cost., sent. 17 maggio 2001, n. 137. In dottrina: Furno, *L'insindacabilità parlamentare*, cit., 293 ss.

Parimenti meritevole di attenzione è il conflitto sollevato dal Giudice per l'udienza preliminare del Tribunale di Perugia avverso la delibera assunta dalla Camera dei Deputati il 26 settembre 2000, su conforme proposta della Giunta per le autorizzazioni a procedere, che aveva deciso che i fatti per i quali era in corso procedimento penale per il reato di calunnia a carico dell'On. Tiziana Maiolo di Forza Italia riguardavano, ai sensi dell'art. 68, comma 1, Cost., le opinioni espresse in quanto membro del Parlamento nell'esercizio delle sue funzioni. E ciò sul rilievo che, «poiché ogni singolo Parlamentare rappresenta la Nazione e poiché la giustizia è amministrata in nome del popolo, presentare una denuncia penale» sarebbe «atto tipico della funzione di Deputato».

Accogliendo i rilievi critici sollevati dal Giudice ricorrente, la Corte Costituzionale ha, correttamente, stabilito che la denuncia penale non può avere le caratteristiche dell'atto tipico della funzione parlamentare «per il solo fatto che ne sia autore un Deputato», perché la facoltà di denunciare all'autorità competente i fatti che si ritengono costituire reato, con la connessa assunzione di responsabilità del relativo giudizio, è assegnata direttamente ad ogni cittadino, senza che sia richiesta «l'intermediazione della rappresentanza parlamentare»[2].

La Corte Costituzionale ha, inoltre, precisato che la Camera di appartenenza, investita da un Parlamentare della questione di insindacabilità, non può deliberare che le dichiarazioni rese da quel Parlamentare prima di essere eletto e qualificate come calunniose in sede penale, «costituiscono opinioni espresse da un membro del Parlamento nell'esercizio delle sue funzioni», come fatto dal Senato con deliberazione 10 gennaio 2017 su istanza del Sen. Albertini[3].

Ugualmente interessante è il conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato sollevato dal Tribunale di Torino in riferimento alla delibera della Camera del 22 dicembre 2005 con la quale era stata dichiarata l'insindacabilità delle dichiarazioni rese dall'On. Sandro Delmastro Delle Vedove di Alleanza Nazionale per le quali era sottoposto a procedimento penale per il reato di falso ai sensi degli artt. 48 e 479 c.p., in concorso con la giornalista Cristiana Lodi, perché:

---

[2] Corte Cost., sent. 20 giugno 2006, n. 286.

[3] Corte Cost., sent. 27 aprile 2021, n. 110.

a) l'Onorevole, nella sua qualità di membro del Parlamento, pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni, presentatosi il 10 agosto 2003 presso la Casa circondariale Le Vallette di Torino, dopo essersi qualificato e avere manifestato la propria intenzione di accedervi, aveva attestato falsamente ai pubblici ufficiali appartenenti alla Polizia penitenziaria, addetti al controllo degli accessi, che la persona in sua compagnia, Cristiana Lodi, era una propria collaboratrice;

b) la stessa Lodi aveva dichiarato falsamente di non esercitare la professione di giornalista (mentre invece era una giornalista professionista che, in tale veste, successivamente scrisse un articolo, pubblicato due giorni dopo su un quotidiano nazionale, relativo alle dichiarazioni che, proprio in occasione della visita, avrebbe a lei reso il detenuto Igor Marini);

c) entrambi avevano indotto in errore, ingannandoli, i pubblici ufficiali appartenenti alla Polizia penitenziaria addetti al controllo, alla registrazione e all'autorizzazione degli accessi, che così avevano registrato e consentito l'accesso di Cristiana Lodi sul presupposto, falsamente attestato dal Parlamentare e dalla giornalista, che quest'ultima fosse una collaboratrice del primo e che non si trattasse, invece, di una giornalista.

Ad avviso della Corte Costituzionale, la condotta contestata al Parlamentare, consistente nell'aver qualificato davanti all'autorità carceraria come collaboratrice la persona che lo accompagnava, in modo da farle ottenere l'accesso nell'istituto penitenziario senza autorizzazione previsto, dall'art. 67, comma 2, l. n. 354 del 1975, in favore di coloro che accompagnano il Parlamentare che vi accede per ragioni del suo ufficio, si è sostanziato, non nell'esprimere un'opinione nell'esercizio della funzione parlamentare, ma nell'attestare una circostanza di fatto non vera, comportamento che non può ritenersi coperto dalla prerogativa di cui all'art. 68 Cost., nonostante sia stato tenuto nell'esercizio dell'attività parlamentare di ispezione, rientrante nel catalogo degli atti parlamentari previsti dall'art. 3 della l. n. 140 del 2003 ai fini dell'applicazione della garanzia prevista da quella norma costituzionale[4].

[4] Corte Cost., sent. 23 ottobre 2007, n. 388, dove si richiamava la precedente sent. n. 286 del 2006.

2. *Il caso dei Parlamentari c.d. "pianisti"*

Una delle degenerazioni del parlamentarismo italiano è il fenomeno dei c.d. Parlamentari "pianisti" o "millemani", che, approfittando dei sistemi di votazione elettronica, si danno presenti ed esercitano il voto in sostituzione di colleghi assenti, finendo con l'alterare la maggioranza richiesta per la validità della seduta e per l'approvazione della deliberazione oggetto di votazione.

Il triste fenomeno è stato oggetto, in una sola occasione, di conflitto di attribuzione sollevato dalla Camera dei Deputati dopo che il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Roma aveva dichiarato la non applicabilità del comma 1 dell'art. 68 Cost. in relazione alle indagini svolte dalla locale Procura della Repubblica nei confronti di due Deputati della Lega Nord, Flavio Bonafini e Paolo Tagini, accusati di falsità ideologica commessa da pubblico ufficiale in atti pubblici, *ex* art. 479 c.p., e di sostituzione di persona, *ex* art. 494 c.p., per essersi falsamente attribuiti, durante la seduta della Camera del 16 febbraio 1995, la qualifica e l'identità di altri Parlamentari assenti, arrivando a votare al loro posto.

Secondo la Camera ricorrente, l'attività giudiziaria avrebbe leso l'attribuzione fatta dagli artt. 64 e 68 Cost., a ciascuna Camera di esercitare insindacabilmente l'attività legislativa anche per quanto concerne la valutazione del comportamento dei Parlamentari nel corso delle votazioni, sottraendo ad ogni controllo dell'autorità giudiziaria le attività disciplinate dai regolamenti parlamentari e le vicende concretizzantesi nello svolgimento delle votazioni, nell'accertamento e nella proclamazione dei relativi risultati.

La Corte adita, con la sentenza n. 379 del 1996, che si è in parte analizzata nelle pagine precedenti, ha statuito che non spetta all'autorità giudiziaria penale procedere nei confronti dei due Deputati per i reati di cui agli artt. 479 e 494 c.p., in riferimento ai comportamenti da loro realizzati nel corso della votazione, perché essi sono interamente definibili secondo il diritto parlamentare, e quindi non possono essere sottoposti a forme di tutela diverse da quelle stabilite dal regolamento parlamentare per il corretto svolgimento dei lavori parlamentari.

Ad avviso della Corte, i reati contestati ai sensi degli artt. 479 e 494 c.p. si riferiscono a beni che, nel caso contestato, sono di

competenza della Camera di appartenenza dei due Parlamentari inquisiti, alla quale spetta, in via esclusiva, non solo deliberare il regolamento parlamentare ma anche provvedere alla sua applicazione, pretenderne la sua osservanza da parte di ogni membro, ed irrogare le sanzioni interne previste per reprimere le violazioni accertate.

La Corte ha, infatti, rilevato che il falso ideologico contestato, consistendo nell'aver fatto risultare presenti e votanti membri in realtà assenti, riguarda beni di esclusiva spettanza dell'autonomia regolamentare parlamentare quali «le modalità del procedimento di votazione, la regolarità della seduta, la correttezza del computo dei Parlamentari presenti, la regolarità dei verbali, i poteri presidenziali di accertamento del voto e di proclamazione dei risultati (artt. da 46 a 62 del regolamento della Camera; artt. da 66 a 72 e da 107 a 120 del regolamento del Senato)». E ciò in quanto la tutela della fede pubblica tutelata dall'art. 479 c.p. è totalmente ricompresa nella valutazione «circa il corretto svolgimento dei lavori parlamentari, che solo la Camera è competente a compiere».

Per quanto concerne l'accusa di sostituzione di persona, che, secondo il Pubblico ministero romano, avrebbe tutelato, nel caso specifico, l'Onorevole sostituito dall'usurpazione del suo diritto di voto da parte di altri componenti della medesima Camera, il Giudice del conflitto di attribuzioni ha osservato che il potere di voto spetta al parlamentare non come singola persona ma come componente della Camera, con l'effetto che la tutela di tale potere non può spettare all'autorità giudiziaria, in quanto la garanzia dell'esercizio personale del voto da parte del Parlamentare deve essere predisposta dal regolamento parlamentare, la cui applicazione è insindacabilmente riservata alla Camera di appartenenza.

Per la Corte, allora, «l'insuscettibilità del diritto di voto in Parlamento e, più in generale, dei diritti connessi allo status di Parlamentare di esser sottoposti alla tutela dell'autorità giudiziaria ordinaria, civile o penale, è in ogni caso momento essenziale dell'equilibrio tra i poteri dello Stato voluto dalla Costituzione», in quanto nei fatti contestati dall'autorità giudiziaria non è rinvenibile alcun risvolto della concreta fattispecie che riguardi «beni o diritti che si sottraggano all'esaustiva capacità classificatoria del regolamento parlamen-

tare (come invece accadrebbe, ad esempio, in presenza di episodi di lesioni, minacce, furti ai danni di Parlamentari, corruzione, ecc.)», cosicché il comportamento tenuto dai membri della Camera accusati di essersi sostituiti ad altri colleghi nell'esercizio del voto «non può formare oggetto di attività inquisitiva del Pubblico ministero, né di accertamento da parte del Giudice».

Alla luce del complicato, più che complesso, ragionamento svolto, la Corte Costituzionale ha risolto il conflitto in senso favorevole alla Camera dei Deputati, escludendo ogni competenza in materia dell'autorità giudiziaria ordinaria in forza del principio di legalità costituzionale, al quale devono conformarsi i rapporti tra poteri pubblici e, nella specie, tra autorità giudiziaria e Parlamento.

Al contempo, la Corte, mostrandosi consapevole che la vicenda trattata incide su «beni costituzionali fondamentali per la democrazia, in relazione ai quali una troppo rigida accezione dell'autonomia parlamentare potrebbe essere ritenuta inappagante», si è preoccupata di segnalare agli organi parlamentari «che, nello Stato costituzionale nel quale viviamo, la congruità delle procedure di controllo, l'adeguatezza delle sanzioni regolamentari e la loro pronta applicazione nei casi più gravi di violazione del diritto parlamentare si impongono al Parlamento come problema, se non di legalità, certamente di conservazione della legittimazione degli istituti della autonomia che presidiano la sua libertà», per risolvere il quale la Corte ha caldeggiato la soluzione, prevista in altri ordinamenti, di rendere tutelabile lo statuto costituzionale dei Parlamentari davanti agli organi di giustizia costituzionale[5].

[5] Corte Cost., sent. 17 ottobre 1996, n. 379, dove, in particolare si è detto che «una simile prospettiva non si è ancora concretizzata nella esperienza del nostro ordinamento, anche se la giurisprudenza di questa Corte si è mostrata da sempre sensibile alle vicende che comportino la compressione dei diritti politici». Il riferimento è all'ordinamento spagnolo, dove, ai sensi dell'art. 71 Cost., l'insindacabilità è disciplinata secondo il criterio funzionale, prevedendosi la preventiva autorizzazione a procedere penalmente da parte della Camera di appartenenza, ma stabilendosi che, se la decisione della Camera competente è ritenuta lesiva dei diritti individuali delle persone, Parlamentari o meno, queste possono proporre ricorso al Tribunale costituzionale con il *recurso de amparo*, all'esito del quale il Tribunale può annullare la deliberazione della Camera. Si veda Mantini, *Buone regole per la "casta"*, cit., 59.

Si osserva che, a distanza di ventisei anni dall'importante decisione della Corte Costituzionale[6], che, con l'affermare l'esclusiva competenza di ciascuna Camera in materia, ha cercato di responsabilizzare maggiormente le due Camere nel reprimere l'uso distorto del diritto di voto, soltanto alla Camera dei Deputati è stato introdotto nel 2009 un sistema di rilevazione delle impronte digitali degli Onorevoli, che permette a ciascuno di loro di esprimere un solo voto in sede di deliberazione: tale sistema, però, ha avuto sino ad oggi uno scarso impiego, perché è stato istituito su base volontaria, così che la maggioranza degli Onorevoli non vi ha aderito.

Pertanto, ad oggi, né il regolamento della Camera dei Deputati, modificato l'ultima volta il 7 luglio 2009; né quello del Senato della Repubblica, modificato l'ultima volta il 21 novembre 2012, prevedono norme specificamente rivolte a contrastare la piaga dei c.d. Parlamentari "pianisti", che utilizzano in modo scorretto i sistemi di voto elettronico per votare in sostituzione dei colleghi assenti, distorcendo gli esiti delle votazioni.

Si ricorda che nell'ordinamento italiano il principio della personalità del voto di ciascun membro del Parlamento è sancito da due norme costituzionali, gli artt. 64, comma 3, e 94, comma 2, Cost., che la Corte Costituzionale non ha tenuto in alcuna considerazione nella sentenza sopra citata, dove è arrivata a dire che «la garanzia che il voto sia esercitato personalmente deve essere apprestata dai regolamenti parlamentari, l'applicazione dei quali è insindacabilmente riservata alle Camere», così da escludere «che la tutela di tale diritto spetti all'autorità giudiziaria».

A differenza di quanto affermato dalla Corte, è l'art. 64, comma 3, Cost., a stabilire che «le deliberazioni di ciascuna Camera e del

---

[6] Manetti, *L'insostenibile pubblicità dei lavori parlamentari (a proposito dei pianisti)*, in *Riv. AIC*, 2002, 1/3, 2, ha rilevato che tale sentenza «mostra oggi tutta la sua miopia» nell'aver rifondato consapevolmente «nei termini dell'alternativa tra legalità-giurisdizione e autonomia delle Camere» la dottrina degli *interna corporis*, che risale agli albori del parlamentarismo, per applicarla al fenomeno dei Parlamentari pianisti, che andrebbe represso mediante l'introduzione del voto tramite rilevamento delle impronte digitali o, «in mancanza, con la dichiarazione di incostituzionalità delle leggi viziate», apparendogli però incongrua «l'incriminazione dei pianisti a norma del codice penale, che sembra voler piegare ad un "uso alternativo" disposizioni aventi tutt'altra natura e funzione».

Parlamento non sono valide se non è presente la maggioranza dei loro componenti, e se non sono adottate a maggioranza dei presenti, salvo che la Costituzione prescriva una maggioranza speciale», in modo da imporre chiaramente che ogni deliberazione parlamentare, per essere valida, deve essere il prodotto di una votazione effettuata con la partecipazione diretta della maggioranza dei componenti della Camera interessata, e con l'espressione personale del voto da parte di ciascuno dei presenti[7].

A sua volta l'art. 94, comma 2, Cost., ancor più esplicitamente, stabilisce che ciascuna Camera accorda o revoca la fiducia al Governo «mediante mozione motivata votata per appello nominale»[8].

Ebbene, a fronte delle due inequivocabili norme costituzionali, i regolamenti parlamentari, adottati rispettivamente dalla Camera dei deputati e dal Senato della Repubblica, non contengono, ovviamente, alcuna previsione che consenta la delega del voto.

Da ciò ne consegue che sostituirsi nel voto altrui è un comportamento assolutamente vietato dalla Costituzione, in rapporto al quale la Camera interessata al fatto non può far valere, a differenza di quanto sostenuto dalla Corte Costituzionale, «alcuna potestà interpretativa e/o limitativa, né rispetto alla ricordata disciplina costituzionale, che presuppone la personalità del voto, né rispetto al principio generale secondo il quale una funzione pubblica non può essere delegata, in mancanza di una previsione espressa»[9].

Per la violazione del principio costituzionale della personalità del voto, basilare per il corretto esercizio delle funzioni legislative, i

---

[7] Si veda Corte Cost. sent. 22 novembre 1983-29 marzo 1984, n. 78, secondo cui «comprendere gli astenuti tra i votanti ai fini della validità delle deliberazioni, come secondo antica e consolidata "pratica" accade in Senato – il cui art. 107.1, peraltro, recita che "ogni deliberazione" è presa a maggioranza dei Senatori che partecipano alla votazione» – ovvero escluderli, come dispone il regolamento della Camera, sono interpretazioni ed attuazioni senza dubbio diverse dell'art. 64, comma 3, Cost., che hanno piena spiegazione» nella reciproca autonomia normativa propria di ciascuna Camera.

[8] Manetti, *Non sparate sui pianisti. La delega del voto in Parlamento e la rinascita degli interna corporis*, cit., 3462. Così pure Petrangeli, *Il Deputato che vota sostituendosi a un collega assente: una delicata questione tra sindacabilità giurisdizionale ed esercizio delle funzioni parlamentari*, in *Giur. cost.*, 1996, n. 6, 3475 ss.

[9] Manetti, *Non sparate sui pianisti. La delega del voto in Parlamento e la rinascita degli "interna corporis"*, cit., 3463.

Parlamentari c.d. "pianisti", per effetto della lassista sentenza della Corte Costituzionale, sono, tuttora, sanzionati, esclusivamente facendo richiamo ai regolamenti parlamentari nella parte in cui reprimono, in modo, però, del tutto generico, il comportamento che turba l'ordine della seduta (artt. 59 e 60 reg. Cam., 66 e 67 reg. Sen.), al più con l'interdizione di partecipare ai lavori, disposta dal Presidente, per un massimo di quindici giorni di seduta alla Camera (art. 60 reg. Camera) e di dieci giorni di seduta al Senato (art. 67 reg. Senato)[10].

Tali sanzioni, tuttavia, sono ben misere rispetto alle pene previste per tutti gli altri pubblici ufficiali che si rendano responsabili di fatti simili, che nell'ordinamento comune costituiscono reato.

Ad esempio, il Consigliere comunale del più piccolo Comune d'Italia, che si sostituisse ad un collega nella votazione di una deliberazione comunale, di certo intrinsecamente meno rilevante di una deliberazione parlamentare, risponderebbe sia del reato di sostituzione di persona, *ex* art. 494 c.p., aggravato, *ex* art. 61 n. 9 c.p., dall'abuso dei poteri di pubblico ufficiale, punito con la reclusione fino ad un anno, oltre all'aumento di un terzo della pena per la circostanza aggravante; sia del reato di falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici, ai sensi dell'art. 479 c.p., punito con la reclusione da uno a sei anni.

La grave disparità di trattamento che si viene a creare per fatti del tutto simili all'interno della categoria dei pubblici ufficiali permette di comprendere come il Giudice dei conflitti abbia tutelato l'autonomia parlamentare a scapito del principio costituzionale di uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, in questo caso penale, sino al punto di trasformare l'insindacabilità dei Parlamentari per i voti dati in un ingiustificato privilegio comprendente, perfino, il voto dato per altri in aperto contrasto con l'art. 64, comma 3, Cost.

Tenendo ben presente la grave differenza di trattamento che la sentenza ha creato tra i Parlamentari e gli altri pubblici ufficiali definiti dal medesimo art. 357 c.p., si può meglio comprendere co-

[10] Petrangeli, *Il Deputato che vota sostituendosi a un collega assente: una delicata questione tra sindacabilità giurisdizionale ed esercizio delle funzioni parlamentari*, cit., 3478.

me il ragionamento svolto, in modo un po' bizantino, dalla Corte Costituzionale, in tema di equilibrio tra autonomia parlamentare e giurisdizione, presenta il grave limite di non prestare la dovuta attenzione alla circostanza che può spesso accadere che l'alterazione del procedimento di formazione della volontà parlamentare, determinata dall'esercizio fraudolento del diritto di voto in nome di altri Parlamentari assenti, non produce effetti negativi solo sul bene del corretto svolgimento dei lavori Parlamentari, rimesso, ai sensi degli artt. 64, comma 1, e 72 Cost., alla tutela dell'autonomia di ciascuna Camera; ma può riverberarsi sul contenuto dell'atto parlamentare in tal modo formato e destinato a produrre effetti sulla comunità nazionale alla quale quell'atto il più delle volte è destinato, direttamente o indirettamente.

Si pensi al caso in cui l'approvazione dell'atto legislativo sia stata determinata proprio dal voto espresso in modo fraudolento, che va ad incidere sulla disciplina dei rapporti sociali esterni all'Assemblea parlamentare[11], così da presentare, senza alcun dubbio, aspetti che esulano «dalla capacità classificatoria del regolamento parlamentare», per i quali non è «per intero sussumibile sotto la disciplina di questo», coinvolgendo beni che appartengono a terzi, quale, in primo luogo, l'interesse della comunità nazionale al corretto espletamento delle funzioni parlamentari, per la cui tutela «deve prevalere la "grande regola" dello Stato di diritto ed il conseguente regime giurisdizionale al quale sono normalmente sottoposti, nel nostro sistema costituzionale, tutti i beni giuridici e tutti i diritti (artt. 24, 112 e 113 Cost.)», giusto per parafrasare la stessa sentenza n. 379 qui criticata.

Appare, infatti, evidente che il voto espresso in modo scorretto dal collega diverso dal titolare apparente realizza un tipo di abuso che offende radicalmente l'assetto della democrazia parlamentare voluto espressamente dalla Costituzione, nel quale la sacralità della

[11] Anche Onida, Gorlero, *Compendio di diritto costituzionale*, cit., 199 ss., hanno criticato la sentenza n. 379 del 1996 per aver riconosciuto l'insindacabilità anche in relazione a comportamenti che «pregiudicano il corretto svolgimento dei lavori delle Camere attraverso la falsa attestazione di identità e la sostituzione nel voto dei parlamentari assenti».

legge, come detto da Kelsen[12], è il frutto di un procedimento legittimante, nel quale il voto è l'effetto della partecipazione alla discussione e il presupposto della assunzione di responsabilità politica da parte di ciascun Parlamentare, e non la conseguenza «di un rituale vuoto o ripetitivo»[13].

Sembra, perciò, davvero una contraddizione in termini il ragionamento della Corte Costituzionale che, per preservare in maniera esasperata l'autonomia parlamentare, arriva ad applicare l'immunità sancita dal comma 1 dell'art. 68 Cost., non per l'esercizio corretto del voto personale da parte del singolo Parlamentare, bensì per l'esercizio del voto effettuato in modo fraudolento per conto di altri colleghi assenti[14].

Così ragionando, la Corte Costituzionale non si è avveduta che tale comportamento è realizzato in aperta violazione dell'art. 54 Cost., che impone che le funzioni pubbliche, tra le quali pure quella legislativa, siano adempiute dagli agenti pubblici con disciplina ed onore, nel rispetto *in primis* della Costituzione, che stabilisce, come si è appena visto, il principio indefettibile che il voto deve essere personalmente espresso da ciascun Parlamentare per il corretto sviluppo della dialettica democratica parlamentare[15].

Sarebbe, allora, auspicabile che in materia, per reprimere efficacemente il fenomeno dei c.d. Parlamentari "pianisti", che offendono

---

[12] Kelsen, *Il problema del Parlamentarismo*, trad. it. in *Il primato del Parlamento*, Milano, Giuffrè, 1981, 193 ss.

[13] Manetti, *Non sparate sui pianisti. La delega del voto in Parlamento e la rinascita degli interna corporis*, in *Giur. cost.*, 1996, n. 6, 3460 ss. ha ricordato come nell'ordinamento francese la delega del voto è prevista dalla Costituzione come eccezione al principio della personalità del voto all'art. 27, comma 2 e 3, e «si è trasformata molto rapidamente in evento normale, dimostrando la sua funzionalità alle esigenze di un'Assemblea organizzata in gruppi disciplinati, e rispettosa della divisione dei compiti tra maggioranza e opposizione».

[14] Petrangeli, *Il Deputato che vota sostituendosi a un collega assente: una delicata questione tra sindacabilità giurisdizionale ed esercizio delle funzioni parlamentari*, cit., 3480, ha evidenziato che la sostituzione nel voto è un comportamento che «attiene all'esercizio, illegittimo, di un diritto altrui», come tale non coperto dall'immunità di cui al comma 1 dell'art. 68 Cost.

[15] Così pure Manetti, *Non sparate sui pianisti. La delega del voto in Parlamento e la rinascita degli interna corporis*, cit., 3467, per la quale «il voto al posto di un altro non costituisce esercizio del diritto di voto, ma mero comportamento materiale, esulante dalle "proprie" funzioni.

gravemente lo svolgimento delle funzioni parlamentari, dirette alla realizzazione ed alla salvaguardia degli interessi generali della comunità nazionale, il potere politico si preoccupasse di autoriformarsi in una duplice direzione.

Da un lato, ciascuna Camera, a maggioranza assoluta, potrebbe effettuare una adeguata riforma del proprio regolamento interno tesa ad impedire e reprimere efficacemente l'aberrante fenomeno[16], rendendo obbligatorio il sistema di rilevazione delle impronte digitali di ciascun Parlamentare per registrare individualmente la presenza in aula e l'esercizio del voto.

Dall'altro lato, il legislatore, per meglio tutelare il valore costituzionale della personalità del voto parlamentare, potrebbe elaborare una specifica fattispecie penale per reprimere adeguatamente il comportamento del Parlamentare indebitamente votante per altri, quando il fatto abbia prodotto effetti rilevanti sull'approvazione di un atto parlamentare diretto ad incidere su rapporti esterni alla Camera interessata, subordinandone, però, la perseguibilità all'autorizzazione dell'Assemblea in modo da preservarne l'autonomia. E ciò sull'esempio di quanto previsto dall'art. 313, comma 3, c.p., che stabilisce che «per il delitto preveduto dall'art. 290, quando è commesso contro le Assemblee legislative o una di queste, non si può procedere senza l'autorizzazione dell'Assemblea, contro la quale il vilipendio è diretto».

Il prestigio delle Assemblee parlamentari, difatti, ha bisogno, come autorevolmente osservato in dottrina, della determinazione sostanzialmente discrezionale dell'organo titolare dell'interesse leso, «assunta sulla base di valutazioni di opportunità politica», che dovrebbero condurre a negare l'autorizzazione a procedere «quando l'effettivo svolgimento del processo recherebbe» al bene protetto «un'offesa più grave di quella già ricevuta»[17].

---

[16] Secondo quella linea di rafforzamento nei regolamenti parlamentari delle procedure di controllo e delle sanzioni da applicare per le loro violazioni, sostenuta da Ciaurro, *Costituzione e diritto parlamentare: un rapporto double face*, cit., 50 ss.

[17] Così Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996, 196 ss.

3. *I casi di opinioni offensive espresse* extra moenia

Numerosi sono i casi di dichiarazioni rese da membri del Parlamento in ambiti diversi da quello in cui rigorosamente si svolge l'attività parlamentare in senso stretto, che si rivelano avere un contenuto di vilipendio delle istituzioni o di diffamazione nei confronti di soggetti terzi, talora accadendo che il Parlamentare arrivi a precostituirsi la scusante adottando atti di iniziativa parlamentare che riproducono anticipatamente lo stesso contenuto offensivo delle dichiarazioni diffuse sui mass-media.

A tal proposito si ricorda che sia l'art. 146 del regolamento del Senato che l'art. 139 *bis* del regolamento della Camera prevedono che il Presidente dell'Assemblea, ai fini della pubblicazione di mozioni, interpellanze e interrogazioni, ha il potere: – di verificare che il contenuto di tali atti sia riconducibile al tipo di strumento presentato; – di controllare l'ammissibilità di tali atti con riguardo tanto alla coerenza fra le varie parti dei documenti, alla competenza e alla connessa responsabilità propria del Governo nei confronti del Parlamento, quanto alla tutela della sfera personale e dell'onorabilità dei singoli e del prestigio delle istituzioni; – di disporre la non pubblicazione degli atti contenenti «espressioni sconvenienti»[18].

Le disposizioni dei regolamenti parlamentari, tuttavia, non sono state in grado di evitare il sorgere di molteplici conflitti di attribuzione tra l'autorità giudiziaria ordinaria, che intendeva perseguire il Parlamentare accusato di aver vilipeso le istituzioni o di aver diffa-

[18] Cfr. Corte Cost., sent. 30 settembre 2003, n. 379. Per un commento alla sentenza Furno, *L'insindacabilità parlamentare*, cit., 246. Si ricorda che Vassalli, *Punti interrogativi sulla estensione della irresponsabilità dei membri del parlamento*, cit., 199, ha ritenuto molto importante, allo stato attuale della legislazione italiana, che le Presidenze delle Camere «esercitino con la più grande attenzione il controllo che ad esse spetta circa la ricevibilità delle interrogazioni e delle interpellanze e il potere di censurarle, vuoi in relazione alla loro sconvenienza, vuoi in relazione all'esorbitanza delle stesse dai limiti che sono ad esse assegnati dai regolamenti». Così, pure, Giupponi, *I limiti dell'insindacabilità parlamentare nelle sentt. 59 e 133 del 2018. La Corte costituzionale ancora tra forma e sostanza in vista di una svolta dai confini incerti*, cit., 3 ss., che ha ricordato che i regolamenti parlamentari contengono «previsioni che vietano l'utilizzo di un linguaggio sconveniente durante la discussione parlamentare, il cui rispetto è assicurato dalle prerogative del Presidente e dalle ordinarie sanzioni disciplinari».

mato taluno con scritti o discorsi fatti al di fuori di atti parlamentari in senso stretto; e la Camera di appartenenza che, invece, opponeva l'insindacabilità *ex* art. 68, comma 1, Cost. di quelle opinioni perché espresse in un contesto politico.

Nel risolvere tali conflitti la Corte Costituzionale ha ripetutamente ribadito:

1. che «l'uso del turpiloquio non fa parte del modo di esercizio delle funzioni parlamentari ammesso dalle norme che dall'art. 64 Cost. traggono la competenza a disciplinare in modo esclusivo l'ordinamento interno delle Camere del Parlamento»[19];

2. che l'immunità parlamentare di cui all'art. 68, comma 1, Cost. non può essere interpretata in modo talmente estensivo da ricomprendere gli insulti o le minacce, che di per sé non sono riconducibili alla nozione di opinioni contemplata dalla norma costituzionale, come, invece, affermato dalle Camere sull'assunto che essi sono collegati con le "battaglie" condotte da esponenti parlamentari in favore delle loro tesi politiche[20];

---

[19] Corte Cost., sent. 6 giugno 2006, n. 249, ha tratto la conseguenza che «A fortiori, le stesse espressioni non possono essere ritenute esercizio della funzione parlamentare quando usate al di fuori delle Camere stesse», a proposito delle dichiarazioni rese durante una manifestazione indetta dalla Lega Nord a Cabiate dal Deputato Umberto Bossi di quel partito, accusato del reato p.p. dall'art. 292 c.p., per aver detto «quando io vedo il tricolore, mi incazzo; il tricolore lo uso soltanto per pulirmi il culo», criticando le disposizioni in materia di esposizione della bandiera italiana con l'espressione «con il tricolore, ci si possono pulire il culo». La Corte aveva, perciò, annullato la deliberazione 23 gennaio 2002 della Camera dei deputati di insindacabilità *ex* art. 68, comma 1, c.p.

[20] Corte Cost., sent. 18 dicembre 2001-15 marzo 2002, n. 51, a proposito delle espressioni minacciose proferite dal Deputato Borghezio della Lega Nord nei confronti di un Segretario comunale; Corte Cost., sent. 9 gennaio 2018, n. 59, a proposito delle dichiarazioni rese dal Sen. Roberto Calderoli della Lega Nord durante un comizio nel quale giunse a dire che l'On. Kyenge sarebbe stata un ottimo Ministro in Congo, avendo «sembianze di orango». Così pure Corte Cost., sent. 6 febbraio 2001, n. 137, che ha ritenuto non coperte dalla guarentigia dell'insindacabilità gli insulti «fascisti, mafiosi, Pinochet» pronunciati dai Deputati della Lega Nord Roberto Maroni, Umberto Bossi, Davide Carlo Caparini, Piergiorgio Martinelli e Roberto Calderoli durante la perquisizione effettuata nei locali della sede di Milano della Lega Nord nei confronti del personale della polizia giudiziaria operante, nel corso della quale, come si è sopra visto, insieme al collega Borghezio, opposero anche resistenza a pubblico ufficiale. Nello stesso senso pure Corte Cost., sent. 21 maggio 2002, n. 421. L'orientamento della Corte è condiviso da Pace, *Davvero insindacabili ex art. 68 Cost., le espressioni diffamatorie per i "modi usati"?*, in

3. che le condotte c.d. "esterne" rispetto all'attività parlamentare tipica possono godere della garanzia della insindacabilità, di cui al comma 1 dell'art. 68 Cost., solo se risultino rigorosamente riconducibili alle specifiche e "qualificate" attribuzioni parlamentari[21], non potendosi accettare un generico collegamento ad un contesto politico non meglio determinabile e staccato da concreti ed individuati atti parlamentari[22].

Secondo la Corte, per evitare di trasformare l'insindacabilità da immunità funzionale a immunità sostanzialmente personale, a vantaggio di chi sia stato eletto membro del Parlamento, si deve interpretare il comma 1 dell'art. 68 Cost. nel senso che, tra la dichiarazione divulgativa *extra moenia* accusata di essere diffamatoria e l'attività parlamentare propriamente intesa, vi deve essere una correlazione funzionale, consistente nella sostanziale contestualità tra la dichiarazione oggetto di contestazione e la funzione espletata, in modo da identificare la dichiarazione in questione come manifestazione della attività parlamentare.

E ciò per la ragione che la garanzia dell'insindacabilità opera soltanto in relazione alle opinioni riconducibili "all'esercizio" delle funzioni parlamentari e non a quelle più semplicemente espresse "in occasione" o "a causa" delle funzioni stesse[23], non assumendo rilievo né gli atti interni realizzati dal Parlamentare in data posteriore alle

---

Giur. cost., 2002, 759, che ha posto in rilievo che «un'espressione che sia diffamatoria per i modi usati non rientra mai nella garanzia costituzionale ancorché formalizzata in un atto parlamentare, e ciò per il semplice fatto che l'offesa "per i modi usati" non è, per definizione, proprio perché gratuita), mai funzionale ai compiti di un Parlamentare»; Romboli, *Le "parole della politica" e l'insindacabilità parlamentare*, in *Giur. cost.*, 2004, 1220 ss.; Furno, *L'insindacabilità parlamentare*, cit., 193 ss.; Veronesi, *I Parlamentari. Profili costituzionali*, in Aa.Vv., *Immunità politiche e giustizia penale*, cit., 119 ss.; Scaccia, *Spunti per una ridefinizione del "nesso funzionale" in tema di insindacabilità parlamentare*, cit., 11; Arena, *L'insindacabilità delle opinioni rese dal Parlamentare. (Minime riflessioni a partire dalla lettura della sent. n. 59 del 2018)*, in *Riv. AIC*, 2018, 3, 27 ss.

[21] Corte Cost., sent. 8 aprile 2014, n. 115.

[22] Corte Cost., sent. 6 febbraio 2001, n. 137.

[23] Corte Cost., sent. 8 aprile 2014-2014, n. 115, che richiama le precedenti sentt. nn. 10 del 2000, 82 del 2011, 39 del 2012, 305 e 313 del 2013 e 55 del 2014. Nello stesso senso Corte Cost., 12 ottobre 2004, n. 347.

dichiarazioni oggetto di contestazione in sede giudiziaria[24], in quanto l'art. 68, comma 1, Cost. fa riferimento alle opinioni già espresse ed ai voti già dati[25]; né gli atti interni attribuibili ad altri Parlamentari[26].

In modo molto puntuale, la Corte ha evidenziato che la linea di demarcazione, da un lato, tra la protezione dell'autonomia e della libertà delle Camere, intesa anche come libertà di espressione dei loro membri; e dall'altro lato, la difesa dei diritti e degli interessi, costituzionalmente protetti, suscettibili di essere lesi dall'espressione di opinioni da parte dei Parlamentari, è fissata dalla Costituzione attraverso la delimitazione funzionale dell'ambito della prerogativa.

Senza questa delimitazione, l'applicazione della prerogativa si trasformerebbe in un privilegio personale, arrivando a conferire ai Parlamentari una specie di statuto personale di favore quanto all'ambito e ai limiti della loro libertà di manifestazione del pensiero, che inevitabilmente provocherebbe delle distorsioni anche sul principio di eguaglianza e di parità di opportunità fra cittadini nella dialettica politica.

Per non vanificare tale delimitazione, non si può arrivare a definire la "funzione" del Parlamentare in modo così ampio e generico da ricomprendervi l'attività politica che egli svolga in qualsiasi sede, e nella quale la sua qualità di membro delle Camere sia irrilevante. Infatti, nel linguaggio e nel sistema della Costituzione, le "funzioni" riferite agli organi non indicano generiche finalità da perseguire, ma riguardano ambiti e modi giuridicamente definiti anche in relazione

---

[24] Corte Cost., sent. 6 giugno 2006, n. 260; Corte Cost., sent. 20 giugno 2006, n. 286; Corte Cost., sent. 11 dicembre 2007-21 febbraio 2008, n. 28. Lippolis, *Le immunità penali dei Parlamentari in Italia*, cit., 84.

[25] Cfr., Corte Cost., sent. 9 novembre 1999-17 gennaio 2000, n. 10, ripresa da Furno, *L'insindacabilità parlamentare*, cit., 261.

[26] Corte Cost., sent. 20 giugno 2006, n. 286; Corte Cost., sent. 23 febbraio 2011, n. 98. Lippolis, *Le immunità penali dei Parlamentari in Italia*, cit., 84.

Tale orientamento è stato, però, criticato da Martinelli, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato*, cit., 20, sostenendo che le funzioni parlamentari "sono concretizzate" da parte di ciascun Parlamentare «con atti posti in essere da singoli o da gruppi di Parlamentari, ma per dar corpo ed esercitare funzioni che appartengono alle Assemblee rappresentative. Il "loro" va quindi letto in senso collettivo perché unitaria è la soggettività del potere attribuito dalla Costituzione». Così pure Zanon, *L'insindacabilità "di gruppo" e le oscillazioni della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2005, 1717 ss.

alla funzione parlamentare, pur essendo questa connotata da un carattere non "specializzato"[27].

Il Giudice dei conflitti di attribuzione, in particolare, ha ripetutamente precisato che per poter configurare il nesso funzionale rilevante per poter addurre la sussistenza dell'insindacabilità è necessario che sia dedotto un atto parlamentare personalmente attribuibile all'attività funzionale svolta dal Parlamentare accusato per le dichiarazioni rese all'esterno.

Nonostante il contrario avviso delle Camere, che hanno sollecitato la revisione della giurisprudenza costituzionale attestatasi nell'escludere l'utilizzazione degli atti posti in essere da altri componenti della Camera di appartenenza, anche dello stesso Gruppo parlamentare, la Corte ha ribadito, con fermezza, che il controllo sulla sussistenza del nesso funzionale tra le dichiarazioni esterne e quelle rese nell'esercizio delle funzioni parlamentari deve essere effettuato in relazione alla stessa persona, non potendosi configurare «una sorta di insindacabilità di gruppo» assistita dalla garanzia costituzionale prevista dall'art. 68, comma 1, della Costituzione.

Per la Corte, la correlazione biunivoca che deve esistere tra l'attività divulgativa e l'esercizio delle funzioni parlamentari, presuppone logicamente l'identità soggettiva in capo al titolare del relativo ufficio pubblico, perché, ragionando diversamente, si finirebbe con il far assumere ad una prerogativa riconosciuta in vista dello svolgimento di una funzione i connotati tipici di una non consentita immunità soggettiva[28].

Per poter configurare il nesso funzionale, ad avviso della Corte Costituzionale, devono concorrere due requisiti:

I) una connessione temporale fra l'attività parlamentare in senso stretto svolta e l'attività divulgativa esterna realizzata, in modo tale che questa venga ad assumere una finalità di pubblicizzazione di quella[29];

---

[27] Corte Cost., sent. 9 novembre 1999-17 gennaio 2000, n. 10, dove si richiamano le sentt. n. 148 del 1983 e n. 375 del 1997.

[28] Corte Cost., sent. 19 aprile 2011, n. 194, che richiama Corte Cost., sent. 3 luglio 2007, 304; Corte Cost., sent. 11 dicembre 2007-21 febbraio 2008, n. 28. Si vedano pure Corte Cost., sent. 22 novembre 2011, n. 334; Corte Cost., sent. 10 gennaio 2012, n. 39.

[29] Corte Cost., sent. 10 gennaio 2012, n. 39.

II) una sostanziale coincidenza di significato tra le opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni e gli atti esterni, al di là delle formule letterali usate[30], non essendo sufficiente né una semplice comunanza di argomenti[31]; né un mero "contesto politico" entro cui

[30] Corte Cost., sent. 22 novembre 2011, n. 333.

[31] Corte Cost., sent. 9 novembre 1999-17 gennaio 2000, n. 10, ha osservato «che la semplice comunanza di argomento fra la dichiarazione che si pretende lesiva e le opinioni espresse dal Deputato o dal Senatore in sede parlamentare non può bastare a fondare l'estensione alla prima della immunità che copre le seconde. Tanto meno può bastare a tal fine la ricorrenza di un contesto genericamente politico in cui la dichiarazione si inserisca. Siffatto tipo di collegamenti non può valere di per sé a conferire carattere di attività parlamentare a manifestazioni di opinioni che siano oggettivamente ad essa estranee. Sarebbe, oltre tutto, contraddittorio da un lato negare come è inevitabile negare – che di per sé l'espressione di opinioni nelle più diverse sedi pubbliche costituisca esercizio di funzione parlamentare, e dall'altro lato ammettere che essa invece acquisti tale carattere e valore in forza di generici collegamenti contenutistici con attività parlamentari svolte dallo stesso membro delle Camere. – In questo senso va precisato il significato del "nesso funzionale" che deve riscontrarsi, per poter ritenere l'insindacabilità, tra la dichiarazione e l'attività parlamentare. Non cioè come semplice collegamento di argomento o di contesto fra attività parlamentare e dichiarazione, ma come identificabilità della dichiarazione stessa quale espressione di attività parlamentare».

Sulla stessa linea, Corte Cost., sent. 9 novembre 1999-17 gennaio 2000, n. 11, ha, affermato che «…si debbono […] ritenere, in linea di principio, sindacabili tutte quelle dichiarazioni, che fuoriescono dal campo applicativo del "diritto parlamentare" e che non siano immediatamente collegabili con specifiche forme di esercizio di funzioni parlamentari, anche se siano caratterizzate da un asserito "contesto politico" o ritenute, per il contenuto delle espressioni o per il destinatario o la sede in cui sono state rese, manifestazione di sindacato ispettivo. Questa forma di controllo politico rimessa al singolo parlamentare può infatti aver rilievo, nei giudizi in oggetto, soltanto se si esplica come funzione parlamentare, attraverso atti e procedure specificamente previsti dai regolamenti parlamentari. – Se dunque l'immunità copre il membro del Parlamento per il contenuto delle proprie dichiarazioni soltanto se concorre il contesto funzionale, il problema specifico, che non appare irrilevante in questo conflitto, della riproduzione all'esterno degli organi parlamentari di dichiarazioni già rese nell'esercizio di funzioni parlamentari si può risolvere nel senso dell'insindacabilità solo ove sia riscontrabile corrispondenza sostanziale di contenuti con l'atto parlamentare, non essendo sufficiente a questo riguardo una mera comunanza di tematiche».

Per un commento a tali sentenze: Pace, *L'art. 68 comma 1 Cost. e la "svolta" interpretativa della Corte costituzionale nelle sentenze nn. 10 e 11 del 2000,* in *Giur. cost.*, 2000, 85 ss.; Veronesi, *Per essere insindacabili fuori dalle Camere occorre "l'identità sostanziale" dei contenuti*, in *Dir. Giust.*, 2000, n. 3, 20 ss. Successivamente è intervenuta Corte Cost., 1 novembre 2022, n. 241, «per ravvisare un nesso funzionale tra le dichiarazioni rese *extra moenia* da un Parlamentare e l'espletamento delle funzioni – al quale è subordinata la prerogativa dell'insindacabi-

le dichiarazioni *extra moenia* possano collocarsi[32]; né il riferimento alla generica attività parlamentare o l'inerenza a temi di rilievo generale, seppur dibattuti in Parlamento[33]; né, infine, un generico collegamento tematico o una corrispondenza contenutistica parziale[34].

La Corte è ferma nel sostenere che solo questa lettura delle norme costituzionali consente di superare le censure mosse più volte all'Italia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo[35].

Questa, difatti, sul tema dei rapporti tra insindacabilità delle opinioni dei Parlamentari ed il configgente diritto di accesso ad un Tribunale da parte del privato che si assuma offeso da quelle opinioni (*ex* art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, resa esecutiva in Italia con l. n. 848 del 1955), ha stabilito che non si può «giustificare un rifiuto di accesso alla giustizia per il solo fatto che la disputa potrebbe essere di natura politica oppure connessa ad un'attività politica», in quanto fuoriesce dalla garanzia della insindacabilità il comportamento che non sia connesso «all'esercizio delle funzioni parlamentari» intese in senso stretto[36].

---

lità di cui all'art. 68, primo comma, Cost. – è necessario che le stesse possano essere riconosciute come espressione dell'esercizio di attività parlamentare […], vale a dire che assumano carattere divulgativo di quanto riconducibile a quest'ultima…».

[32] Corte Cost., sent. 5 giugno 2012, n. 205.

[33] Corte Cost., sent. 23 febbraio 2011, n. 98.

[34] Corte Cost., sent. 23 novembre 2011, n. 334; Corte Cost., sent. 12 dicembre 2013, n. 305, che ha ritenuto che le dichiarazioni *extra moenia* dell'On. G., per le quali era stata proposta azione civile risarcitoria da parte di L.S. non erano coperte dall'insindacabilità di cui all'art. 68 Cost. Così pure: Corte Cost., sent. 10 gennaio 2012, n. 39; Corte Cost., sent. 20 novembre 2013-12 dicembre 2013, n. 305; Corte Cost., sent. 8 luglio 2014, n. 221; Corte Cost., sent. 9 giugno 2015, n. 144; Corte Cost., sent. 6 febbraio 2018, n. 133, dove si è detto che non è «da escludere, in astratto, che nel sistema costituzionale italiano l'insindacabilità possa coprire anche dichiarazioni rese *extra moenia*, non necessariamente connesse ad atti parlamentari, ma per le quali si ritenga nondimeno sussistente un evidente e qualificato nesso con l'esercizio della funzione parlamentare».

[35] Compagna, *Illecito penale ed insindacabilità parlamentare*, cit., 92 ss.; Martinelli, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato*, cit., 81 ss.; Lippolis, *Le immunità penali dei Parlamentari in Italia*, in Fumu, Volpi (a cura di), *Le immunità penali della politica*, cit., 86.

[36] Corte Cost., sent. 8 aprile 2014, n. 115, che cita: sent. 30 gennaio 2003, Cordova contro Italia, ricorso n. 45649/99; sent. 30 gennaio 2002, Cordova contro Italia, ricorso n. 40877/98; sent. 24 febbraio 2009, CGIL e Cofferati contro Italia, ricorso n. 46967/07. In dottrina si ricorda che Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, Cedam, 1990, 401, ha osservato che il supera-

Attenendosi, allora, alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, per la quale l'insindacabilità può essere riconosciuta solo quando vi sia un "legame evidente" tra la dichiarazione in ipotesi lesiva dei diritti di terzi e l'esercizio della funzione tipica del Parlamentare, la Corte Costituzionale ha posto in evidenza che l'esame inerente al nesso funzionale tra gli atti parlamentari interni, tipici o atipici, e le opinioni espresse all'esterno della sede parlamentare per diffondere i primi, deve sempre essere svolto in modi "particolarmente rigorosi" secondo il parametro della "corrispondenza sostanziale", per il quale la dichiarazione accusata di avere contenuto diffamatorio o comunque lesivo delle posizioni giuridiche di terzi deve essere la diretta espressione di atti propri della funzione parlamentare[37].

Sulla base di questi ragionamenti, la Corte Costituzionale ha più volte annullato le delibere di insindacabilità adottate dalle Camere di appartenenza dei Parlamentari accusati di aver diffamato terzi, respingendo la tesi, sostenuta dalla difesa dell'organo legislativo in conflitto con l'autorità giudiziaria, che il nesso funzionale sia sussistente nelle molteplici occasioni nelle quali il Parlamentare per motivi politici decida di raggiungere la comunità dei cittadini per illustrare la propria posizione anche critica dell'operato altrui, sul rilievo che tale tesi non è compatibile con l'assetto costituzionale per l'estrema indeterminatezza dei termini e dei concetti impiegati[38], dovendosi in ogni caso preservare la riserva di giurisdizione avente ad oggetto la verifica della sussistenza o meno del diritto di critica politica eventualmente esercitato dal

---

mento da parte del Parlamentare dei limiti generalmente previsti alla libera manifestazione del pensiero è consentito dall'art. 68, comma 1, Cost., ma solo in quanto strettamente funzionale allo svolgimento dei loro compiti istituzionali, perché nemmeno i Parlamentari sono liberi di superare i normali limiti oggettivi del diritto di libera manifestazione del pensiero, se non per il doveroso esercizio delle loro funzioni. Così pure Zanon, *Parlamentare (status di)*, cit., 628.

[37] Corte Cost., sent. 8 aprile 2014, n. 115, che richiama la precedente sent. n. 313 del 2013. Si veda pure Corte Cost., sent. 11 gennaio 2000, n. 210. In precedenza nello stesso senso: Corte Cost., sent. 25 maggio 2004, n. 246; Corte Cost., sent. 25 gennaio 2005, n. 146; Corte Cost., sent. 30 novembre 2010, n. 96; Corte Cost., sent. n. 30 novembre 2010, n. 97.

[38] Secondo un orientamento condiviso da Giupponi, *I limiti dell'insindacabilità parlamentare nelle sentt. 59 e 133 del 2018. La Corte costituzionale ancora tra forma e sostanza in vista di una svolta dai confini incerti*, cit., 2.

Parlamentare al di fuori dell'esercizio delle funzioni parlamentari in senso stretto[39].

La Corte ha, perciò, rilevato che l'assunto sostenuto dalle Camere, da un lato, si fonda sull'attività politica che di per sé non è necessariamente collimante con la funzione parlamentare, che di regola si estrinseca in atti tipizzati, così che volutamente l'art. 68, comma 1, Cost. delimita l'irresponsabilità dei Parlamentari alle opinioni espresse ed ai voti dati "nell'esercizio delle funzioni"; e dall'altro lato, omette di collegare le opinioni espresse dal Parlamentare all'esterno con gli atti interni espressivi della funzione da lui compiuti, finendo con il riconoscere al medesimo Parlamentare il potere di selezionare gli argomenti "politici" da diffondere all'esterno, con l'effetto di rendere lo stesso Parlamentare l'arbitro dei limiti entro i quali far operare la garanzia della insindacabilità[40].

Per completezza si ricorda che, per la consolidata giurisprudenza della Corte Costituzionale, anche la guarentigia prevista per i Consiglieri regionali dall'art. 122, comma 4, Cost., non serve per assicurare loro una posizione di privilegio, ma è diretta a tutelare da interferenze e condizionamenti esterni le determinazioni inerenti alla sfera di autonomia costituzionalmente riservata al Consiglio regionale[41], così da ricomprendere tutte quelle attività che costituiscono esplicazione di una funzione tipica, affidata a tale organo dalla stessa Costituzione o da altre fonti normative cui la prima rinvia,

---

[39] Corte Cost., sent. 22 febbraio 2000, n. 82.

[40] Corte Cost., sent. 8 aprile 2014, n. 115, che, nel riportarsi a sent. n. 313 del 2013, ha affermato che «le numerose e particolareggiate affermazioni espresse dal Sen. R.I. nel libro […] del 2008 (analiticamente elencate nei capi di imputazione trascritti nel ricorso del Giudice configgente), non presentano alcuna attinenza con atti funzionalmente tipici riferibili allo stesso Parlamentare». Di analogo contenuto è pure Corte Cost., sent. 27 marzo 2014, n. 55.

Scaccia, *Spunti per una ridefinizione del "nesso funzionale" in tema di insindacabilità parlamentare*, cit., 4, ha criticato la ricostruzione dell'insindacabilità operata dalla Corte Costituzionale perché questa, «nel richiedere che le dichiarazioni di tono diffamatorio rese al di fuori delle Aule parlamentari (*extra moenia*) siano riproduttive di opinioni manifestate all'interno delle Camere», ha finito «per identificare completamente la funzione parlamentare con l'attività svolta *intra moenia*».

[41] Furno, *L'insindacabilità parlamentare*, cit., 188 ss., ha ricordato che Corte Cost., sent. 23 marzo 2001, n. 76, ha per la prima volta ammesso l'intervento in giudizio per conflitto di attribuzioni della parte privata offesa dalle dichiarazioni rese da un Consigliere regionale.

sino ad estendersi, come per i Parlamentari, «anche a quei comportamenti che, pur non rientrando fra gli atti tipici, siano collegati da nesso funzionale con l'esercizio delle attribuzioni proprie dell'organo di appartenenza, tra cui, in particolare, la divulgazione esterna delle opinioni espresse in sede consiliare»[42].

Si deve notare che lo sforzo ricostruttivo della garanzia prevista dal comma 1 dell'art. 68 Cost. operato dal Giudice dei conflitti di attribuzione è stato pienamente condiviso dalla Corte di Cassazione, che si è attestata da tempo sulla linea di statuire che l'immunità in questione, avendo ad oggetto esclusivamente gli atti e le dichiarazioni connotate da un evidente nesso funzionale con il concreto esercizio dell'attività parlamentare, interviene per rendere non punibili le dichiarazioni rese dal Parlamentare all'esterno solo se queste hanno un contenuto sostanzialmente coincidente con quello delle dichiarazioni rese all'interno della sede parlamentare ed intervengono temporalmente successivamente a queste ultime, così che pure le dichiarazioni fatte "in forma o in sede "non tipica" si possono ritenere espressione dell'esercizio della funzione parlamentare, non avendo, all'opposto, alcun rilievo né la mera comunanza di argomento, né la generica natura politica del contesto nel quale le dichiarazioni sono

[42] Corte Cost., sent. 8 novembre 2011, n. 332, dove sono state richiamate le precedenti sentt. n. 289 del 1997, n. 392 e n. 391 del 1999, n. 76 del 2001, n. 337 del 2009, n. 276, e dove si è ribadito che sono coperte dall'insindacabilità gli atti consiliari tipici come le interrogazioni e le interpellanze; gli articoli di stampa coevi a tali atti tipici e riproduttivi sostanzialmente di tali atti; le attività istituzionali di vigilanza e di controllo svolte dai Consiglieri e le connesse comunicazioni esterne contenutisticamente riproduttive di tali attività, come la lettera inviata dal Consigliere regionale, quale Presidente della Commissione sicurezza sociale, all'Assessore alla sanità e al Presidente della Giunta regionale per esprimere critiche all'operato di un Direttore generale di un'azienda sanitaria. In precedenza Corte Cost., sent. 18 dicembre 1974-27 marzo 1975, n. 81, aveva dichiarato il difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria ad accertare la penale responsabilità dei Consiglieri della Regione Abruzzo, accusati di peculato, per i voti da essi espressi con l'approvazione delle delibere consiliari 26 e 27 luglio 1971, nn. 95 e 103, con conseguente annullamento degli atti processuali adottati nei confronti dei Consiglieri della Regione Abruzzo per le predette delibere, sul rilievo che la forma amministrativa che connotava le deliberazioni consiliari suddette aventi ad oggetto assicurazioni connesse allo stato giuridico dei Consiglieri regionali, non valeva «ad escludere l'irresponsabilità di coloro che le adottarono nell'esercizio di competenze spettanti al Consiglio». In dottrina: Ambrosi, *I Consiglieri regionali*, in Aa.Vv., *Immunità politiche e giustizia penale*, cit., 199 ss.

state pronunciate dal Parlamentare al di fuori dell'esercizio delle sue funzioni[43].

4. *L'uso eccessivo dell'insindacabilità per le dichiarazioni offensive rese dai Parlamentari* extra moenia

Le soluzioni adottate dalla giurisprudenza di costituzionalità e da quella di legittimità per cercare di tamponare gli eccessi delle Camere nel riconoscere la prerogativa dell'insindacabilità alle opinioni manifestate dal Parlamentare, al di fuori della Camera di appartenenza e lesive di beni esterni alla Camera stessa, non appaiono soddisfacenti.

Con molta acutezza, Scaccia ha osservato che, a causa della linea interpretativa affermatasi nella giurisprudenza, l'insindacabilità, da garanzia «oggettiva e impersonale dell'autonomia delle istituzioni rappresentative rispetto a interferenze e pressioni provenienti da altri poteri pubblici e privati», si è trasformata «nella concretezza reale» in «un privilegio personale, attivabile *ad nutum* dal Parlamentare che intenda trarne profitto», al quale si è finito con il riconoscere il potere di «autoattribuirsi la licenza di diffamare avversari personali o politici […] semplicemente "anticipando" *intra moenia* l'esternazione offensiva», che poi riprodurrà all'esterno della Camera di appartenenza in uno dei diversi contesti, «anche meramente privati», in cui svolgerà la sua libertà di manifestazione del pensiero.

Per l'attento autore, in questo caso, tutt'altro che infrequente nella realtà, se è vero che le dichiarazioni offensive potranno essere sanzionate in sede disciplinare nell'ambito dell'autonomia regolamentare della Camera di appartenenza, è «altrettanto vero che quelle affermazioni resteranno insindacabili in sede giurisdizionale, con

[43] Cass. pen., sez. 5, 7 maggio 2019, n. 32862, che ha ritenuto immune da censure la decisione impugnata, «che aveva escluso il collegamento funzionale dell'invettiva a sfondo discriminatorio contro la comunità Rom, pronunciata dal ricorrente nel contesto di una trasmissione radiofonica, con precedenti interventi istituzionali nei quali egli aveva preso parte al dibattito parlamentare sull'inclusione dei cittadini di etnia Rom, manifestando, "con toni del tutto congrui", le proprie preoccupazioni sul piano della sicurezza».

ingiustificato sacrificio dei diritti dei terzi diffamati e del principio di eguaglianza dinanzi alla giurisdizione»[44].

In effetti, si deve rimarcare che alla Corte Costituzionale sembra sfuggire il collegamento che si deve logicamente operare tra l'immunità funzionale stabilita dal comma 1 dell'art. 68 Cost. e i principi fondamentali enunciati dagli artt. 2 e 54 Cost., che non possono logicamente non delimitare anche la prerogativa parlamentare.

Si vuole, cioè, dire che, poiché la Repubblica, di cui gli organi territoriali rappresentativi fanno parte integrante, ha l'obbligo sia di riconoscere e garantire i diritti inviolabili della persona umana (tanto come singolo quanto nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità), e sia di richiedere l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, tra l'altro imponendo ai funzionari pubblici, quali sono, tra gli altri, pure i Parlamentari e gli altri esercenti le funzioni legislative, di adempiere alle loro funzioni con disciplina ed onore, l'insindacabilità riconosciuta ai componenti degli organi parlamentari (e dei Consigli regionali o di quelli delle due Provincie autonome) non può mai spingersi sino a coprire dichiarazioni *extra moenia* a contenuto lesivo dell'immagine o della reputazione di soggetti terzi, anche quando esse siano sostanzialmente corrispondenti al contenuto di atti tipici funzionali *intra moenia* ma volutamente denigratori di soggetti terzi che, poi, siano divulgati al pubblico sui mass media proprio per amplificarne l'effetto offensivo[45].

Costituisce, infatti, un limite intrinseco a quella garanzia funzionale che l'opinione espressa non possa essere lesiva di un diritto inviolabile della persona umana, così che il soggetto che si reputi leso in aspetti essenziali della sua personalità, come l'immagine o la reputazione, dalle affermazioni rese da un Parlamentare (o da un Consigliere regionale o delle Province autonome), all'esterno dell'orga-

---

[44] Scaccia, *Spunti per una ridefinizione del "nesso funzionale" in tema di insindacabilità parlamentare*, cit., 9. Analoghe considerazioni erano state già espresse da Vassalli, *Punti interrogativi sulla estensione della responsabilità dei membri del Parlamento*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, IV, Milano, 1974, 4290.

[45] Così anche Furno, *L'insindacabilità parlamentare*, cit., 24, che ha sostenuto che l'insindacabilità dovrebbe essere «ristretta nei confini dell'*intra moenia* e non escludente la responsabilità dei Parlamentari nei confronti dei comuni cittadini per tutto quanto egli possa compiere al di fuori delle funzioni parlamentari».

no rappresentativo dovrebbe avere il diritto ad ottenere la tutela giurisdizionale prevista in generale dall'ordinamento giuridico, anche quando le dichiarazioni offensive siano riproduttive di atti propri della funzione parlamentare (o consiliare).

Appare corretto osservare che, in questo caso, oggetto di sindacato da parte dell'autorità giudiziaria sarebbe, esclusivamente, la dichiarazione offensiva resa al di fuori dell'organo di appartenenza dal Parlamentare (o dal Consigliere), senza incidere in alcun modo sull'atto parlamentare (o consiliare), la cui valutazione continuerebbe ad essere riservata allo stesso organo di appartenenza, nel rispetto della sua autonomia regolamentare costituzionalmente prevista.

Anche in questo caso, per evitare interpretazioni contrastanti e per certi versi fuorvianti dell'art. 68, comma 1, Cost., sarebbe opportuno che fosse lo stesso legislatore a definire un'autonoma fattispecie del reato di diffamazione commesso da colui che eserciti la funzione legislativa con atti realizzati al di fuori di quelli tipicamente parlamentari, in modo da assicurare il giusto equilibrio tra l'autonomia parlamentare e la tutela dell'onore e del prestigio dei soggetti terzi offesi da un Parlamentare con dichiarazioni rese all'esterno delle aule rappresentative.

E ciò sull'esempio di quanto accade in altri ordinamenti democratici come Stati Uniti (art. 1, sez. 6, Cost.)[46], Inghilterra (art. 9 del Bill of Rights)[47], Irlanda (art. 1513 Cost.), Danimarca (art. 57 Cost.), Finlandia (artt. 30.2 e 31.1 Cost.), Olanda (art. 71 Cost.)[48], che restringono l'insindacabilità solo ai voti e alle opinioni formulati dai Parlamentari all'interno della Camera di appartenenza; oppure la

[46] Martinelli, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato*, cit., 65 ss., ha sottolineato che per la Corte Suprema degli Stati Uniti, è coperta dall'immunità solo ogni attività «che fa parte integrale delle procedure per dibattere e comunicare per mezzo delle quali i Deputati partecipano alle attività delle Camere e delle commissioni per considerare, adottare o respingere un disegno di legge, o in relazione ad altre materie che rientrano nella competenza delle rispettive Camere secondo la Costituzione»: cfr. il caso *Gravel vs United States*, 408 U.S., 606, 625 del 1972. Si veda pure Mantini, *Buone regole per la "casta"*, cit., 59 ss.

[47] Mantini, *Buone regole per la "casta"*, cit., 55 ss.

[48] Giupponi, *Le immunità della politica*, cit., 174 ss.; Id., *I limiti dell'insindacabilità parlamentare nelle sentt. 59 e 133 del 2018. La Corte costituzionale ancora tra forma e sostanza in vista di una svolta dai confini incerti*, cit., 4.

Germania, che, non solo adotta lo stesso limite spaziale, ma espressamente esclude l'immunità per le "ingiurie diffamanti" ai sensi della legge penale (art. 46, comma 1, della legge fondamentale)[49]; oppure, infine, la Grecia, che, pur stabilendo che «i deputati non possono essere incriminati né interrogati in alcun modo, a causa delle opinioni espresse o dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni», precisa, però, che «I deputati possono essere incriminati solamente per diffamazione calunniosa nei casi previsti dalla legge, previa autorizzazione della Camera» (art. 61, comma 1 e 2 Cost.)[50].

5. *Orientamenti giurisprudenziali in tema di corruzione dei Parlamentari o dei Consiglieri regionali*

Per comprendere più facilmente la problematica concernente la contestabilità ai Parlamentari dei reati di corruzione, disciplinati dal codice penale negli artt. 318 ss., è bene ricordare che nella versione originaria l'art. 318 c.p. contemplava il reato di «corruzione per un atto d'ufficio», detta corruzione impropria, stabilendo: «il pubblico ufficiale, che, per compiere un atto del suo ufficio, riceve, per sé o per un terzo, in denaro od altra utilità, una retribuzione che non gli è dovuta, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. – Se il pubblico ufficiale riceve la retribuzione per un atto d'ufficio da lui già compiuto, la pena è della reclusione fino ad un anno»[51].

A seguito della c.d. legge Severino del 2012, l'articolo è stato modificato in "Corruzione per l'esercizio della funzione", prevedendo: «Il pubblico ufficiale, che, per l'esercizio delle sue funzioni

---

[49] Vassalli, *Punti interrogativi sulla estensione della irresponsabilità dei membri del parlamento*, cit., 199, che ha giudicato la Costituzione federale tedesca «concepita forse con maggiore concretezza della nostra e con maggior riguardo effettivo degli interessi altrui» proprio perché pone la diffamazione come limite espresso alla irresponsabilità del Parlamentare; Zanon, *Brevi spunti comparatistici (a futura memoria) per il trattamento parlamentare dell'insindacabilità*, in *Giur. cost.*, 1998, 2220 ss.

[50] Furno, *L'insindacabilità parlamentare*, cit., 61.

[51] Ferrante, *Le fattispecie di corruzione*, in *I delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di Fortuna, Milano, Giuffrè, 2010, 133 ss.; Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2020, 125 ss.

o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da uno a sei anni», poi elevata a «da tre a otto anni» con l. n. 3 del 2019.

A sua volta, l'art. 319 c.p., a partire dalla versione introdotta dalla l. n. 86 del 1990, recita "Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio", detta corruzione propria, stabilendo: «Il pubblico ufficiale, che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o aver compiuto un atto contrario ai doveri d'ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da due a cinque anni», poi portata a «da quattro a otto» con la c.d. legge Severino; quindi a «da sei a dieci anni» con la l. n. 3 del 2019[52].

Come precisato dalla giurisprudenza di legittimità, il reato previsto dall'art. 318 c.p. si differenzia da questo contemplato dall'art. 319 c.p., perché, mentre quest'ultimo sanziona la corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio e richiede un sindacato esteso al contenuto dell'atto, la prima fattispecie, invece, «si limita a postulare che la dazione o promessa di dazione indebita rivolta al pubblico ufficiale abbia ad oggetto "l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri", senza null'altro aggiungere», unificando corruzione antecedente e corruzione susseguente e sanzionando allo stesso modo qualsiasi caso di dazione o promessa per l'esercizio delle funzioni,

---

[52] Vassalli, *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *Giur. pen.,* 1979, II, c. 305 ss.; Manes, *L'atto d'ufficio nelle fattispecie di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 926 ss.; Massi, *«Qui in corruptione versatur etiam pro licito tenetur». "Offesa" e "infedeltà" nella struttura della corruzione propria*, Torino, Giappichelli, 2004; D'Avirro, *Il delitto di corruzione per l'esercizio delle funzioni (artt. 318 e 321 c.p.)*, in Aa.Vv., *I nuovi delitti contro la pubblica amministrazione. Commento alla legge 6 novembre 2012, n. 190*, Milano, Giuffrè, 2013, 136 ss.; Del Corso, *Il delitto di corruzione "propria" (art. 319 c.p.)*, in Aa.Vv., *I nuovi delitti contro la pubblica amministrazione. Commento alla legge 6 novembre 2012, n. 190*, Milano, Giuffrè, 2013, 208 ss.; Pelissero, *I delitti di corruzione*, in Aa.Vv., *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 245 ss.; Cudia, *L'atto amministrativo contrario ai doveri di ufficio nel reato di corruzione propria: verso una legalità comune al diritto penale e al diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl*, 2017, 683 ss.; Bassi, *La corruzione*, in Aa.Vv., *I nuovi reati contro la p.a. Questioni processuali e sostanziali*, Milano, Giuffrè, 2020, 71 ss.; Ubiali, *Attività politica e corruzione. Sull'opportunità di uno statuto penale differenziato*, Milano, Giuffrè, 2020, 207 ss.

anche se la dazione o la promessa siano successive al compimento dell'atto dell'ufficio[53].

Da ciò deriva:

– che l'art. 318 c.p. si riferisce a «quelle situazioni in cui non sia noto il finalismo del […] mercimonio (della funzione) o in cui l'oggetto di questo sia sicuramente rappresentato da un atto dell'ufficio», così da essere configurabile anche in presenza di un mero accordo tra pubblico ufficiale e privato avente ad oggetto l'indebita negoziazione dell'esercizio di pubbliche funzioni, indipendentemente dal concreto svolgimento di queste ultime, con la precisazione che se l'accordo fa riferimento a «specifici atti, non implica alcuna valutazione, e, quindi, alcun sindacato in ordine al contenuto degli stessi»[54];

– che l'art. 319 c.p. è applicabile «quando la vendita della funzione sia connotata da uno o più atti contrari ai doveri d'ufficio»[55].

In proposito la giurisprudenza di legittimità si è orientata nel ritenere che, ai fini della configurabilità di tale reato, «sono contrari ai doveri d'ufficio non solo gli atti illeciti o illegittimi perché assunti in violazione di norme giuridiche, riguardanti la loro validità ed efficacia, ma anche quelli che, pur formalmente regolari, prescindono, per consapevole volontà del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, dall'osservanza dei doveri istituzionali, espressi in norme di qualsiasi livello, compresi quelli di correttezza e di imparzialità…». Da ciò deriva che per l'integrazione del reato non basta l'adozione di un atto discrezionale a fronte di una indebita utilità promessa o percepita del pubblico agente, perché, invece, deve essere accertato se l'interesse perseguito in concreto sia sussumibile nell'interesse pubblico tipizzato dalla norma attributiva del potere esercitato ovvero se quest'ultimo sia stato limitato, condizionato, inquinato dalla esigenza di soddisfare gli interessi privati posti alla base dell'accordo corruttivo[56].

Fatte queste precisazioni, si ricorda che, in epoca repubblicana, la prima volta in cui ci si pose il problema se e quale fattispecie

---

[53] Cass. pen., sez. VI, 6 giugno 2017, n. 36769, che richiama pure Cass. pen., sez. VI, 7 giugno 2016, n. 40237.

[54] Cass. pen., sez. VI, 6 giugno 2017, n. 36769.

[55] Cass. pen., sez. VI, 27 novembre 2015, n. 3043; Cass. pen., sez. VI, 11 febbraio 2016, n. 8211.

[56] Cass. pen., sez. VI, 30 aprile 2021, n. 35297.

di corruzione, tra le due delineate dal legislatore penale per tutti gli agenti pubblici, diversi da quelli esercenti la funzione giudiziaria, potesse essere applicata agli esercenti la funzione legislativa fu nella prima metà degli anni Settanta, quando presso l'autorità giudiziaria romana finì sotto inchiesta un Deputato che aveva accettato la promessa della dazione di una grossa somma di denaro, affinché presentasse e sostenesse una proposta di legge per consentire l'installazione e l'utilizzo in luoghi pubblici o aperti al pubblico di particolari apparecchi da gioco automatici e semiautomatici, venendo incriminato *ex* art. 319 c.p. per corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio.

La Giunta per le autorizzazioni a procedere della Camera dei Deputati restituì gli atti all'autorità giudiziaria ritenendo che ricorresse un'ipotesi coperta dall'insindacabilità prevista dal comma 1 dell'art. 68 Cost. Il Giudice competente, ricevuti gli atti, dispose l'archiviazione nei confronti del Deputato in conformità alla decisione della Giunta, osservando che l'attività svolta dal Parlamentare, anche nella fase preliminare alla presentazione di una proposta di legge, era comunque sottratta al sindacato dell'autorità giudiziaria, a norma dell'art. 68, comma 1, Cost, sicché non sarebbe stata legittimata nemmeno una richiesta di autorizzazione a procedere[57].

Il procedimento, tuttavia, continuò nei confronti dei ritenuti corruttori, ed il Giudice istruttore definì il relativo procedimento dichiarando estinto per amnistia il reato di corruzione impropria an-

[57] Di Ciolo, Ciaurro, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, cit., 102 ss., che hanno ricordato che in quella occasione la Giunta arrivò a sostenere che l'art. 68, comma 1, Cost. sottrae al sindacato giurisdizionale «non soltanto l'attività parlamentare tipica, ma anche quella che si ponga come inscindibilmente collegata e strumentale rispetto alla prima, tanto da costituire l'antecedente o un momento di formazione o addirittura la motivazione, nonché quella successiva e conseguente a quella tipica del Parlamentare e che si trovi con questa nello stesso rapporto di inscindibilità». Si veda pure: Vassalli, *Punti interrogativi sulla estensione della irresponsabilità dei membri del parlamento*, cit., 201 ss., che, nel commentare l'operato della Giunta per le autorizzazioni a procedere della Camera dei deputati, ha effettuato pure un'interessante ricognizione storica dei casi di corruzione dei Parlamentari in Italia, citando quello del 31 gennaio 1893, quando il Procuratore del Re di Roma presentò domanda di autorizzazione a procedere in giudizio contro un Deputato, che intendeva imputare di corruzione per aver ricevuto sovvenzioni per votare il disegno di legge sulla proroga del potere di emettere biglietti di banca in favore della Banca romana.

tecedente, di cui agli artt. 110 e 321 c.p., quest'ultimo in relazione all'art. 318 c.p., prima parte. La Corte di Cassazione, adita su impugnazione dei ritenuti corruttori, respinse il ricorso osservando: «Il fatto che l'azione del pubblico ufficiale, nella sua sostanza non fosse illegale, perché era nei compiti dello stesso quello di proporre un disegno di legge, non rende impossibile la configurabilità di un reato, punibile a titolo di corruzione impropria, a carico di coloro che abbiano dato un qualsiasi contributo causale al fatto, e ciò indipendentemente dalla perseguibilità in sede penale del pubblico ufficiale»[58].

Successivamente, in piena "tangentopoli", il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano sollevò nel giugno 1993 due conflitti di attribuzione sia avverso la deliberazione 18 marzo 1993 con cui il Senato della Repubblica aveva negato l'autorizzazione a procedere nei confronti del Sen. Severino Citaristi per i capi di imputazione riguardanti le ipotesi di corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio, *ex* art. 319 c.p. come modificato dalla l. n. 86 del 1990, concedendola invece per quelli inerenti le ipotesi di violazione delle norme sul finanziamento pubblico; sia contro la deliberazione 29 aprile 1993 con cui la Camera dei Deputati aveva negato l'autorizzazione a procedere nei confronti dell'On. Bettino Craxi per i capi di imputazione inerenti le ipotesi di corruzione, prestandola, all'opposto, per quelli relativi alle ipotesi di violazione delle norme sul finanziamento pubblico.

Ad avviso dell'organo requirente ricorrente le decisioni degli organi parlamentari avrebbero interferito sulle qualificazioni giuridiche dei fatti di reato contestati e avrebbero condizionato l'esercizio dell'azione penale.

In senso opposto, mentre il Senato, per il Sen. Citaristi, sosteneva di aver fatto una corretta applicazione dei criteri di valutazione che si erano consolidati nella prassi in ordine al requisito del c.d. *fumus persecutionis*, ravvisabile quando non vi sarebbe stata corrispondenza tra i fatti per i quali si chiedeva di procedere e il reato ipotizzato, la Camera, per l'On. Craxi, affermava la natura politica dell'autorizzazione a procedere, che come tale non richiedeva motivazioni, in quanto non legata «a parametri normativamente prede-

[58] Cass. pen., sez. VI, 29 gennaio 1974, n. 159, Borgognoni.

terminati», per la quale si rispondeva «unicamente in sede politica nei confronti del Corpo elettorale».

Con le sentenze 14 dicembre 1993, nn. 462 e 463, la Corte Costituzionale, però, dichiarò improcedibili i due conflitti di attribuzione per essere venuto meno l'interesse delle parti, pur originariamente sussistente, ad avere una pronuncia di merito, a seguito dell'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 1993, che aveva determinato la revisione dell'art. 68, comma 2, Cost. abolendo l'istituto dell'autorizzazione a procedere per quanto riguardava la sottoposizione a procedimento penale dei membri del Parlamento.

Qualche anno dopo la Corte Costituzionale, con l'importante, anche se discutibile, sent. n. 379 del 1996, nel cercare di chiarire i confini in materia tra autonomia parlamentare e giurisdizione, incidentalmente osservò che in presenza, tra l'altro, di episodi di corruzione contestati in sede giudiziaria ad un Parlamentare, sarebbero stati rinvenibili elementi o frammenti della concreta fattispecie che coinvolgevano beni e diritti che si sottraevano alla esaustiva capacità classificatoria del regolamento parlamentare[59], così da consentire il sindacato giurisdizionale.

Pur in presenza di questa chiara affermazione della Corte Costituzionale, il 9 gennaio 2019 il Senato della Repubblica emetteva deliberazione in materia di insindacabilità ai sensi dell'art. 68, comma 1, Cost. in favore della Sen. Anna Cinzia Bonfrisco, all'epoca del gruppo PLI-Lega, accusata dall'autorità giudiziaria veronese di corruzione per un atto d'ufficio *ex* art. 318 c.p., sul rilievo che l'impianto accusatorio non superava il limite del «giudizio di plausibilità o non implausibilità», il cui sindacato sarebbe spettato alla Camera di appartenenza del Parlamentare inquisito sulla base della sentenza n. 188 del 2010 della Corte Costituzionale.

Contro la deliberazione del Senato, il Giudice per l'udienza preliminare del Tribunale di Verona sollevava ricorso per conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato, sostenendo che l'organo parlamentare si era arrogato il potere di valutare il fondamento dell'accusa formulata nei confronti della Senatrice, che era, invece, di esclusiva spettanza dell'autorità giudiziaria.

---

[59] Corte Cost., sent. 1 ottobre 1996, n. 379.

Con l'ordinanza n. 40 del 2021, tuttavia, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'improcedibilità del suddetto conflitto di attribuzione, senza potersi pronunciare sul merito, perché il Giudice ricorrente aveva depositato presso la cancelleria della Corte gli atti notificati al Senato oltre il termine perentorio di trenta giorni dall'ultima notificazione, così da determinare la decadenza del ricorso introduttivo (*ex* art. 24, comma 3, delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte) e la non riproponibilità della medesima questione (come statuito dalla Corte Costituzionale nella sent. n. 116 del 2003)[60].

Ciò ricordato, si deve evidenziare che sulla corruzione addebitabile ai Parlamentari si registrano nella giurisprudenza orientamenti contrastanti.

Un primo indirizzo giurisprudenziale ritiene che il Parlamentare corrotto può essere sottoposto al sindacato dell'autorità giudiziaria, a seconda dei casi, o per corruzione per l'esercizio della funzione ai sensi dell'art. 318 c.p.; o per corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio ai sensi dell'art. 319 c.p.

Ad esempio la VI sez. pen. della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 21117 del 2005 ha annullato con rinvio l'ordinanza del Tribunale del riesame di Pescara che aveva escluso la configurabilità del reato di corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio nei confronti di un Consigliere regionale, avendo ritenuto che l'immunità prevista dal comma 4 dell'art. 122 Cost. fosse riferibile non solo agli atti tipici della funzione legislativa, ma anche a tutti quei comportamenti ad essa, in ogni caso, riconducibili.

Per la Corte di legittimità, invece, l'insindacabilità dei Consiglieri regionali non può trovare applicazione nel caso in cui il Consigliere sia perseguito penalmente non per aver concorso alla formazione ed alla approvazione di una legge regionale, ma per aver assunto comportamenti che si «assume essere stati realizzati con soggetti non partecipi di tale procedimento» al fine di predisporre le condizioni per far conseguire un vantaggio illecito al privato cor-

[60] Cfr. Corte Cost., sent. 28 gennaio 2003, n. 116. La frequenza dei Giudici nel violare il termine perentorio per l'inoltro degli atti alla Corte Costituzionale è stata evidenziata da PACE, *Il modello di giudizio prefigurato dalla sent. n. 1150 del 1988 per la risoluzione dei conflitti tra poteri ex art. 68, comma 1, Cost., può essere abbandonato o migliorato*, in *Giur. cost.*, 2006, 3535 ss.

ruttore, ossia stipulando con quest'ultimo l'accordo criminoso. E ciò anche quando il mercanteggiamento abbia per oggetto la pubblica funzione legislativa, dal contenuto ampiamente discrezionale, perché può in concreto venire in rilievo che la scelta discrezionale è stata effettuata dal pubblico ufficiale non per il raggiungimento delle finalità istituzionali sulla base di una corretta valutazione degli interessi della collettività, ma per soddisfare l'interesse prevalente del privato corruttore, in modo da integrare la fattispecie di cui all'art. 319 c.p.[61].

Similmente la VI sez. pen. della Corte di Cassazione, con sentenza n. 23355 del 2016 ha assolto l'Onorevole Salvatore Margiotta del Partito Democratico dall'accusa di corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio, per la quale era stato condannato dalla Corte di Appello di Potenza, sul rilievo che non si ravvisavano nel caso concreto gli estremi del reato contestato.

---

[61] Cass. pen., sez. VI, 30 novembre 2005-30 novembre 2006, n. 21117, che ha richiamato Corte Cost., sent. 6 dicembre 1994, n. 432, che aveva risolto il conflitto di attribuzione tra Stato e Regione sollevato dalla Regione Abruzzo contro il Presidente del Consiglio dei Ministri in relazione al provvedimento restrittivo cautelare disposto, ai sensi degli artt. 284 e 285 c.p.p., dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Pescara, con ordinanza del 2 febbraio 1994, nei confronti del Consigliere regionale Attilio D'Amico, indagato *ex* art. 323 c.p., «per aver concorso alla formazione del disegno di legge regionale avente ad oggetto "Misure urgenti per il settore trasporti locali" di cui alla delibera di Giunta n. 1476/C del 19 marzo 1987", nonché in relazione ad ogni altro atto del relativo procedimento penale (ivi compresa la richiesta della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Pescara del 27 gennaio 1994) ed al conseguente decreto del Presidente del Consiglio dei ministri in data 8 febbraio 1994, che ha disposto per il D'Amico la sospensione dalla carica di Consigliere della Regione Abruzzo. Il Giudice dei conflitti ha statuito che il ricorso era infondato, perché nel caso concreto non era applicabile l'insindacabilità sancita dal comma 4 dell'art. 122 Cost., perché il Consigliere regionale non era perseguito «dal Giudice penale per aver concorso, in qualità di membro della Giunta, alla formazione ed all'approvazione di un disegno di legge regionale (delibera di Giunta n. 1476/C del 19 marzo 1987), bensì per comportamenti tenuti anteriormente all'avvio del procedimento legislativo e concretatisi in attività che il Giudice penale» assumeva «essere state realizzate, in concorso con soggetti non partecipi di tale procedimento (quali il dirigente del settore trasporti della Regione ed il legale investito della cura degli interessi dell'ANAC), al fine di consentire la percezione di contributi illeciti da parte di alcune imprese concessionarie». Dal che la contestazione del reato di cui all'art. 323 n. 1 cod. pen., che non si riferiva al fatto di aver approvato il disegno di legge regionale, bensì al fatto di aver precostituito, in concorso con soggetti non legittimati all'esercizio del potere legislativo, le condizioni per attribuire ad alcune imprese indebiti vantaggi a danno delle finanze regionali.

In motivazione, la Cassazione ha ricordato che per la giurisprudenza di legittimità il delitto previsto e punito dall'art. 319 c.p. fa parte del novero dei reati propri funzionali, nei quali l'elemento costitutivo della tipicità del fatto represso richiede che l'atto o il comportamento oggetto di mercimonio «rientrino nelle competenze o nella sfera di influenza dell'ufficio al quale appartiene» il pubblico ufficiale corrotto, nel senso che siano l'espressione, diretta o indiretta, della pubblica funzione da lui svolta.

Ciò comporta che il delitto di corruzione propria passiva non sussiste qualora l'intervento del pubblico ufficiale in esecuzione del patto corruttivo non comporti «l'attivazione di poteri istituzionali propri del suo ufficio o non sia in qualche maniera a questi ricollegabile», essendo invece destinato ad incidere nella sfera delle attribuzioni di altri pubblici ufficiali, nei confronti dei quali il soggetto agente è «assolutamente carente di potere funzionale».

Pertanto ai fini della configurabilità del reato in questione, non è elemento essenziale che il fatto contrario ai doveri d'ufficio sia ricompreso tra le specifiche mansioni del pubblico ufficiale (o dell'incaricato di pubblico servizio), essendo, invece, «necessario e sufficiente che si tratti di un atto rientrante nelle competenze dell'ufficio cui il soggetto appartiene e in relazione al quale egli eserciti, o possa esercitare, una qualche forma di ingerenza, sia pure di mero fatto».

Per la Corte di Cassazione, dunque, come anche per la difesa dell'imputato, non si poneva alcun problema circa l'astratta contestazione all'Onorevole Margiotta del reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio, dalla quale quest'ultimo doveva, però, essere assolto con la formula «perché il fatto non sussiste», in quanto egli non aveva avuto alcun ruolo istituzionale nelle gare d'appalto oggetto di contestazione, che fuoriuscivano del tutto dai poteri della Camera alla quale egli apparteneva[62].

---

[62] Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2016-6 giugno 2016, n. 23355, nella quale si richiamano: Cass. pen., sez. VI, 4 maggio 2006, n. 33435; e Cass. pen., sez. VI, 2 marzo 2010, n. 20502. Sembra utile ricordare che per Cass. pen., sez. VI, 9 febbraio 2016, n. 18707, «In tema di corruzione, la nozione di "altra utilità", quale oggetto della dazione o promessa, ricomprende qualsiasi vantaggio materiale o morale, patrimoniale o non patrimoniale, che abbia valore per il pubblico agente (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto immune da vizi la sentenza che aveva ricondotto alla nozione di "altra utilità", la "raccomandazione" dell'imputato, data in cambio del

Secondo un diverso orientamento, agli esercenti le funzioni legislative accusati di corruzione può essere applicata solo la fattispecie di cui all'art. 318 c.p., perché questa non richiede alcun sindacato sulla legittimità o meno dell'atto funzionale oggetto di mercimonio.

Seguendo questo indirizzo, la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 36769 del 2017, nel decidere il ricorso della Procura della Repubblica di Milano avverso la sentenza del Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Milano che aveva deciso il non luogo a procedere nei confronti dell'Onorevole Volontè dell'UDC, imputato di corruzione per l'esercizio della funzione *ex* art. 318 c.p. quale rappresentante del Parlamento italiano presso l'Assemblea del Consiglio d'Europa-P.A.C.E., per essere le condotte a lui ascritte insindacabili, ha statuito che l'immunità prevista dall'articolo 68 Cost., comma 1, non preclude la perseguibilità del reato di corruzione per esercizio della funzione *ex* art. 318 c.p, che non comporta alcuna forma di controllo sullo svolgimento in concreto della funzione parlamentare.

La Corte ha osservato che quando la condotta corruttiva del Parlamentare si manifesta come conclusione di un accordo per l'esercizio delle sue funzioni in cambio della promessa o della dazione di una indebita utilità, per la sussistenza del reato è irrilevante che successivamente le funzioni siano effettivamente esercitate, così che da parte dell'autorità giudiziaria non viene esercitato alcun sindacato sul concreto svolgimento dell'attività parlamentare da parte del componente delle Camere, che «si estrinseca negli atti tipici e negli atti non tipici specificamente connessi alla sua funzione».

Nello stesso modo, quando la condotta corruttiva del Parlamentare si manifesta come «accettazione della promessa o della dazione di una indebita utilità per aver compiuto un atto o un'attività relativa all'esercizio delle proprie funzioni», per l'integrazione della fattispecie penale è parimenti irrilevante «il contenuto intrinseco dell'atto o dell'attività», perché sono elementi costitutivi del reato «solo la ricezione della promessa o della dazione in quanto correlate al […]

---

sistematico asservimento della pubblica funzione ad interessi privati, ad un Parlamentare, che a sua volta, aveva interceduto presso un Ministro, per il conferimento di un importante incarico di dirigenza pubblica, poi effettivamente conseguito)».

compimento» dell'atto o delle attività, che, «per di più, integrano esclusivamente il presupposto della condotta illecita».

La Corte ha, inoltre, osservato che le condotte suddette, secondo l'indirizzo espresso dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 379 del 1996, che si è sopra descritta, non sono sussumibili, interamente e senza residui all'interno delle norme del diritto parlamentare, presentando elementi che si sottraggono alla capacità classificatoria del regolamento parlamentare, perché «la negoziazione mercantile della funzione e l'accettazione di un'indebita remunerazione si pongono nettamente al di là e al di fuori di ogni disciplina e qualificazione contenuta nei regolamenti delle Camere», come del resto osservato dalla Corte Costituzionale nella stessa sentenza, «mai contraddetta successivamente», che «ha espressamente indicato tra i fatti di reato non coperti da immunità *ex* art. 68 Cost., comma 1, a titolo esemplificativo, proprio quelli di "corruzione"[63].

La Corte ha, perciò, annullato senza rinvio la sentenza impugnata e disposto la trasmissione degli atti al Giudice per l'udienza preliminare presso il Tribunale di Milano per l'ulteriore corso nei confronti dell'Onorevole Volontè, che, rivestendo funzioni di pubblico ufficiale, quale membro eletto della Camera dei Deputati e sedendo, in tale qualità, all'Assemblea del Consiglio d'Europa – P.A.C.E. quale rappresentante del Parlamento italiano, era accusato di avere indebitamente ricevuto per sé e per terzi somme di denaro dall'esponente politico dell'Azerbaijan A.E., componente del Parlamento di quello Stato e dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, «per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, asservendo la propria funzione pubblica ad interessi privati e del Governo dell'Azerbaijan»[64].

---

[63] Cass. pen., sez. VI, sent. 8 giugno 2017, n. 36769.

In precedenza in dottrina si erano espressi per la punibilità del Parlamentare e del Consigliere regionale per corruzione: Loiacono, *Le prerogative dei membri del Parlamento*, Milano, Giuffrè, 1954; Vassalli, *Punti interrogativi sulla estensione della irresponsabilità dei membri del Parlamento*, cit., 193 ss.; Delogu, *L'immunità dei Consiglieri regionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, 621 ss.; Long, *Art.* 66, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna, Zanichelli, 1986, 190 ss., che ha, però, escluso la corruzione propria, perché comporterebbe il sindacato su un atto parlamentare per verificarne la contrarietà o meno ai doveri, che è invece insindacabile; Brunelli, *Immunità*, in *Enc. giur.*, cit., 5.

[64] Secondo l'accusa, l'On. Volontè, in cambio della remunerazione indebita, avrebbe posto in essere diverse condotte, tra le quali quelle consistite nell'assicura-

6. *Il caso De Gregorio, Lavitola, Berlusconi*

Per le magie della giurisprudenza italiana, i due opposti orientamenti interpretativi si ritrovano nel noto caso della compravendita del Senatore De Gregorio da parte dell'allora leader dell'opposizione Silvio Berlusconi, effettuata per il tramite del giornalista Valter Lavitola, allo scopo di far cadere il secondo Governo presieduto da Romano Prodi.

Nel 2013 il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Napoli condannava a pena patteggiata per corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio di cui all'art. 319 c.p. il Senatore De Gregorio, che, eletto nelle liste dell'Italia dei Valori e sostenitore del Governo all'epoca presieduto da Romano Prodi, aveva ricevuto, anche per il tramite dell'intermediario Lavitola, dal leader dello schieramento di centro-destra, Berlusconi, plurime dazioni di denaro, «al fine di orientare e comunque pilotare» le sue «manifestazioni di voto parlamentare…» in senso contrario alle proposte della maggioranza di governo, «costituendosi in tal modo in capo allo stesso» Senatore «un illecito mandato imperativo contrario al libero esercizio del voto previsto dall'art. 67 della Costituzione e quindi contrario ai doveri d'ufficio», al quale il Senatore, «in concreto ed effettivamente», aveva, poi, dato seguito, esprimendo in diverse sedute del Senato quelle manifestazioni di voto contrarie alle proposte del Governo, che aveva indebitamente promesso e per le quali aveva ricevuto come illecito corrispettivo somme di denaro. Ad avviso del Giudice dell'udienza preliminare «l'asservimento economico di un Senatore, il quale accetta un "vincolo di mandato occulto"» costituiva all'evidenza «atto sommamente contrario ai doveri di ufficio ed, oltretutto, vietato dalla Costituzione»[65].

---

re il proprio sostegno alle posizioni politiche dell'Azerbaijan, e nel compiere attività politica volta ad orientare le votazioni del proprio Gruppo parlamentare in senso contrario all'approvazione del c.d. rapporto Straesser avente ad oggetto le condizioni dei prigionieri politici in Azerbaijan, posto in votazione il 23 gennaio 2013; in questo modo, l'imputato avrebbe violato i doveri di fedeltà, correttezza ed onestà derivanti anche dalla Risoluzione n. 1903 adottata dall'Assemblea del Consiglio d'Europa, che, in particolare, ai punti 5.5, 11 e 12, impone di non utilizzare il proprio ufficio per il proprio o altrui guadagno privato e di non accettare o richiedere compensi destinati ad incidere sulla propria condotta di membro dell'Assemblea parlamentare.

[65] Trib. Napoli, sez. Gip, 23 ottobre 2013, n. 24123, De Gregorio.

L'orientamento è stato seguito dalla Corte di Appello di Napoli nella sent. 20 aprile 2017, con la quale, nel dichiarare l'intervenuta prescrizione nei confronti dei coimputati del De Gregorio, ossia Berlusconi e Lavitola, la Corte ha precisato che oggetto di contestazione «non è il voto né le valutazioni politiche a fondamento dello stesso effettuati da De Gregorio, bensì l'accordo illecito che riguarda la compravendita della funzione parlamentare»; e che l'art. 67 Cost., nel vietare il mandato imperativo del Parlamentare, costituisce «non solo un diritto ed una garanzia di libertà del singolo Parlamentare rispetto ad interferenze esterne (dei suoi elettori, dei partiti politici, delle lobbies…) ma anche, e soprattutto, uno specifico dovere di autonomia nello svolgimento delle funzioni a lui attribuite. – Proprio tale dovere di autonomia si pone come elemento fondante dell'ordinamento democratico, mirando ad evitare che l'eletto svolga la sua funzione di rappresentante della Nazione […] nell'esclusivo o prevalente interesse del corruttore a fronte del pagamento di una somma di denaro».

Questa ricostruzione non è stata, però, condivisa dalla Cassazione.

Con la sentenza n. 40347 del 2018, pronunciata sempre per la vicenda De Gregorio, Berlusconi, Lavitola, la VI sez. pen. della Cassazione ha statuito «che nei confronti del Parlamentare è configurabile, ricorrendone i presupposti normativi e ferma restando l'insindacabilità delle espressioni proprie dell'attività funzionale del Parlamentare, il reato di corruzione impropria» *ex* art. 318 c.p. nel caso di compravendita dell'esercizio di tali funzioni[66].

A tal fine la Corte ha, preliminarmente, osservato che la semplice pattuizione di un compenso indebito raggiunta in relazione all'esercizio della funzione parlamentare realizza una porzione

[66] Compagna, *Illecito penale ed insindacabilità parlamentare*, cit., 171 ss.; Manes, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Percorsi di parte speciale*, cit., 135 ss. In precedenza Vassalli, *Punti interrogativi sulla estensione della irresponsabilità dei membri del Parlamento*, cit., 206 ss., aveva rilevato la singolare anomalia per la quale il Parlamentare può rispondere solo di corruzione impropria *ex* art. 318 c.p. e non di corruzione propria *ex* art. 319 c.p., in quanto risultano insindacabili l'iniziativa legislativa, l'attività di controllo e ispettiva, la presa di posizione su un disegno di legge, il voto, pur rilevando che a suo avviso resterebbe pur sempre un margine per la corruzione propria «in relazione a quelle attività nelle quali anche il Parlamentare è tenuto ad un dovere di fedeltà e di imparzialità: per es. come segretario, come scrutatore, ecc.».

della condotta che si pone all'esterno dell'esercizio della funzione parlamentare, così che, nel rispetto dei criteri enunciati dalla Corte Costituzionale per delimitare i confini tra autonomia parlamentare e giurisdizione nella sent. n. 379 del 1996 (che si è sopra analizzata), il delitto di corruzione è in astratto configurabile anche nei confronti del pubblico ufficiale parlamentare, come del resto si desume esplicitamente dall'art. 322 *bis* c.p., che, tra l'altro stabilisce che le fattispecie di corruzione si applicano ai membri del Parlamento europeo.

Per la Cassazione, però, in tal caso non può farsi applicazione dell'art. 319 c.p., che sanziona la c.d. corruzione propria, ossia per un atto contrario ai doveri d'ufficio, in quanto, in caso di compravendita delle funzioni parlamentari, sarebbe configurabile «una messa a disposizione della discrezionalità del Parlamentare», che si scontrerebbe «con la sfera di libertà del Parlamentare, ben diversa da quella di chi svolge attività amministrativa in senso stretto».

In questa direzione la Corte di legittimità ha osservato che lo svolgimento dell'attività tipica del Parlamentare non sarebbe sottoposto ai principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione pubblica, essendo il Parlamentare libero «di esprimere nel modo che preferisce l'interesse della Nazione, quand'anche si risolva ad assecondare liberamente intendimenti altrui».

Fornendo una lettura a dir poco riduttiva dell'art. 67 Cost., secondo la Corte di Cassazione, il divieto di mandato imperativo rappresenterebbe una regola ordinamentale diretta a tutelare la libertà del Parlamentare, che verrebbe rafforzata dalla previsione che l'attività del Parlamentare sarebbe sottoposta soltanto alle qualificazioni stabilite dai regolamenti parlamentari, così da essere immune da interferenze esterne (art. 64 Cost.).

A differenza di quanto affermato dalla Corte di Appello, per il Giudice di legittimità l'art. 67 Cost. concorrerebbe a definire l'ambito di autonomia insindacabile del Parlamentare, che sarebbe sancita in funzione dell'autonomia e della libertà delle Camere, arrivando a vietare di assoggettare lo svolgimento dell'attività parlamentare a qualsiasi condizionamento che non derivi «da una libera opzione del singolo, in qualunque forma originatasi».

Da ciò conseguirebbe che le eventuali intese raggiunte dal Parlamentare non sono «strutturalmente riconoscibili in rapporto al concreto esercizio delle funzioni», perché tali intese non potrebbero in alcun modo riflettersi in quell'esercizio, «connotandolo in modo decisivo in termini di contrarietà ai doveri». E ciò avverrebbe sia nel caso di passaggio del Parlamentare da uno schieramento all'altro, che sarebbe di per sé permesso proprio grazie al divieto di mandato imperativo, costituente elemento strutturale a garanzia della piena autonomia del Parlamentare; sia «per ogni altro tipo di pattuizione nella quale sia dedotto l'esercizio delle funzioni, giacché da tale pattuizione non potrà mai discendere la violazione di doveri specificamente e riconoscibilmente correlati a quell'esercizio».

Per rafforzare questa tesi, la Corte ha ricordato che anche nei casi di mercimonio e asservimento delle funzioni pubbliche, che sono idonei ad integrare la fattispecie della c.d. corruzione propria *ex* art. 319 c.p., la giurisprudenza ha, in ogni caso, affermato che la violazione dei doveri si deve trasferire all'atto attraverso il quale la violazione risulta riconoscibile, circostanza questa, però, che in relazione all'attività tipica del Parlamentare non potrebbe assolutamente avvenire per la sua intrinseca insindacabilità, stabilita a protezione della libertà ed autonomia delle Camere.

Il combinato disposto degli artt. 67 e 68 Cost., letti congiuntamente agli artt. 64 e 72 Cost., per la Corte Suprema, delineerebbe l'autonomia delle funzioni parlamentari in termini tali da non renderle soggette «a qualificazione e sindacato esterni in relazione a quelle parti di condotta del Parlamentare che si risolvano nel loro esercizio, quand'anche valutato in chiave prospettica»[67].

[67] Nella sentenza in commento si è anche detto che «Non può condurre a diverse conclusioni un non recente arresto giurisprudenziale (Cass. pen., sez. 6, n. 21117 del 30 novembre 2005, dep. nel 2006, Castiglione, rv. 234495), con cui, ai fini della valutazione della legittimità di un sequestro probatorio e senza specifico approfondimento, è stato ravvisato il delitto di corruzione *ex* art. 319 c.p. a fronte dell'immunità di cui all'art. 122 Cost., prevista in favore dei Consiglieri regionali, muovendosi dal richiamo della sentenza n. 432 del 1994 della Corte costituzionale, che deve peraltro valutarsi alla luce di tutte le altre fin qui richiamate, a cominciare da quella n. 379 del 1996. E neppure può indurre a diverse conclusioni quanto affermato in sede civile in ordine al legame funzionale tra opinioni espresse ed at-

Sulla base di tali ragionamenti, la Corte è giunta alla conclusione che l'autonomia della funzione parlamentare di cui agli artt. 67 e 64 Cost. e l'immunità parlamentare prevista dall'art. 68, comma 1, Cost., precluderebbero la possibilità di qualificare la condotta di corruzione, che di per sé si colloca al di fuori sia dell'autonomia e sia dell'immunità, «in termini di contrarietà ai doveri».

Ad avviso della Corte, la configurabilità e la punibilità della condotta di corruzione che coinvolga il Parlamentare si fonderebbe, invece, «sul divieto di remunerazione del *munus publicum*, che esprime il valore della correttezza, quale dovere esterno, e che trova riscontro per ogni soggetto investito di pubbliche funzioni anche nel dovere di svolgerle con onore e disciplina, ai sensi dell'art. 54 Cost.».

A giudizio della Corte, l'art. 54 cit., pur non possedendo «uno specifico valore precettivo» e pur non conferendo «un preciso contenuto, ove non diversamente risultante, all'esercizio delle funzioni, peraltro insindacabilmente libero», avrebbe comunque «un rilievo *ab estrinseco*», perché concorrerebbe a rinforzare la dignità della funzione parlamentare «che non può tollerare una ingiustificata locupletazione o comunque l'acquisizione di un vantaggio non previsto, sinallagmaticamente correlato al pur insindacabile esercizio di essa», come del resto si desume dall'introduzione a partire dalla l. n. 195 del 1974 di una disciplina limitativa del finanziamento della politica.

Per la Cassazione, sarebbero, allora, i valori espressi dall'art. 54 Cost. a giustificare la configurabilità del delitto di corruzione impropria *ex* art. 318 c.p. per punire le condotte di mercimonio poste in essere da un Parlamentare per l'esercizio delle proprie funzioni[68].

---

ti compiuti dal Parlamentare ed esercizio indipendente della funzione, che verrebbe meno nel caso di accettazione di denaro o di altri beni materiali, che venga a condizionare atti parlamentari o di Governo (Cass. pen. civ., sez. U. n. 4582 del 2 marzo 2006, rv. 589181-01). Si tratta di assunto che non può avere rilievo decisivo ai fini della qualificazione di un fatto corruttivo, a fronte della sfera di libertà e autonomia, che preclude di per sé la classificazione di attività parlamentari, al di là della configurabilità o meno a carico del Parlamentare di una responsabilità a vario titolo».

[68] Nella stessa sentenza si è in proposito «sottolineato che relativamente al Parlamentare non assume concreto significato il principio secondo cui ricorre

Tale fattispecie, difatti, a differenza di quella prevista dall'art. 319 c.p., ricorre «in presenza della remunerazione del *munus publicum*, allorché non sia specificamente individuata la categoria degli atti di riferimento ovvero quando non possa prospettarsi la deduzione della specifica violazione dei doveri di ufficio nel compimento degli atti inerenti all'esercizio della funzione».

In questo modo, la condotta punibile concernerebbe la frazione esterna rispetto al concreto esercizio delle funzioni parlamentari, che di per sé, «prima che insindacabili, devono reputarsi imperscrutabili e, come tali, non sottoponibili ad alcun tipo di qualificazione secondo i parametri del diritto comune».

E, difatti, l'art. 318 c.p. sanziona «una situazione di esposizione a pericolo, incentrata sulla pattuizione in sé, che correla la promessa o l'erogazione del denaro al compimento di attività inerente alla funzione, pur contenutisticamente non classificabile e dunque non qualificabile come contraria ai doveri inerenti all'esercizio delle funzioni».

Per la Cassazione, da tutto ciò conseguirebbe che la responsabilità penale del Parlamentare non si baserebbe sull'esercizio della funzione pubblica svolta, corretto o meno che sia, bensì sull'elemento oggettivo, in ogni caso penalmente rilevante, «del vincolo sinallagmatico dedotto» nel patto corruttivo, che coinvolgerebbe in modo prospettico, da una parte, il denaro versato o promesso; e, dall'altra parte, la realizzazione di atti di ufficio, che rientrano nell'esercizio delle funzioni parlamentari, che di per sé resterebbe "non classificabile" in forza dell'insindacabilità, ma che, comunque, costituirebbe la «causa della dazione o della promessa» in modo tale

---

la corruzione impropria «in relazione ad un atto adottato dal pubblico ufficiale nell'ambito di attività amministrativa discrezionale, soltanto qualora sia dimostrato che lo stesso atto sia stato determinato dall'esclusivo interesse della P.A. e che pertanto sarebbe stato comunque adottato con il medesimo contenuto e le stesse modalità anche indipendentemente dalla indebita retribuzione» (Cass. pen., sez. 6, n. 36083 del 9 luglio 2009, Mussoni, rv. 244258), in quanto nell'ipotesi del Parlamentare la discrezionalità sottende una non confrontabile e comparabile libertà, che induce a formulare già in astratto un giudizio di non contrarietà, in assenza di limiti definiti, di pari rango costituzionale. D'altro canto viene in rilievo una condotta che non sarebbe suscettibile di sanzioni né sotto il profilo penale né sotto altro profilo, se non per la sua sinallagmatica correlazione con la indebita retribuzione (si richiama sul punto, ancora una volta, Cass. pen., sez. 6, n. 44787 del 25 settembre 2003, Centanni, rv. 226937, cit.)».

da «qualificare altresì la veste di pubblico ufficiale assunta dal Parlamentare in sede di stipula del patto».

Seguendo questa ricostruzione, ad avviso della Corte, non si attuerebbe alcuna indebita interferenza esterna sullo svolgimento delle funzioni parlamentari, in quanto la punibilità in sede penale del Parlamentare non dipenderebbe da tale svolgimento, di cui si preserverebbe l'insindacabilità, «estesa fino all'atteggiamento interiore al momento di quello svolgimento».

Per la Corte Suprema, difatti, il patto corruttivo è una parte della condotta di per sé sufficiente a permetterne la qualificazione come illecito penale *ex* art. 318 c.p., che resta esterna rispetto all'esercizio delle funzioni parlamentari, così da non rientrare nella sfera dell'immunità prevista dal comma 1 dell'art. 68 Cost., che, invece, si riferisce unicamente all'esercizio delle funzioni, in modo da garantire la sfera di autonomia e di libertà delle Camere[69].

7. *I limiti della tesi giurispudenziale sulla inapplicabilità della corruzione propria ai pubblici ufficiali "legislativi"*

Ad un più attento esame emerge in modo nitido che il ragionamento svolto dalla Cassazione, con evidenti circonvoluzioni, si fonda su una lettura distorta dell'art. 67 Cost., di cui esalta l'aspetto di strumento di tutela della libertà d'azione del Parlamentare, trascu-

[69] Cass. pen., sez. VI, 2 luglio 2018, n. 40347, che prosegue dicendo: «… fermo restando che in un caso siffatto giammai potrebbe fruire dell'immunità anche il concorrente del Parlamentare, cioè il privato corruttore tanto più considerando che è semmai la promessa ad essere qualificata dalla finalizzazione all'attività (cfr. ad esempio Cass. pen. 6, n. 1680 del 26 novembre 1998, dep. nel 1999, Barini, rv. 212718) –, trattandosi comunque di sfera non sottratta alla qualificazione giuridica secondo le regole del diritto comune e dunque tale da sfuggire alla sfera di autonomia e di libertà delle Camere, che l'immunità del Parlamentare è volta specificamente a presidiare. È il caso di rilevare sul punto come anche in una celebre vicenda del passato, sebbene la Camera avesse deliberato l'insindacabilità della condotta del Parlamentare, fosse stata in concreto ritenuta configurabile l'ipotesi della corruzione impropria nei confronti del privato corruttore (si rinvia a Cass. pen., sez. 6, n. 159 del 29 gennaio 1974, Borgognoni, rv. 127139)».

rando del tutto l'altro aspetto di quella norma, che detta i fini ed i modi di quella stessa libertà d'azione.

Come si è visto nel capitolo precedente, l'art. 67 Cost., imponendo al Parlamentare di rappresentare la Nazione e di esercitare le sue funzioni senza vincolo di mandato, caratterizza l'attività del Parlamentare con l'imporgli l'obbligo di svolgere le sue funzioni unicamente per realizzare l'interesse della Nazione, che egli concorre a individuare nel libero sviluppo della dialettica politica, secondo le forme procedurali stabilite dalla Costituzione e dal regolamento parlamentare, senza potersi sottoporre ad alcuna forma di rappresentanza vincolata, di tipo politico o privato, lecita o illecita che sia.

In qualsiasi caso, infatti, il mandato imperativo finirebbe con il condizionare l'autonomia del Parlamentare nel selezionare e rappresentare il bene da realizzare per il miglior sviluppo della comunità nazionale, così che è proprio il divieto sancito dall'art. 67 Cost. ad interdire al Parlamentare ogni forma di accordo corruttivo, diretto al raggiungimento dell'interesse del corruttore invece di quello della Nazione nell'espletamento delle funzioni parlamentari.

Questa ricostruzione permette di superare il grave difetto che presenta l'orientamento espresso dalla Cassazione tanto nella sentenza Volontè quanto in quella Berlusconi/Lavitola, che consiste nel non rendere applicabile ai Parlamentari la distinzione tra corruzione per l'esercizio delle funzioni, *ex* art. 318 c.p., e corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio, *ex* art. 319 c.p., che vale, invece, per tutti gli altri pubblici ufficiali e che serve a reprimere più severamente le condotte obiettivamente più gravi previste dalla seconda fattispecie.

Non appare, difatti, razionale sottoporre allo stesso trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 318 c.p. sia il Parlamentare che in virtù dell'accordo corruttivo si sia limitato a mettersi a disposizione del corruttore nell'esercizio delle sue funzioni, realizzando integralmente la fattispecie di cui all'art. 318 c.p. a lui applicabile secondo tale indirizzo; e sia il Parlamentare, che, in forza dell'accordo corruttivo, abbia concretamente esercitato le sue funzioni nell'interesse, non della Nazione come stabilito dall'art. 67 Cost., ma di quello del corruttore, ponendo in essere un fatto di corruzione propria *ex* art. 319 c.p., che, però, secondo l'interpretazione formalistica della

Cassazione non sarebbe sindacabile ai sensi dell'art. 68 Cost., pur avendo prodotto alla comunità nazionale un danno molto più grave mediante l'atto o gli atti parlamentari posti in essere con il virus dell'accordo corruttivo.

Per superare l'irrazionale incongruenza della tesi della Cassazione, si può, invece, ragionare nel senso che l'art. 68, comma 1, Cost., va letto sistematicamente in combinato disposto con gli artt. 67 e 54 Cost., in modo da ricavare il principio che i membri del Parlamento non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni, quando queste siano svolte con disciplina ed onore, nell'esclusivo interesse della Nazione e senza alcun vincolo di mandato, dovendosi, all'opposto, affermare la sindacabilità da parte dell'autorità giudiziaria, al solo fine di valutare la gravità della condotta del reo, delle attività funzionali realizzate dal Parlamentare per adempiere ad accordi illeciti raggiunti con terzi per soddisfare i loro interessi egoistici a discapito di quelli della comunità nazionale, senza per questo permettere all'autorità giudiziaria di incidere sull'efficacia dell'atto parlamentare sottoposto a valutazione.

Da tale principio deriva il logico corollario che, qualora il Parlamentare abbia stipulato accordi corruttivi con terzi in violazione dei doveri a lui imposti dagli artt. 54 e 67 Cost., che rendono non applicabile la prerogativa dell'insindacabilità sancita dall'art. 68, comma 1, Cost., sarà punito, alla pari degli altri pubblici ufficiali:

– o ai sensi dell'art. 318 c.p., se si sarà limitato ad asservirsi stabilmente agli interessi personali di terzi, mediante l'impegno permanente a compiere o a omettere una serie indeterminata di atti ricollegabili alla funzione svolta[70];

– o ai sensi dell'art. 319 c.p., se avrà ricevuto il denaro o altra utilità o ne avrà accettato anche solo la promessa per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio ovvero per compiere o aver compiuto un atto che è intrinsecamente contrario ai doveri del suo ufficio, perché realizzato in esecuzione dell'accordo corruttivo, che integra la forma più perversa di quel mandato imperativo vietato dall'art. 67 Cost.

[70] Cass. pen., sez. VI, sent. 19 luglio 2019, n. 32401.

In entrambe le ipotesi di reato è rinvenibile la lesione del bene del libero esercizio della funzione parlamentare per la migliore soddisfazione dell'interesse della Nazione attraverso il metodo democratico del confronto dialettico tra le molteplici istanze sociali rappresentate da ciascun Parlamentare, lesione che, ovviamente, assume un'intensità maggiore in presenza di concreti atti parlamentari realizzati per soddisfare l'illecito accordo corruttivo, così da giustificare un trattamento sanzionatorio più grave.

E ciò senza ledere l'autonomia del Parlamento in quanto le condotte corruttive, come già osservato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 379 del 1996, fuoriescono dalla capacità classificatoria del regolamento parlamentare perché lesive di un bene fondamentale, ossia quello dell'esercizio delle funzioni parlamentari con disciplina ed onore, senza vincoli di mandato e nell'esclusivo interesse della Nazione, che spetta all'autorità giudiziaria tutelare perché rilevante per la comunità nazionale e non solo per la Camera di appartenenza.

Anche in questo caso, tuttavia, per evitare le oscillazioni della giurisprudenza che possono produrre le incongruenze registratesi nel caso De Gregorio, Lavitola, Berlusconi, che, pur imputati per gli stessi fatti, hanno avuto un trattamento penale ben diverso, in quanto il primo, quale corrotto, è stato condannato a pena patteggiata per corruzione propria, mentre gli altri due, quali corruttori, sono stati assolti per intervenuta prescrizione del reato di corruzione impropria, appare auspicabile che il potere politico, per combattere più efficacemente le proprie degenerazioni affaristiche, elabori una specifica fattispecie per la corruzione di coloro che esercitano le funzioni legislative, calibrata sui contenuti e le garanzie proprie di quelle funzioni.

In ciò seguendo l'esempio di quanto fatto nei confronti di Giudici e Pubblici ministeri, quando è stato introdotto, con la l. n. 86, l'art. 319 *ter* c.p. che reprime la corruzione in atti giudiziari, prevedendo una pena più grave (reclusione da sei a dodici anni) rispetto a quelle previste per le fattispecie di corruzione ai sensi degli artt. 318 (reclusione da tre a otto anni) o ai sensi dell'art. 319 c.p. (reclusione da sei a dieci anni), in considerazione del particolare disvalore del fatto di corruzione commesso dal pubblico ufficiale esercente le fun-

zioni giudiziarie, che, invece, di garantire il controllo di legalità nella vita della comunità nazionale, sfrutta i suoi poteri per arricchirsi indebitamente.

8. *Osservazioni conclusive sulla responsabilità penale dei Parlamentari e dei Consiglieri regionali*

Per tutte le altre fattispecie di reati propri dei pubblici ufficiali non si ritrovano nella giurisprudenza casi che abbiano comportato questioni inerenti l'applicabilità della garanzia della insindacabilità delle opinioni espresse e dei voti dati prevista per i pubblici ufficiali esercenti la funzione legislativa nei casi di abuso delle funzioni parlamentari[71], apparendo indubbio, per la Cassazione, che «un Parla-

[71] Per completezza si ricorda che Corte Cost., sent. 30 giugno 1998, n. 382, ha risolto il conflitto di attribuzione sollevato dalla Regione Veneto a seguito dell'invito a presentarsi, indirizzato dalla Procura della Repubblica presso la Pretura circondariale di Venezia al Consigliere della Regione Veneto Ivo Rossi, per essere interrogato come persona sottoposta ad indagini in ordine al «reato di cui all'art. 361 del codice penale perché nella sua qualità di pubblico ufficiale […] ometteva di denunciare all'autorità giudiziaria il reato di cui all'art. 727 del codice penale presumibilmente commesso dall'Associazione tutela animali di Galzignano», stabilendo che «non spetta allo Stato, e per esso alla Procura della Repubblica presso la Pretura circondariale di Venezia, di emettere l'atto di invito a presentarsi, di cui in epigrafe, indirizzato al Consigliere regionale, indagato per il reato di cui all'art. 361 del codice penale», così da aver annullato il detto atto. Nella motivazione la Corte, richiamandosi all'orientamento espresso in tema di immunità parlamentare circa «il nesso funzionale che, in presenza di attività oggetto di indagine penale, rende operante la prerogativa dell'art. 68 della Costituzione (sent. n. 289 del 1998)», ha affermato che «tale orientamento, nonostante la diversa posizione dei componenti delle Camere rispetto ai componenti dei Consigli regionali, appare estensibile al caso qui in esame, a fronte dell'analogo tenore, per entrambe le categorie, della disposizione sull'irresponsabilità per le opinioni espresse ed i voti dati nell'esercizio delle funzioni. Il che porta conclusivamente a ritenere che, nell'ambito dell'art. 122, comma 4, della Costituzione, rientrino non solo le attività nelle quali si estrinseca il diritto di interrogazione o di interpellanza, ma, altresì, gli elementi conoscitivi utilizzati ai fini dell'esercizio di quel diritto e che si pongono in funzionale connessione con il medesimo. – L'interpellanza, infatti, non è che una domanda, rivolta all'Esecutivo in sede di sindacato ispettivo-politico, per conoscere i motivi o gli intendimenti della condotta del medesimo, sulla scorta anche di circostanze delle quali il rappresentante venga a conoscenza, e per trarne eventuali conseguenze politiche». – È, perciò, palese che la Procura della Repubblica presso la Pretura di Venezia con

mentare possa commettere peculato per appropriazione o peculato d'uso rispetto ai beni a sua disposizione per l'esercizio della funzione», oppure possa rendersi responsabile di concussione «in relazione a quelle condotte in cui l'attività del Parlamentare viene strumentalizzata al conseguimento di una retribuzione illecita»[72].

Il Giudice di legittimità ha, inoltre, ritenuto correttamente imputabile un Parlamentare per il reato di abuso d'ufficio, *ex* art. 323 c.p., per aver sollecitato altri pubblici ufficiali a compiere atti di competenza del loro ufficio con raccomandazioni articolate ed insistenti, ma ha statuito che il fatto contestato non integrava neppure tentativo di abuso d'ufficio.

Secondo la Corte, l'abuso richiesto dall'art. 323 c.p. «deve realizzarsi attraverso l'esercizio del potere per scopi diversi da quelli imposti dalla natura della funzione attribuita, la quale, per i membri del Parlamento, si estrinseca unicamente negli atti tipici svolti all'interno degli organi dell'Istituzione o dei gruppi, ma non anche in altre attività, sebbene alle prime latamente connesse»[73], come la raccomandazione, che, in ogni caso, in assenza di ulteriori comportamenti positivi o coattivi tali da determinare la condotta dell'agente pubblico, non hanno di per sé «efficacia causativa sul comportamento del soggetto attivo, il quale è libero di aderire o meno alla segnalazione secondo il suo personale apprezzamento»[74].

Volendo, ora, trarre le conclusioni della lunga dissertazione, si può dire che il limite della disciplina vigente in tema di responsabi-

---

la sua iniziativa – pur facendo riferimento, formalmente, non già all'interpellanza presentata, ma ad elementi di conoscenza ad essa preesistenti e da essa risultanti (e senza che sia necessario affrontare qui il problema della qualificazione del Consigliere regionale come pubblico ufficiale, quando acquisisca notizie di reato al di fuori dell'esercizio delle sue funzioni pubbliche) – ha in sostanza sottoposto a sindacato, indirettamente, proprio il contenuto dell'atto di esercizio, da parte del Consigliere, della sua funzione di controllo politico».

[72] Cfr. Cass. pen., sez. VI, sent. 8 giugno 2017, n. 36769.

[73] Cass. pen., sez. VI, 9 gennaio 2013, n. 5895.

[74] Cass. pen., sez. VI, 13 aprile 2005, n. 35661. Vassalli, *Punti interrogativi sulla estensione della irresponsabilità dei membri del Parlamento*, cit., 207, ha, invece, escluso che il Parlamentare possa essere imputato per abuso d'ufficio, o per omissione o rifiuto di atti d'ufficio, o di abbandono dell'ufficio, perché sono reati che riguardano l'esercizio della funzione parlamentare, che può essere sindacato solo dalla Camera di appartenenza.

lità penale dei Parlamentari consiste nel non avere il legislatore previsto fattispecie penali specificamente rivolte ai comportamenti da loro assunti, la cui posizione giuridica è intrinsecamente diversa da quella di tutti gli altri pubblici ufficiali proprio per via della garanzia dell'insindacabilità dei voti dati e delle opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni, tanto da far apparire una forzatura un po' retorica la nozione unitaria di pubblico ufficiale contenuta nell'art. 357 c.p., che serve come valvola per rendere applicabili, ma solo apparentemente, ai membri del Parlamento (come degli altri organi legislativi) le fattispecie penali proprie dei pubblici ufficiali.

L'assenza di norme penali riservate ai pubblici ufficiali esercenti «le funzioni legislative», che tengano conto delle attività effettivamente svolte e della connessa garanzia dell'insindacabilità, determina la conseguenza che l'operatore giuridico, tanto Giudice quanto Pubblico ministero, tanto Camera di appartenenza quanto Corte Costituzionale, si ritrova ad avere una discrezionalità sin troppo ampia nell'individuazione dei casi di responsabilità penale non coperti dall'immunità, come si desume, con palmare evidenza, sia nei casi di diffamazione per dichiarazioni *extra moenia*, sia nei casi di corruzione.

Ed è proprio questa lacuna ordinamentale che produce molto spesso situazioni di acceso contrasto tra quella parte della magistratura maggiormente attiva nello scandagliare le degenerazioni del sistema politico-amministrativo; e quei settori del potere politico più restii a subire forme di controllo giudiziario, che sfociano in sin troppo frequenti conflitti di attribuzione tra l'autorità giudiziaria penale, propensa ad interpretare più restrittivamente le norme costituzionali sull'insindacabilità in nome della legalità repubblicana; e la Camera di appartenenza del Parlamentare inquisito, portata, invece, a riconoscere più estensivamente l'immunità in questione per preservare, spesso oltre il consentito, l'autonomia della funzione parlamentare[75].

[75] Furno, *L'insindacabilità parlamentare*, cit., 18 e 53, ha rimarcato gli abusi della prerogativa dell'insindacabilità commessi dalle Camere, che hanno cercato di estendere la garanzia «agli atti precedenti o successivi all'espressione funzionale delle opinioni e dei voti, anche se *extra moenia*, sulla scorta di una «connessione pregnante» o di una mera «comunanza di contenuti» o, ancora, della «inscindibilità dei contenuti con le attività parlamentari più squisitamente funzionali»; Martinelli,

Questi conflitti, inevitabilmente, si riverberano sulla coscienza dei cittadini, ingenerando un senso di sfiducia nella certezza del diritto e nella credibilità delle istituzioni, che alla lunga non può che minare le fondamenta dello Stato democratico, anche perché non sempre sono risolti dalla Corte Costituzionale con adeguata ponderazione[76] di tutti i valori costituzionali compresenti nella vicenda insieme a quello dell'autonomia parlamentare, talora protetto, come si è visto sopra, a scapito dei diritti soggettivi inviolabili della persona umana o dell'assetto democratico delle istituzioni.

Giustamente De Vergottini ha messo in risalto che nella prassi si è «istituzionalizzata una "pregiudiziale parlamentare" su iniziativa del Parlamentare interessato», che, «chiamato a rispondere di fronte a un Giudice per un eventuale illecito penale o civile», solleva davanti all'apposita Giunta della Camera di appartenenza la questione dell'applicabilità o meno al caso concreto dell'immunità prevista dal comma 1 dell'art. 68 Cost., che diviene il filtro per l'esercizio delle funzioni giudiziarie, funzionando «come una sorta di autorizzazione a esercitare le funzioni naturali» dell'autorità giudiziaria. Con la conseguenza che, nel caso in cui la Camera di appartenenza affermi l'insindacabilità e il Giudice, invece, la disconosca sollevando conflitto di attribuzioni, la Corte Costituzionale «finisce per agire come una sorta di *istanza di riesame* della decisione parlamentare», perché stabilisce di volta in volta «se il Giudice ha o non ha titolo a giudicare sul supposto illecito del Parlamentare»[77], dando origine a delle oscillazioni interpretative non sempre rispettose dei diritti in-

---

Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato, cit., 57, ha evidenziato come le Camere persistano «imperterrite a rilevare un collegamento con le funzioni parlamentari anche solo sulla base del riscontro di una vaga contestualità tematica nel dibattito politico».

[76] Secondo Furno, *L'insindacabilità parlamentare*, cit., 279, dall'analisi della giurisprudenza costituzionale si ricaverebbe l'impressione che la Corte avrebbe rinunziato «a ricercare dei criteri e canoni oggettivi, che possano dar luogo, una volta e per tutte, alla guarentigia costituzionale dell'art. 68, comma 1», non avendo saputo trovare un giusto equilibrio tra i poteri confliggenti.

Per una aggiornata ricostruzione della giurisprudenza della Corte Costituzionale si rimanda a Diaco (a cura di), *L'insindacabilità delle opinioni espresse e dei voti dati dai Parlamentari nell'esercizio delle loro funzioni (art. 68, primo comma, Cost.)*, in *Corte Costituzionale – servizio studi*, 2021, 3.

[77] De Vergottini, *Diritto costituzionale*, cit., 541.

violabili della persona umana e dei valori fondamentali dell'ordinamento democratico.

Non resta, quindi, che auspicare, in un'epoca in cui continuano a manifestarsi sul territorio nazionale forme molto gravi di degenerazione del tessuto politico-amministrativo nella gestione della cosa pubblica e, al contempo, travalicamenti della magistratura nell'esercizio delle sue funzioni repressive, che il potere politico trovi il coraggio di autoriformarsi, adottando le opportune riforme legislative tese al superamento dei limiti dell'attuale sistema che si sono evidenziati in queste pagine, arrivando ad elaborare, finalmente, ipotesi di reato, soprattutto in tema di diffamazione, di falsità ideologica, di corruzione, specificamente rivolte a reprimere i comportamenti distorti dei Parlamentari (o dei Consiglieri regionali o delle Province autonome di Trento e di Bolzano), prevedendo norme meglio modellate sulle peculiarità delle attività da loro svolte con le garanzie del divieto del mandato imperativo e dell'insindacabilità, che la Costituzione ha proclamato, non come immunità personali, ma come forme di tutela del corretto sviluppo della democrazia parlamentare nell'interesse esclusivo della Nazione.

Capitolo IV

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEI PUBBLICI UFFICIALI "GIUDIZIARI"

Sommario: 1. Le funzioni giudiziarie. – 2. L'imparzialità del Giudice. – 3. Gli strumenti di garanzia dell'imparzialità del Giudice. – 4. Il Pubblico ministero titolare dell'azione penale obbligatoria. – 5. I poteri inquirenti a fini di giustizia. – 6. L'imparzialità del Pubblico ministero – 7. L'autonomia e l'indipendenza del Pubblico ministero ordinario. – 8. La funzione requirente militare e quella erariale. – 9. La responsabilità penale dei pubblici ufficiali giudiziari.

1. *Le funzioni giudiziarie*

Per l'art. 357 c.p. altri pubblici ufficiali agli effetti penali sono gli esercenti «una pubblica funzione giudiziaria»[1], che, nel lessico della Costituzione, è un'espressione riferibile sia a coloro che esercitano le attività giurisdizionali, ossia i Giudici; sia a coloro che svolgono le attività inquirenti-requirenti, ossia i Pubblici ministeri: Giudici e Pubblici ministeri nell'ordinamento italiano formano il potere giudiziario, pluralisticamente strutturato in più ordini, ognuno dei quali è autonomo ed indipendente dagli altri poteri dello Stato.

[1] Si deve ricordare che l'art. 4 della l. n. 181 del 1992 modificò l'originario testo del comma 1 dell'art. 357 c.p., introdotto dalla l. n. 86 del 1990, sostituendo il termine "giurisdizionale" con quello "giudiziaria" per poter pacificamente ricomprendere tra i pubblici ufficiali anche coloro che esercitano le funzioni di Pubblico ministero.

Come emerge abbastanza nitidamente dalla lettura degli atti dell'Assemblea Costituente[2], la configurazione istituzionale del potere giudiziario è uno degli effetti prodotti dal criterio della ripartizione funzionale dei poteri statali posto dalla Costituzione alla base del corretto esercizio delle funzioni sovrane, tra le quali rientra quella giurisdizionale.

Secondo un'importante opinione, la giurisdizione è l'attività «diretta all'accertamento della volontà normativa da far valere in un caso concreto oggetto di una controversia tra due o più parti, pubbliche e/o private, allo scopo di eliminare le incertezze sorte in sede di applicazione delle norme o di irrogare le sanzioni previste per la commissione di illeciti, così da assicurare la certezza del diritto e la reintegrazione dell'ordine giuridico violato»[3].

Con questa precisazione concettuale appare subito chiaro che carattere imprescindibile della funzione giurisdizionale è l'assoluta terzietà dell'organo che ne è investito[4], obbligato a risolvere la controversia portata al suo esame dalle parti in contesa esclusivamente mediante l'imparziale applicazione del diritto oggettivo[5], ponendo in essere un'attività di tipo sostitutivo-surrogatorio ed attivabile solo su

---

[2] Per il quale si rimanda a: Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, cit., 109 ss.

[3] De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, Cedam, 2022. La formula citata sintetizza in modo chiaro le celebri definizioni della giurisdizione date rispettivamente da Mortara, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, I, IV ed., Milano, Vallardi, 1923, 20 come «difesa del diritto obiettivo per virtù della quale ottengono protezione le facoltà soggettive al medesimo conformi»; e da Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1928, 301 come «attuazione della legge mediante la sostituzione dell'attività degli organi pubblici all'attività altrui».

Analogamente, Guastini, *La Magistratura- art. 101 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Pizzorusso, Bologna-Roma, 1994, 147 ss.; Prendini, *L'imparzialità del Giudice civile e la sua tutela processuale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017; Martines, *Diritto costituzionale*, cit., 485; Sorrenti, *Il Giudice soggetto alla legge in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020; Comoglio, *Mito, fantasia e realtà del Giudice imparziale*, Padova, Cedam Wolters Kluwer, 2021.

[4] Così pure Silvestri, *Giustizia e Giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, 21 ss., che ha identificato «il *proprium* della giurisdizione nella posizione di *terzietà* del Giudice», che «è tale se si pone come terzo disinteressato tra due parti interessate al conflitto, allo scopo di decidere il conflitto medesimo».

[5] Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, cit., 378 ss.

impulso di parte, nel senso che «lo Stato-Giudice si muove soltanto perché coloro che avrebbero dovuto spontaneamente realizzare determinati interessi, così attuando la volontà della legge, non l'hanno fatto, e perché coloro che miravano ad ottenere tale realizzazione sono costretti dal divieto dell'autodifesa (affermato da tutti i moderni ordinamenti statali) a rivolgersi al magistrato (secondo i casi, con un'azione od un ricorso) per vedere riconosciute le proprie pretese»[6].

Il principio della divisione dei poteri, cardine della forma di stato liberaldemocratica, comporta l'attribuzione delle funzioni giudiziarie ad un complesso di organi indipendenti e separati da quelli titolari delle funzioni di decisione politica, costituenti il potere legislativo e quello esecutivo, pur restando gli organi giudiziari sottoposti agli indirizzi politici fissati nelle leggi da applicare nelle concrete controversie deferite al loro giudizio[7] e pur potendo gli organi di decisione politica «assumere le iniziative legislative ritenute opportune a contrastare indirizzi giurisprudenziali in disarmonia con le valutazioni di interesse generale ad essi affidate»[8].

Secondo l'insegnamento di Montesquieu, che può tuttora considerarsi il principale ispiratore della teoria liberale della necessità di separare le funzioni sovrane tra poteri distinti allo scopo di garantire effettivamente le libertà dei cittadini, se i Giudici, chiamati a rendere la giustizia facendo un'applicazione meccanicistica della legge («bocca che pronuncia le parole della legge, esseri inanimati che non ne possono moderare la forza né il rigore»)[9], avessero anche o il

---

[6] Biscaretti di Ruffia, *Diritto costituzionale*, XI ed., Napoli, Jovene, 1977, 504.

[7] De Vergottini, *Diritto pubblico comparato*, cit., 356.

Come osservato da Modugno, *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, Utet, 1966, 474 ss., mentre la consapevolezza da parte degli studiosi della divisione dei poteri può farsi risalire all'opera *Defensor pacis* di Marsilio da Padova pubblicata nel 1324, il primo sostenitore dell'autonomia del giudiziario fu Buchanan, che nel 1579 scrisse il *De iure regni apud Scotas dialogus*. La teoria della divisione dei poteri venne quindi ripresa dal Locke nel 1690 con il trattato *Two treatise of governments* e sistematizzata da Montesquieu nel 1748 con l'opera *Esprit des lois*.

[8] Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico, II*, Padova, Cedam, 1976, 1249.

[9] Senese, *Giudice (nozione e diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, Utet, 1991, 198 ss., che ha, però, fatto notare come il Giudice difeso dal Montesquieu fosse fondamentalmente il rappresentante dell'aristocrazia che controbilanciava nel sistema assolutista il potere del sovrano.

potere di legiferare o quello di amministrare la comunità, la libertà non potrebbe sussistere perché gli organi giudiziari o si trasformerebbero di volta in volta in legislatori del caso concreto, «rendendo arbitrario il potere sulla vita e sulla libertà dei cittadini»; o acquisterebbero una forza smisurata e oppressiva[10].

Da qui l'esigenza di distribuire le diverse funzioni necessarie al reggimento della comunità nazionale tra organi o gruppi di organi distinti ed indipendenti, al fine di ottenere una limitazione del potere sovrano attraverso la sua ripartizione fra diversi soggetti pubblici, ognuno dei quali, essendo titolare di una precisa funzione attiva ed essendo capace di impedire gli eventuali abusi degli altri organi, riesce a contribuire alla protezione ed allo sviluppo dei diritti dei cittadini[11].

Pur essendo pacifico sul piano dell'analisi storica che la teoria della divisione dei poteri non ha mai ricevuto una piena applicazione negli stati di democrazia liberale[12], è, comunque, incontrovertibile che soltanto a partire dall'affermazione di questo principio organizzativo nelle costituzioni di stampo liberale è possibile cogliere il graduale affermarsi delle forme di garanzia dell'indipendenza della magistratura, tanto da potersi dire che "divisione dei poteri" e "indipendenza della magistratura" sono fenomeni istituzionali connessi da una sorta di legame ideologico, di consequenzialità necessaria[13], essendo divenuto patrimonio comune della cultura giuridica liberaldemocratica che non può esistere la libertà laddove vi sia confusione tra chi fa le leggi, chi le applica e chi giudica.

Ispirata da questi ideali, anche la vigente Carta Costituzionale italiana, dopo aver affermato l'unicità del potere sovrano del popolo (art. 1), si preoccupa di soddisfare il bisogno democratico di assicurare il libero godimento dei diritti dei cittadini da ogni possibile arbitrio, distribuendo con precisione le molteplici manifestazioni funzionali della sovranità tra più soggetti istituzionali pubblici, posti in

---

[10] Secondo la brillante sintesi del pensiero di Montesquieu fatta da Modugno, *Poteri (divisione dei)*, cit., 476.

[11] De Vergottini, *Diritto pubblico comparato*, cit., 346 ss.

[12] Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 533.

[13] Daga, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, Napoli, Jovene, 1973, XVIII.

posizione reciproca di equilibrio, di collaborazione e di controllo[14], attribuendo al contempo un'indubbia primazia al Parlamento, in quanto rappresentante diretto del popolo. La posizione centrale di quest'organo nell'ordinamento repubblicano si sostanzia: a) nell'esercizio della funzione legislativa costituzionale e ordinaria, da svolgere pure nel campo dell'ordinamento giudiziario (art. 108 Cost.); b) nel previo conferimento della fiducia come presupposto necessario per il pieno esercizio dei poteri esecutivi da parte del Governo e quindi pure del Ministro della Giustizia; c) nella scelta, totale o parziale, dei componenti di altri organi costituzionali o di rilevanza costituzionale tra i quali il Presidente della Repubblica, la Corte Costituzionale ed il CSM, ecc.[15].

In questa direzione si deve osservare che gli artt. 70, 116 e 117 Cost. assegnano la formazione delle leggi alle Camere e alle Regioni; gli artt. 95, 116, 118 e 128 Cost. ripartiscono le funzioni di amministrazione tra Governo, Regioni ed altri enti locali; gli artt. 86 e 134 Cost. conferiscono delicate funzioni di garanzia costituzionale al Presidente della Repubblica e alla Corte Costituzionale[16].

In modo altrettanto chiaro ed esplicito gli artt. 101, comma 1, 102, comma 1, e 104, comma 1, Cost. stabiliscono, a coronamento di un lungo processo storico per l'affermazione del principio della sepa-

---

[14] Corte Cost., sent. 24 dicembre 1993, n. 462, «nell'ordinamento democratico stabilito dalla Costituzione i poteri dello Stato sono organizzati secondo un modello di pluralismo istituzionale, nel quale il principio della reciproca separazione è corretto con quello di reciproco controllo e bilanciamento».

[15] Grassi, *La certezza del diritto e i rapporti tra Magistratura e Parlamento*, in *Cons. St.*, 1972, II, 157 ss.; Pizzorusso, *La Magistratura- art. 102 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., 208 ss., che ha ricordato che «in regime di democrazia parlamentare, le diverse funzioni statali debbono rispettare, in linea di massima, il diverso grado di rappresentatività popolare di cui sono rispettivamente capaci e pertanto non vi è dubbio che gli atti delle Assemblee elettive possano in linea di massima prevalere su quelli dei funzionari amministrativi e dei Giudici».

[16] Sulla trasposizione nella Carta Costituzionale del principio della divisione dei poteri si veda più approfonditamente Modugno, *Poteri (divisione dei)*, cit., 483 e ss., che ha sostenuto che la nostra Costituzione sembra avere una spiccata tendenza «alla molteplicità e alla moltiplicazione degli organi costituzionali oltre che degli enti territoriali a rilevanza costituzionale», da riordinare secondo il principio della competenza, in forza del quale ciascun potere ha delle attribuzioni sindacabili solo dalla Corte Costituzionale e distinguibili in base alla forma e alla materia degli atti da adottare.

razione dei poteri[17] anche nel campo delle funzioni giudiziarie, che «la giustizia è amministrata in nome del popolo», che «la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme di ordinamento giudiziario», «soggetti soltanto alla legge»[18] e costituenti «un ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere», avente una competenza generale a conoscere tutte le controversie inerenti alla lesione di diritti soggettivi diverse da quelle tassativamente riservate dalla legge ad altri ordini giudiziari[19], perciò detti speciali.

E si noti, secondo la migliore dottrina, che tali complessi giudiziari sono preservati dall'art. 103 Cost. non solo per le particolarità di determinate materie e delle correlative posizioni giuridiche coinvolte, costituenti perlopiù degli interessi legittimi[20] (salvi i casi di giurisdizione esclusiva pure su diritti soggettivi[21]), ma anche per difendere le libertà civili dai pericoli nascenti dalla concentrazione in un unico apparato della funzione di rendere giustizia[22], venendo, al contempo, assicurata l'unitarietà complessiva della funzione giurisdizionale con l'assegnazione (art. 111, comma 7, Cost.) alla Corte di Cassazione del compito di risolvere i conflitti insorti tra organi di giurisdizioni diverse[23].

---

[17] Bartole, *Il potere giudiziario*, in Amato, Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Mulino, 1991, 627.

[18] Profonda è la ricostruzione dell'imparzialità del Giudice effettuata da Caianiello, *Giudice imparziale precostituito e tutela dei diritti fondamentali in materia penale*, in Aa.Vv., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2017, 902 ss.

[19] Ad avviso di Pizzorusso, *La Magistratura- art. 102 Cost.*, cit., 195 ss., la funzione giurisdizionale, essendosi ridotta l'aspirazione ad una sua unità espressa in Assemblea Costituente alla regola inserita nell'art. 111 Cost. di configurare il ricorso per Cassazione come «rimedio esperibile contro le decisioni di qualunque Giudice», è costituzionalmente divisa in sette gruppi di competenze, ossia costituzionale, civile, penale, penale militare, amministrativa, contabile e tributaria, ripartite tra corpi di magistrati distinti, dei quali solo quello ordinario è dotato di un organo di governo di rilevanza costituzionale, il CSM.

[20] Per Satta, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 225, la giurisdizione, vista come l'affermazione dell'ordinamento nel caso concreto, si riparte in una molteplicità di articolazioni a causa «della diversità degli interessi che attraverso la giurisdizione trovano la loro tutela, e in questa stessa diversità sta il fondamento sostanziale delle varie forme o dei vari tipi di processo».

[21] Martines, *Diritto costituzionale*, cit., 497 ss.

[22] Cavallaro, *Riflessioni sulle giurisdizioni*, Padova, Cedam, 2018.

[23] Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, cit., 1256, ha correttamente sottolineato che nella Carta Costituzionale il principio enunciato nell'art. 111, comma 7, della Corte di Cassazione come «Giudice dei conflitti» costituisce l'unico pro-

In forza della combinata lettura degli artt. 101, 102, 103, 104, 108 e 111 (comma 1, come modificato con l. cost. 23 novembre 1999, n. 2) la funzione giurisdizionale «si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge» ed è conferita in via esclusiva a degli organi facenti parte, a seconda dei casi controversi, del complesso giudiziario ordinario o di quelli speciali, le decisioni dei quali godono della garanzia di essere assolutamente immuni da qualsiasi forma di pressione proveniente tanto dalle parti in contesa quanto da soggetti, pubblici o privati, estranei al rapporto processuale[24].

Seguendo l'autorevole insegnamento di Mortati, si può affermare che nella Costituzione italiana è sancito il principio della riserva della funzione giurisdizionale, «da intendere nel senso: che nessuna controversia avente ad oggetto l'interpretazione di norme giuridiche possa venire sottratta a Giudici regolarmente costituiti; che non sia da ammettere nessuna interferenza degli altri poteri nel corso di un giudizio o dopo che la pronuncia sulla controversia sia stata presa ponendola nel nulla, oppure omettendone l'applicazione»[25].

Si può, così, osservare, che la Carta Costituzionale, recependo i dettami del costituzionalismo liberale, mira ad assicurare la tutela piena delle posizioni giuridiche soggettive dei cittadini nei confronti di tutti i soggetti pubblici o privati, conferendo l'esercizio delle funzioni giudiziarie di ripristino dell'ordine legale violato a degli organi che, essendo posti in condizioni di indipendenza, acquistano la capacità di controllare effettivamente la conformità alla volontà legislativa, ed *in primis* di quella della Costituzione, dell'agire di tutti i soggetti, pure di quelli titolari del potere politico. Tra i diritti inviolabili dell'uomo, costituzionalmente garantiti all'art. 2, va annovera-

---

dotto dell'iniziale aspirazione all'unicità della giurisdizione presente in Assemblea Costituente. Villata, *Scritti in tema di questioni di giurisdizione*, Padova, Cedam, 2019.

Il concetto è stato ripreso da Silvestri, *Giustizia e Giudici nel sistema costituzionale*, cit., 39 ss., che ha ritenuto che «il fatto che sia posto al vertice di tutte le magistrature, con il compito anche di risolvere i conflitti di giurisdizione, un organo sicuramente ritenuto di magistratura ordinaria, dimostra l'unitarietà essenziale dell'ordinamento giurisdizionale nel suo complesso, ricondotto ad unità sotto il segno del massimo Giudice ordinario».

[24] Mezzetti, *Manuale breve diritto costituzionale*, cit., 385 ss.

[25] Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, cit., 1249 ss.

to anche il diritto alla tutela giurisdizionale, che è uno dei «principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un Giudice e un giudizio»[26].

L'indipendenza del Giudice è fondamentalmente finalizzata a garantire la piena protezione delle posizioni soggettive dei cittadini dalle lesioni provocate da un qualsiasi altro soggetto giuridico, anche da parte di quelli titolari dei poteri di indirizzo politico[27], garantendo al Giudice l'imparzialità «o meglio, […], l'esclusione di ogni pericolo di parzialità, onde sia assicurata al Giudice una posizione assolutamente *super partes*»[28].

Per proteggere efficacemente i valori fondamentali espressi in modo rigido, la Costituzione attribuisce, così, al Giudice la possibilità di esercitare il controllo di legalità nei confronti degli organi politici, tanto che questi può promuovere nei confronti del legislativo il sindacato di costituzionalità della Corte Costituzionale sulle leggi; e può disapplicare nei confronti dell'esecutivo l'atto amministrativo giudicato illegittimo[29].

2. *L'imparzialità del Giudice*

Condizione indispensabile per l'assolvimento della funzione di garanzia della legalità costituzionale e di difesa delle libertà persona-

---

[26] Corte Cost., sent. 2 febbraio 1982, n. 18.

[27] Così Modugno, *Poteri (divisione dei)*, cit., 474; Guarnieri, *Magistratura e politica in Italia*, Bologna, Mulino, 1992, 18. Si veda pure Corte Costituzionale, sent. 14 gennaio 1986, n. 4, che ha evidenziato che la Carta Costituzionale del 1948, ha dedicato alla giurisdizione «un complesso di norme cospiranti ad assicurare a chiunque e contro chiunque l'effettiva ed obiettiva tutela di ogni diritto soggettivo – in primo luogo, della libertà – e di ogni interesse legittimo», norme che sono articolate in due parti «tra loro complementari», ossia da un lato quelle relative all'esercizio della giurisdizione e dall'altro lato, quelle inerenti all'organizzazione ed al funzionamento di questa.

[28] Corte Cost., sent. 3 aprile 1969, n. 60.

[29] Sul punto Senese, *Giudice (nozione e diritto costituzionale)*, cit., 205 ss.; Romboli, Panizza, *Ordinamento giudiziario*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, X, Torino, Utet, 1995, 370 ss.; Caianiello, *Giudice imparziale precostituito e tutela dei diritti fondamentali in materia penale*, in Aa.Vv., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 902 ss.

li è l'esclusiva ed assoluta soggezione dei titolari delle funzioni giurisdizionali alla legge conforme alla Costituzione, che devono applicare al caso sottoposto al loro giudizio in modo libero, ossia senza seguire direttive diverse da quelle tratte, secondo la propria professionalità e secondo la propria coscienza, dallo stesso sistema normativo attraverso codificate regole di ermeneutica. E la prima di tali regole è che il Giudice, qualora reputi, d'ufficio o su istanza delle parti o del Pubblico ministero, che la norma legislativa da applicare per la risoluzione del caso controverso sia illegittima costituzionalmente, ha il dovere di sospendere il giudizio e di rimettere la questione di legittimità costituzionale alla Corte Costituzionale (artt. 134 e 136 Cost.; 1, l. cost. n. 1 del 1948, 23, l. n. 87 del 1953)[30].

Come ben messo in risalto dalla Corte Costituzionale, «la Costituzione, legando il Giudice alla legge, vuole assoggettarlo, non solo al vincolo di una norma che specificamente contempli la fattispecie da decidere, ma altresì alle valutazioni che la legge dà dei rapporti, degli atti e dei fatti, e al rispetto degli effetti che ne desume; in tal caso, è sempre alla legge che il Giudice si collega quando armonizza la sua decisione alle dette valutazioni»[31].

In questo modo l'organo giurisdizionale risulta essere imparziale, in quanto questi, nell'applicare al caso concreto la legge giudicata rispettosa della Costituzione, persegue unicamente le finalità politiche oggettivizzatesi e cristallizzatesi nella norma giuridica con efficacia vincolante per tutti i consociati anteriormente al fatto contestato, riuscendo a rivestire quel ruolo di terzietà rispetto alle contrapposte posizioni espresse nella controversia portata al suo esame, che è caratteristica ontologicamente connaturata alle funzioni svolte.

L'essenza primigenia della funzione giurisdizionale si sostanzia nell'interpretazione attualizzante, effettuata in modo oggettivo e imparziale, della scelta operata preventivamente ed astrattamente dal potere legislativo per disciplinare una generalità di rapporti sociali, tra i quali rientra quello in concreto controverso tra due o più soggetti di diritto, pubblici e/o privati, portatori di interessi

[30] Caianiello, *Giudice imparziale precostituito e tutela dei diritti fondamentali in materia penale*, in Aa.Vv., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 902 ss.

[31] Corte Cost., sent. 25 marzo 1970, n. 50.

contrapposti, che spetta al Giudice ricostruire e ricomporre. Questa attività viene svolta da un organo diverso tanto dal potere artefice delle norme quanto dalle stesse parti contendenti, perché sia assicurata ad ogni membro della comunità l'applicazione del diritto immune da qualsiasi faziosità e da qualsiasi valutazione politica concreta.

Appare, perciò, evidente che «la soggezione del Giudice alla legge esclude che i Giudici possano farsi portatori di programmi o indirizzi politici di sorta, e suppone che la selezione dei Giudici si fondi non sulle loro inclinazioni politiche, ma esclusivamente sulle loro competenze tecniche», valutate democraticamente mediante un pubblico concorso[32].

È importante sottolineare che, per rispettare, da un lato, il diritto alla tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche soggettive previsto all'art. 24 Cost.; e, dall'altro lato, il principio fondamentale dell'efficienza del processo sancito dagli artt. 3, 101 e 111, comma 2, Cost.[33], la funzione giurisdizionale è esercitata con continuità e prontezza[34] nei termini fissati dalla legge ordinaria da un Giudice, che, ai sensi del comma 1 dell'art. 25 Cost., deve essere precostituito alla specifica controversia secondo quelle precise modalità stabilite dalla legge ordinaria, che servono ad impedire che una delle parti in contesa abbia la possibilità di scegliersi il Giudice meglio predisposto a soddisfare le pretese vantate[35].

Al legislatore ordinario compete, perciò, di individuare ed organizzare *ex ante* il Giudice per tutti i casi controversi rientranti in una determinata sfera di competenza, che a lui deve essere conferi-

---

[32] Guastini, *Il Giudice e la Legge. Questioni di interpretazione dell'art. 101 Cost.*, in *Studi in onore di Mazziotti*, I, Padova, Jovene, 1995, 829 ss. Similmente Silvestri, *Giustizia e Giudici nel sistema costituzionale*, cit., 54; Giacobbe, *La riforma del CSM nella prospettiva della riforma dell'ordinamento giudiziario secondo la Costituzione repubblicana*, in *Giust. civ.*, 1980, 360 ss.

[33] Sulla configurazione dell'efficienza del processo quale bene costituzionale enucleabile «dai principi costituzionali che regolano l'esercizio della funzione giurisdizionale, e il canone della razionalità delle norme processuali», si veda Corte Cost., sent. 22 ottobre 1996, n. 353.

[34] Silvestri, *Giustizia e Giudici nel sistema costituzionale*, cit., 170; Romboli, Panizza, *Ordinamento giudiziario*, cit., 400 ss. Si veda pure Corte Cost., sent. 25 marzo 1975, n. 71.

[35] Mezzetti, *Manuale breve diritto costituzionale*, cit., 387.

ta secondo regole idonee a garantire l'imparzialità e l'obiettività del giudizio[36].

Per rafforzare la neutralità della funzione giurisdizionale, la l. cost. n. 2 del 1999, di modifica sull'art. 111 Cost., ha sancito il principio del necessario contraddittorio giudiziale, per il quale ogni processo si svolge, secondo le previsioni del legislatore, in tempi ragionevoli davanti al Giudice terzo e imparziale con la contrapposta partecipazione delle parti in contesa, che devono essere poste in condizioni di reciproca parità.

In questo modo il Giudice è obbligato a pronunciare la soluzione della specifica situazione controversa portata al suo esame, fornendo in termini oggettivi e neutrali la ricostruzione del fatto specifico, l'interpretazione e l'applicazione delle norme ad esso relative, alle quali egli perviene attraverso l'attento esame delle contrapposte argomentazioni sviluppate, tanto in fatto quanto in diritto, secondo le forme processuali stabilite, dalle parti contendenti, alle quali si riconosce la possibilità di avvalersi dell'assistenza di un difensore tecnico per meglio garantire il proprio diritto di azione e di difesa in giudizio (art. 24 Cost.)[37].

Richiamandosi alla «Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» del 1950, il legislatore costituzionale del 1999 ha altresì rinvigorito le garanzie difensive delle persone accusate di un reato, ribadendo specificamente che il processo penale è retto dal principio accusatorio, per il quale la prova si forma nel contraddittorio tra Pubblico ministero e imputato, ad eccezione dei casi, previsti dalla legge, nei quali la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accerta-

---

[36] Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, cit., 1261; Caianiello, *Giudice imparziale precostituito e tutela dei diritti fondamentali in materia penale*, in Aa.Vv., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 902 ss.

Per Corte Cost., sent. 9 luglio 1970, n. 121 i requisiti essenziali posti dalla Costituzione a presidio della funzione giurisdizionale si devono ravvisare: «nella necessità che l'organo giudicante sia immune da vincoli che comportino la sua soggezione formale o sostanziale ad altri organi […]; nell'esigenza che sia per esso assicurata una certa forma di inamovibilità […]; nella possibilità per il Giudice speciale che sia anche organo dell'amministrazione dello Stato di sottrarsi alle risultanze degli atti provenienti dagli organi ed uffici della stessa amministrazione […]»; e nella necessità che nei casi di incompatibilità l'ordinamento consenta l'astensione o la ricusazione con la possibilità di reintegrare l'organo giudicante.

[37] De Vergottini, *Diritto Costituzionale*, cit., 623 ss.

ta impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita (art. 111, commi 4 e 5, introdotti con l. cost. n. 2 del 1999).

Da questa scelta organizzativa il legislatore costituzionale ha tratto coerentemente le seguenti regole:

– la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa (v. l. 7 dicembre 2000, n. 397, contenente disposizioni in materia di indagini difensive); abbia la facoltà, davanti al Giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo;

– la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base delle dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore (art. 111, commi 3 e 4, Cost., introdotti con l. cost. n. 2 del 1999)[38].

Il comma 2 dell'art. 101 ed il comma 2 dell'art. 111 Cost. diventano, così, i riferimenti normativi principali del dovere di imparzialità del singolo Giudice, che, soggetto soltanto alla legge, esercita la funzione di attuare e di dichiarare il diritto, ossia di risolvere la specifica controversia sottoposta al suo giudizio[39] applicando, con adeguata motivazione, esclusivamente le regole sostanziali e formali previamente stabilite dal legislatore[40].

---

[38] Per un esame degli effetti prodotti sulla procedura penale dalla legge costituzionale n. 2 del 1999 si rimanda a: Nappi, *Guida al Codice di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2007; Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2022, in particolare p. 42 e ss.

[39] Secondo Spagna-Musso, *Giudice (nozione)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, 932 ss., il Giudice è propriamente il solo organo pubblico preposto all'esercizio di funzioni giurisdizionali che sia titolare di poteri decisori circa la ricostruzione dei fatti controversi e/o l'individuazione delle norme applicabili ai fini della risoluzione di una controversia sorta tra due o più altri soggetti dell'ordinamento giuridico.

[40] In proposito Guastini, *Questioni di interpretazione dell'art. 101 Cost.*, cit., 843 ss., che ha, tra l'altro, notato che «la norma che assoggetta il Giudice alla legge

Essendo sottoposto esclusivamente alla legge nello svolgimento delle sue funzioni in condizioni di terzietà ed imparzialità e nel rispetto delle regole del giusto processo, il Giudice esercita un'attività che non ha nulla di discrezionale, se per discrezionalità si intende, «come per la pubblica amministrazione, la valutazione d'opportunità che attiene alla fase di ponderazione degli interessi». Difatti l'agire del Giudice «in funzione di arbitro e regolatore di una pretesa di parte non è connotato da libertà della scelta ma […] dal principio di legalità ed è in tali termini sempre doveroso».

È quindi tutta un'altra cosa «la cosiddetta discrezionalità che coincide con la valutazione di merito che compete al Giudice effettuare allorché si tratta di ricostruire la materialità del fatto (sostanziale o processuale) in vista della qualificazione di esso dal punto di vista della legge», perché anche in tal caso «consegue il cosiddetto "potere-dovere" – ossia il dovere che sorge da un potere (*recte*, da una potestà) a esercizio necessario – della applicazione della norma al caso concreto in essa sussumibile»[41].

Dovendo attuare l'imparzialità della funzione giurisdizionale, il legislatore ordinario ha il delicato compito di abilitare il Giudice a risolvere, con efficacia tendenzialmente definitiva ("giudicato")[42], il contrasto sottoposto al suo esame nel contraddittorio delle parti, sia attraverso l'accertamento del fatto controverso svolto con adeguati poteri istruttori; sia mediante l'individuazione delle norme giuridiche applicabili fatta unicamente secondo le sue conoscenze tecnico-professionali[43]. In questo modo il Giudice è messo in condizione di pervenire alla formulazione del giudizio finale con cui realizza coattivamente la volontà normativa nei confronti delle parti del processo.

[…] può considerarsi un corollario» del principio di subordinazione della funzione giurisdizionale alla sovranità popolare.

[41] Cass. pen., S.U., 29 settembre 2011, n. 155.

[42] Pure per Corte Cost., sent. 27 giugno 1958, n. 40, una delle caratteristiche della funzione giurisdizionale è l'attribuzione ai suoi atti decisori dell'autorità di cosa giudicata e la loro ricorribilità in Cassazione per violazione di legge.

[43] Così Pizzorusso, *La Magistratura- art. 102 Cost.*, cit., 200, che ha individuato nell'attività di interpretazione di norme di diritto e di valutazione del fatto e delle prove gli elementi caratteristici indelebili della funzione giurisdizionale, che si esplica attraverso atti dotati di particolare stabilità.

Essendo estraneo al circuito della rappresentanza politica, che sola giustifica la tendenziale libertà di scelta del potere legislativo (nei limiti della Costituzione) e la discrezionalità di quello amministrativo, il Giudice non sembra poter giustificare la propria azione sulle libertà altrui se non come garante di un'interpretazione (relativamente) "certa" e "determinata" del diritto, ed in primo luogo dei principi e delle regole costituzionali, i quali, a ben guardare, s'inverano come tali solo nel «provvedimento concreto» dell'autorità giudiziaria.

Si può, così, affermare che la funzione giurisdizionale esprime la sovranità popolare ai sensi degli artt. 1 e 101 Cost. solo nel momento in cui si sostanzia nell'interpretazione neutra e nell'applicazione integrale del diritto alla luce dei valori e dei principi enunciati dalla Costituzione[44].

In altre parole, l'enunciato «I Giudici sono soggetti […] alla legge» non può non significare almeno questo: che i Giudici sono incondizionatamente obbligati ad applicare la legge» (e gli atti a questa equiparati) in vigore al momento della decisione, «nel senso che non possono in alcun caso *rifiutarne* l'applicazione», anche se possono «*sospenderla*, qualora nutrano dubbi intorno alla sua legittimità costituzionale»[45], sollevando la relativa questione davanti alla Corte Costituzionale ai sensi degli artt. 134 e 136 Cost., 1, l. cost. n. 1 del 1948, 23, l. n. 87 del 1953.

Si può, quindi, osservare che la funzione giurisdizionale si collega alla sovranità popolare, «unica fonte di legittimazione dei poteri dello Stato in un ordinamento monista fondato sul principio democratico», proprio attraverso la sua esclusiva soggezione alla legge, che il Giudice sottopone a ricognizione, selezione, controllo e razionalizzazione «per estrarne la regola da applicare al caso concreto», avvalendosi dell'apporto interpretativo fornito dalle parti del processo nell'esplicazione del loro diritto di azione e di difesa sancito

---

[44] Angiolini, *Giurisdizione (riserva di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, Utet, 1991, 368. Così pure Spagna-Musso, *Giudice (nozione)*, cit., 937; Guastini, *La Magistratura- art. 101 Cost.*, cit., 187 ss.; Romboli, Panizza, *Ordinamento giudiziario*, cit., 371 ss.; Mezzanotte, *Sulla nozione di indipendenza del Giudice*, in Caravita (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Bari, Laterza, 1994, 3 ss.

[45] Guastini, *La Magistratura- art. 101 Cost.*, cit., 175.

dall'art. 24 Cost.[46] e non venendo influenzato da alcun altro potere o soggetto estraneo al processo stesso[47].

3. *Gli strumenti di garanzia dell'imparzialità del Giudice*

È importante porre nel massimo risalto che l'ordinamento costituzionale, stabilendo all'art. 107, comma 3, Cost. «I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni», conferisce al Giudice una posizione di indipendenza nello svolgimento della attività di giudizio (ossia di determinazione del fatto controverso e di applicazione ad esso della norma giuridica individuata a seguito dell'interpretazione delle norme vigenti[48]) talmente forte da renderlo non vincolato a seguire neppure i precedenti giurisprudenziali intervenuti su casi simili in altri giudizi, in quanto lo qualifica componente di un potere dal carattere essenzialmente diffuso nel senso che egli ha la capacità di «porre in essere pronunce sulle quali la Corte di Cassazione non sarebbe in grado di esercitare il proprio sindacato, se non nei casi previsti dai codici di rito e […] sempre dietro iniziativa di chi sia parte in giudizio»[49].

Ne consegue, allora, che l'organizzazione giudiziaria complessiva si deve fondare su delle «interrelazioni rigorosamente orizzontali» per le quali «il riesame delle sentenze da parte di altro Giudice, in un sistema improntato al doppio grado di giurisdizione, e lo stesso controllo di legittimità affidato alla Corte di Cassazione[50] non implicano l'esercizio di una funzione "superiore" a quella esercitata dal Giudice che ha emesso la pronuncia di primo grado, ma di una fun-

[46] Senese, *Giudice (nozione e diritto costituzionale)*, cit., 215, che ha parlato in proposito di «cooperazione spirituale attiva» tra il Giudice e le parti del processo nell'individuazione della regola di diritto applicabile alla *regiudicanda*, che «contrassegna la pronuncia del Giudice come un farsi democratico del comando legale».

[47] Senese, *Giudice (nozione e diritto costituzionale)*, cit., 205.

[48] Silvestri, *Giustizia e Giudici nel sistema costituzionale*, cit., 73.

[49] Corte Cost., sent. 22 ottobre 1975, n. 231. In senso conforme Guastini, *La Magistratura- art. 101 Cost.*, cit., 172 ss. che ha rimarcato l'inesistenza nell'ordinamento italiano della regola dello "stare decisis", ossia del precedente giudiziario vincolante, propria degli ordinamenti di *common law.*

[50] Mammone, *Corte di Cassazione e giurisdizione*, Bari, Cacucci, 2023.

zione "diversa", non attivabile *ex officio*, ma solo su impulso di parte, quando uno dei soggetti del rapporto giuridico processuale si determina a chiedere all'ordinamento un secondo esame della medesima questione o reclama la determinazione intangibile, per quel caso, della regola di diritto da applicare»[51], alla quale il Giudice di merito deve uniformarsi perché «assolve ad un'esigenza logica prima che giuridica la legge che traccia le linee del procedimento in modo che esso abbia a progredire verso la soluzione finale attraverso la concatenazione di atti di valore definitivo, in modo da impedire la perpetuazione dei giudizi»[52].

La legge ordinaria deve, dunque, preordinare gli strumenti, tanto interni quanto esterni al processo, idonei a tutelare l'obiettività della decisione del Giudice[53], al quale deve essere garantita una posizione tale da non dover subire direttive o sanzioni ma anche da non poter sperare di ricevere speciali ricompense per il suo operato da parte di nessuno[54].

Il primo di questi strumenti è «il *giusto processo* – formula in cui si compendiano i principi che la Costituzione detta in ordine tanto ai caratteri della giurisdizione, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, quanto ai diritti di azione e difesa in giudizio –», che «comprende l'esigenza di imparzialità del Giudice: imparzialità che non è che un aspetto di quel carattere di *terzietà* che connota nell'essenziale tanto la funzione giurisdizionale quanto la posizione del Giudice, distinguendola da quella di tutti gli altri soggetti pubblici, e condiziona l'effettività del diritto di azione e di difesa in giudizio»[55].

---

[51] Silvestri, *Giustizia e Giudici nel sistema costituzionale*, cit., 73.

[52] Corte Cost., sent. n. 50 del 1970, cit., che ha preservato il principio che nel giudizio di rinvio apertosi a seguito di pronunzia della Corte di Cassazione il Giudice di merito si uniformi alla sentenza della Cassazione per ciò che concerne ogni questione di diritto decisa, ritenendo che «la legge che all'uopo fa la legge, quando chiude una fase processuale e ne fa proseguire un'altra che poggia sui risultati della prima, attiene a criteri di politica giudiziaria, di per sé soli insindacabili nella sede di legittimità costituzionale». Analoghe considerazioni sono state svolte da Corte Cost. nella sent. n. 142 del 1971, cit., a proposito del comma 3 dell'art. 22 della legge fallimentare che dispone che, se la Corte d'appello accoglie il ricorso per la dichiarazione di fallimento in riforma della decisione contraria del Tribunale, gli atti sono rimessi al Tribunale perché proceda alla dichiarazione di fallimento.

[53] Corte Cost., sent. 3 aprile 1969, n. 60.

[54] Corte Cost., sent. 25 marzo 1971, n. 72.

[55] Corte Cost., sent. 24 aprile 1996, n. 131; sent. 31 maggio 1996, n. 155.

Per tutelare pienamente il principio del giusto processo, «di cui la garanzia dell'imparzialità e della neutralità del Giudice costituisce uno dei più rilevanti aspetti», il legislatore processuale prevede degli appositi istituti (ossia l'incompatibilità, l'astensione e la ricusazione), attivabili d'ufficio o su istanza delle parti processuali, che servono ad impedire al Giudice di svolgere le funzioni giurisdizionali nello specifico processo in presenza di situazioni pregiudizievoli per la sua imparzialità, in modo da «evitare che il Giudice chiamato a svolgere funzioni di giudizio possa essere, o anche solo apparire, condizionato»[56] da un qualsiasi fattore diverso dalle norme che deve interpretare ed applicare al caso concreto sottoposto al suo esame.

Le soluzioni per garantire un giusto processo variano a seconda delle peculiarità proprie di ciascun tipo di procedimento, in considerazione della diversa posizione e dei differenti poteri di impulso riconosciuti dalla legge alle parti, così che «le insopprimibili esigenze di imparzialità del Giudice», mentre nel processo civile, in quello amministrativo, contabile e fiscale, sono risolvibili attraverso gli istituti della astensione e della ricusazione regolati dagli artt. 51 ss. c.p.c. per i Giudici ordinari civili; 288 ss. c.p.mil.p. per i Giudici militari; 17 ss. del codice del processo amministrativo di cui al d.lgs. n. 104 del 2010, come succ. mod., per i Giudici amministrativi; 21 ss. del codice di giustizia contabile di cui al d.lgs. n. 174 del 2016, come succ. mod., per i Giudici contabili; 6 ss. del codice del processo tributario di cui al d.lgs. n. 546 del 1992, come succ. mod., per i Giudici tributari; nel processo penale abbisognano degli istituti dell'incompatibilità, dell'astensione e della ricusazione, che gli artt. 34 e ss. c.p.p. disciplinano in modo particolarmente rigido al punto che anche una precedente valutazione espressa nel merito sulla medesima *res iudicanda* da parte del medesimo Giudice nell'ambito di un diverso procedimento costituisce situazione pregiudizievole per l'imparzialità della funzione giudicante, essendo tale da esporre quel Giudice «alla forza della prevenzione derivante dalle attività giudiziarie precedentemente svolte»[57].

---

[56] Corte Cost., sent. 6 luglio 2000, n. 283.

[57] Corte Cost., sent. 6 luglio 2000, n. 283; Mazzon, *Astensione, ricusazione, poteri e responsabilità dei Giudici*, Milano, Key Editore, 2023.

Venendo alle garanzie extra-processuali, si osserva che, poiché il principio dell'indipendenza della funzione giurisdizionale, enunciato nel comma 2 dell'art. 101 e nel comma 2 dell'art. 111 Cost., «esprime l'esigenza che il Giudice non riceva se non dalla legge l'indicazione delle regole da applicarsi nel giudizio e che nessun'altra autorità possa quindi dare al Giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto»[58], il Giudice deve essere preservato libero ed intangibile da ogni condizionamento, anche da quelli politici, mediante il riconoscimento a livello costituzionale di alcune prerogative di status, ossia, da un lato, l'inamovibilità, così come definita in favore di tutti i magistrati dagli artt. 107, comma 1, Cost. e 1 e ss. r.d.l. n. 511 del 1946; e, dall'altro lato, il governo autonomo ed indipendente di ciascuna magistratura riservato ad appositi organi in parte elettivi, ossia:

– per la magistratura ordinaria il CSM, previsto dagli artt. 104 ss. Cost. come organo di rilevanza costituzionale che garantisce l'autonomia dell'ordine giudiziario in stretto collegamento con gli altri poteri dello Stato mediante un'articolazione rappresentativa mista, in parte istituzionale e in parte elettiva, nella quale l'elemento togato è comunque adeguatamente preponderante rispetto agli altri (artt. 104, 105, 106 e 107 Cost.)[59];

– per quella amministrativa il Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, istituito con l. 27 aprile 1982, n. 186;

– per quella contabile il Consiglio di Presidenza della Corte dei Conti, introdotto dalla l. 13 aprile 1988, n. 117;

– per quella tributaria il Consiglio di Presidenza della Giustizia tributaria, regolato dal d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 545;

– per quella militare il Consiglio della magistratura militare, ora regolato dal d.lgs. n. 66 del 2010[60].

---

[58] Corte Cost., sent. 6 dicembre 1976, n. 234.

[59] Sul punto si rimanda più ampiamente a Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, cit., 283 ss. Mezzetti, *Manuale breve diritto costituzionale*, cit., 402 ss.

[60] Per un approfondito esame degli organi di governo delle magistrature speciali si vedano Zanon. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, Zanichelli, 2019, 86 ss.

4. *Il Pubblico ministero titolare dell'azione penale obbligatoria*

La Costituzione italiana, nel titolo IV dedicato a "*La magistratura*", configura il Pubblico ministero in un modo del tutto originale rispetto al modello originario che si era sviluppato negli ordinamenti c.d. di *civil law* sul finire del XVIII secolo grazie al diffondersi dei valori dell'illuminismo giuridico in gran parte dell'Europa (compresi gli Stati italiani pre-unitari), con l'espandersi della legislazione francese per effetto delle conquiste fatte da Napoleone I[61].

Per il pensiero liberale classico, il Pubblico ministero è l'organo pubblico, rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giurisdizionale e sottoposto alla direzione del Ministro della Giustizia, che svolge uno degli scopi imprescindibili per i quali lo Stato è costituito: proteggere e reintegrare l'ordine giuridico violato dal fatto previsto dalla legge penale come reato, attraverso l'esercizio del potere di promuoverne l'accertamento e la conseguente sottoposizione

---

[61] Sulla storia dell'istituto in esame, si vedano, tra gli altri: Nicolini, *Della giurisprudenza penale*, Livorno, 1858, 41; Bortolotto, *Ministero pubblico (materia penale)*, in *Dig. it.*, XV, Torino, 1904-1911, 527; Massari, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, Napoli, Jovene, 1934, 545 ss.; Siracusa, *Pubblico ministero (diritto processuale penale)*, in *Nuovo dig. it.*, X, Torino, Utet, 1939, 978; Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, I, Torino, 1956, 223 ss.; Vellani, *Il Pubblico ministero nel processo*, Bologna, Zanichelli, 1965; Daga, *Pubblico ministero (diritto costituzionale)*, in *Enc. Giur.*, XXV, Torino, Treccani, 1991; Orlandi, *Pubblico ministero (ufficio del)*, in *Enc. Dir.*, Annali, II, Torino, Giuffrè, 2008, 943 ss.; Scarselli, *Ordinamento giudiziario e forense*, Milano, Giuffrè, 2008, 205 ss.; Cassiani, *Il potere di avocazione*, Padova, Cedam, 2009, 1 ss.; Pacileo, *Pubblico ministero*, Torino, Utet, 2011, 2 ss.; Gustapane, *Il ruolo del Pubblico ministero nella Costituzione italiana*, cit., 11 ss.; Gustapane, *Il Pubblico ministero tra obbligatorietà ed efficienza*, cit., 2018; Prestianni, *Il Pubblico ministero italiano. Tra esercizio dell'azione penale e garanzie della persona*, Roma, Eurilink, 2019; Chiavario, *Diritto processuale penale*, Torino, Utet, 2022, 119 ss.; Caianiello, *Poteri investigativi*, in Aa.Vv., *Potere e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2023, 985 ss.

I più approfonditi studi storici sono concordi nel ritenere che il termine Pubblico ministero trae origine dal latino *manus*, che significava la forza pubblica che doveva garantire un'operazione o esecuzione giudiziaria, così che esso indica la magistratura o parte dell'ordinamento giudiziario avente il compito «di tradurre in atti della mano gli atti concepiti nella mente e consacrati nella parola del Giudice e nella formula della sentenza», come osservato da Musio, *Sul riordinamento giudiziario*, Ancona, Baluffi, 1862, 178 ss.

a pena del reo da parte del Giudice, nei modi e nei termini previsti dalla legge processuale[62].

Secondo i canoni giuridico-liberali, dalla commissione del fatto costituente reato, ossia dall'illecito reputato dal legislatore meritevole di essere sanzionato mediante l'irrogazione della pena criminale, deriva l'azione penale, che è l'atto con cui il Pubblico ministero dà inizio al processo penale, esercitando la potestà dello Stato di promuovere, nei casi e con le forme tassativamente previsti dal legislatore, davanti al Giudice terzo ed indipendente, la repressione del reato e la punizione del suo autore.

Più precisamente, l'azione penale, che nasce dal semplice "presupposto di reato", o come pure si è detto dalla c.d. *opinio delicti*[63], è quell'attributo della sovranità statale consistente nella richiesta che il Pubblico ministero, quale depositario esclusivo della potestà pubblica di promuovere la repressione dei reati e l'inflizione della pena ai loro autori, avanza al Giudice, titolare del potere di punire[64], per ottenere, nei confronti della persona accusata di essere l'autore del reato sulla base delle indagini svolte, una decisione il più possibile conforme al vero circa la sussistenza del fatto di reato, la sua attribuibilità all'accusato, e la determinazione della pena da irrogare e da eseguire nei confronti di quest'ultimo qualora sia riconosciuto colpevole[65].

---

[62] Come rilevato da Scaparone, Lavarini, *Procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2022, 62, al modello francese si contrappone quello, di stampo anglosassone, dell'azione penale c.d. popolare «conferita ad un qualsiasi soggetto dell'ordinamento»; e quello dell'azione penale c.d. privata conferita alla persona offesa o alla persona danneggiata dal reato. In proposito gli autori hanno messo in rilievo che i due sistemi di azione penale «possono dar luogo ad inconvenienti, giacché i privati loro titolari possono abusare dell'azione a fini persecutori o ricattatori oppure non impegnarsi a sufficienza nella repressione dei reati o addirittura formulare accuse di comodo per assicurare agli autori dei reati un proscioglimento…».

[63] Come disse Paoli, *Il diritto penale italiano*, vol. I, Padova, Cedam, 1936, 7 ss. Così pure Florian, *Principi di diritto processuale penale*, Torino, Giappichelli, 1932, 183, «il reato è legato all'azione e questa trova in quello il suo presupposto»; Scaccianoce, *L'inazione del Pubblico ministero*, Milano, Giuffrè, 2010, 2 ss.

[64] Sul punto si rimanda alla precisa ricostruzione effettuata da Vassalli, *La potestà punitiva*, Torino, Utet, 1942, 194.

[65] Nella prospettiva della Procura europea, appaiono molto interessanti le osservazioni di Caianiello, *Azione penale (e inazione) del Pubblico ministero europeo*, in Aa.Vv., *L'attuazione della Procura europea. I nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, 189 ss.

A differenza dello Statuto Albertino del 1848, che nulla disponeva in materia, perché, all'epoca, il Pubblico ministero era concepito, sulla base del modello francese, come il rappresentante del Governo presso l'autorità giurisdizionale, la Costituzione del 1948, volendo assicurare l'osservanza della legge penale da parte di tutti i consociati nel rispetto del diritto di difesa, mediante l'adozione del sistema processuale accusatorio per l'accertamento dei fatti costituenti reato e la punizione dei colpevoli (art. 111 Cost.), «garanzia insostituibile nell'ordinamento processuale di uno Stato di diritto»[66], ha conferito espressamente la funzione di promuovere la repressione dei reati e la punizione dei colpevoli al Pubblico ministero, qualificato come organo dell'ordine giudiziario, autonomo ed indipendente da ogni altro potere e sottoposto esclusivamente alla legge costituzionalmente conforme (artt. 102, 104 e 112 Cost.)[67].

Il Pubblico ministero è il titolare della potestà di esercitare l'azione penale, che è ben diversa dalla funzione del giudicare, in quanto consiste nel potere di attivare la funzione decisoria del Giudice con il presentargli richieste idonee a portare alla pronuncia finale[68], dopo aver svolto le attività di indagine per l'acquisizione degli elementi di prova utili per valutare se esercitare o meno la pretesa punitiva dello Stato.

Ai sensi degli artt. 25, comma 2 e 3, e 112 Cost., al Pubblico ministero viene imposto l'obbligo di esercitare l'azione penale, nei casi tassativamente previsti come reato dalla legge entrata in vigore prima dei fatti contestati, facendo valere, davanti al Giudice e nei confronti della persona accusata, la pretesa punitiva dello Stato, nascente dalla commissione del reato, nell'esclusivo interesse della legge, sulla cui osservanza da parte di tutti i consociati egli deve sempre vegliare (*ex* art. 73 ord. giud.), senza avere la possibilità di effettuare valutazioni sulla opportunità, politica o sociale o di qualsiasi altro tipo, di promuovere o meno il rispetto coattivo della fattispecie penale violata.

---

[66] Corte Cost., sent. 11 giugno 2009, n. 173; sent. 24 gennaio 2007, n. 26.

[67] Per un organico studio delle problematiche costituzionali dell'organo requirente si veda: Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova, 1996; Mezzetti, *Manuale breve diritto costituzionale*, cit., 387 ss.

[68] Corte Cost., sent. 19 novembre 1963, n. 148.

Il dipingere come legislativamente vincolato il potere di esercitare l'azione penale, nel sottoporre l'organo requirente esclusivamente alla scelta discrezionale effettuata, per la tutela di un determinato bene giuridico, dal potere legislativo prima della commissione del fatto lesivo di quel bene, qualificato come reato con quella stessa norma che il Pubblico ministero, senza operare indebite preferenze o disparità, chiede al Giudice di applicare nei confronti del reo, mira a raggiungere due risultati fondamentali per l'ordinamento giuridico.

L'obbligatorietà dell'azione penale, difatti, serve:

1. ad impedire al Pubblico ministero di effettuare un qualsiasi apprezzamento della notizia di reato diverso dall'analisi tecnico-giuridica della sussistenza o meno degli elementi contemplati dalla norma penale di riferimento, nel timore che ciò possa determinare indebite discriminazioni nell'applicazione di tale norma[69];

2. a non consentire una qualsiasi forma di direzione dell'organo requirente da parte di un'autorità, interna od esterna all'ordine giudiziario[70], che, con il dare indicazioni non esclusivamente giuridiche, possa interferire sul legame diretto ed esclusivo che sempre deve intercorrere tra il Pubblico ministero e la norma di legge da applicare alla notizia di reato acquisita, al fine di assicurare l'effettiva uguaglianza di tutti di fronte alla legge penale.

La regola stabilita dall'art. 112 Cost., nel mentre determina il rifiuto del criterio di opportunità in vigore nei sistemi ad azione penale discrezionale, come quello francese o quello statunitense[71], che permettono all'organo requirente, pur nel rispetto del principio di

---

[69] Barile, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, in *Scritti in memoria di A. Bozzi*, Padova, Cedam, 1992, 29 ss.

[70] In proposito Daga, *Pubblico ministero (diritto costituzionale)*, cit., 3, «L'art. 112 risulta quindi essere il contraltare, per il Pubblico ministero, di quel che è l'art. 101, comma 2, per i Giudici, tutti ricondotti in ultima analisi sotto il principio di legalità (art. 97) e il principio di eguaglianza (art. 3)»; Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, cit., 109 ss.; Gustapane, *Giudice e Pubblico ministero nel giusto processo*, in *Dir. Soc.*, 2001, 7 ss.

[71] Per il sistema penale statunitense: Mura, Patrono, *La giustizia penale in Italia: un processo da sbloccare. La lezione americana*, Padova, Cedam, 2011; Melica, *Special Investigations e comparabilità dagli USA all'America Latina*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021; per il sistema francese Baraggia, *Il Pubblico*

legalità, di non agire in base a considerazioni diverse dalla oggettiva valutazione della infondatezza della notizia di reato, comporta che anche nei casi dubbi l'azione va esercitata e non omessa[72], in quanto l'obbligatorietà esige che nessun illecito penale possa essere sottratto al controllo di legalità che compete al Giudice effettuare[73], a condizione, però, che gli elementi di prova acquisiti consentano di formulare una ragionevole previsione di condanna o di applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca, secondo la chiara regola enunciata dall'art. 408 c.p.p. (come modificato dall'art. 22 d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150).

Seguendo questi principi la Corte costituzionale ha rimarcato che il principio di legalità sancito dall'art. 25, comma 2, Cost., nel rendere doverosa «la repressione delle condotte violatrici della legge penale, abbisogna, per la sua concretizzazione, della legalità del procedere; e questa, in un sistema come il nostro, fondato sul principio di eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge (in particolare, alla legge penale), non può essere salvaguardata che attraverso l'obbligatorietà dell'azione penale […] punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale, talché il suo venir meno ne altererebbe l'assetto complessivo», in quanto l'obbligatorietà, per il legislatore costituente, esclude la possibilità di qualsiasi favoritismo e di qualsiasi discriminazione nell'applicazione della legge penale[74].

Per evitare visioni distorte dell'ordinamento giuridico, appare opportuno precisare che la pretesa punitiva dello Stato può essere

---

ministero francese in cerca di identità tra riforme costituzionali e moniti sovranazionali, in *Riv. AIC*, 2014, 4, 1 ss.

[72] Corte Cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 88. Per un interessante commento a tale sentenza si veda Veneziano, *Il ruolo del P.m. nelle recenti sentenze della Corte Costituzionale*, in *Quest. giust.*, 3, 1991, 605 ss.

[73] Così pure De Vergottini, *Diritto Costituzionale*, cit., 597; Scaparone, *Pubblico ministero (dir. proc. penale)*, cit., 1101; Morozzo della Rocca, *Pubblico ministero (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, 1077 ss.; Scalfati (a cura di), *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, Giappichelli, 2023, 537 ss.

[74] Corte Cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 88. L'assunto è pienamente condiviso da Silvestri, *Giustizia e Giudici nel sistema costituzionale*, cit., 128; Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2022, 101; Id., *Lineamenti di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2022, 44 ss.; Chiavario, *Diritto processuale penale*, cit., 118.

esercitata esclusivamente in relazione ad un fatto di reato realmente accaduto e contestabile ad un soggetto che ne appaia responsabile, come si desume dal canone enunciato dall'art. 25 Cost. «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso».

La norma costituzionale, usando, per definire l'oggetto del reato, il termine "*fatto*", che di per sé indica l'accadimento effettivamente avvenuto nella realtà, da un lato, consente al legislatore penale di elaborare, a tutela di beni costituzionalmente rilevanti, fattispecie di reato unicamente per reprimere comportamenti umani incidenti sulla realtà materiale fenomenica; e dall'altro lato, abilita il Giudice ad irrogare la pena criminale esclusivamente per un reato realmente commesso dalla persona accusata, che il Giudice abbia accertato all'esito di un giudizio svolto, su iniziativa del Pubblico ministero, secondo le regole del "giusto processo" nel rispetto del principio del contraddittorio nella formazione della prova, fatte salve le eccezioni tassativamente previste che si sono esposte nelle pagine precedenti (art. 111 Cost.).

Di conseguenza, il Pubblico ministero svolge le funzioni requirenti per promuovere da parte del Giudice la concreta attuazione della volontà normativa espressa dal legislatore nel precetto penale, mirando al raggiungimento della verità storica dei fatti oggetto di contestazione, nel senso che ha l'obbligo di esercitare l'azione penale per far irrogare dal Giudice la pena criminale per un reato realmente commesso dall'accusato e accertato dal Giudice all'esito di un "giusto processo"[75].

Essendo la pretesa punitiva dello Stato realizzabile unicamente se un fatto di reato sia stato veramente commesso da un soggetto imputabile e responsabile (art. 25, comma 2, Cost.), il Pubblico ministero esercita il complesso delle potestà affidategli per soddisfare al meglio tale pretesa, ispirandosi costantemente al principio della ricerca della verità reale, che permea tutto il processo penale, dalla fase delle indagini preliminari a quella dibattimentale a quella esecu-

[75] Per Molari, *Il Pubblico ministero*, in Aa.Vv., *Manuale di procedura penale*, Bologna, Zanichelli, 2008, 62, l'azione penale è «l'atto per il cui tramite il Pm instaura il processo costituendo il dovere del Giudice di esercitare il potere giurisdizionale nei confronti della fattispecie giudiziale chiamata imputazione».

tiva, perseguendo quell'interesse pubblico alla repressione dei reati ed alla punizione dei loro colpevoli secondo giustizia che solo giustifica il processo[76].

Poiché la pretesa punitiva assegnata al Pubblico ministero è un potere-dovere per lo Stato, che ha l'obbligo di ristabilire l'ordine pubblico turbato dalla commissione di un fatto di reato, il Pubblico ministero realizza tale pretesa di sua iniziativa, senza bisogno di alcuna sollecitazione esteriore, ogni volta che ravvisi la sussistenza in concreto delle condizioni stabilite dalla legge, in adempimento di un dovere funzionale assoluto e inderogabile, che esclude qualsiasi valutazione di opportunità non prevista dalla legge stessa.

Il processo penale viene, dunque, avviato dal Pubblico ministero in esecuzione di un obbligo di legge, che gli consente di svolgere delle valutazioni giuridiche circa la sussistenza nel caso concreto degli elementi previsti dalla fattispecie penale e delle condizioni di punibilità del suo autore.

La regola dell'obbligatorietà, tuttavia, non esclude che l'ordinamento giuridico possa in via generale richiedere la ricorrenza di determinate condizioni di procedibilità all'esercizio dell'azione penale[77], che sono poste a presidio di valori di rilevanza costituzionale pari a quello della repressione dei reati, come, ad esempio, la libertà sessuale o altro bene strettamente personale, la sicurezza interna o internazionale dello Stato o il prestigio delle istituzioni fondamentali, che abbisognano della determinazione sostanzialmente discrezionale della persona offesa privata o dell'organo pubblico titolare dell'interesse leso, come nel caso, da una parte, della libertà sessuale, e, dall'altra parte, del vilipendio alle Assemblee legislative o alla Corte Costituzionale; oppure in altri casi da parte dell'organo politico-amministrativo specificamente abilitato a tenere le relazioni tra il Governo ed il potere giudiziario, ossia il Ministro della Giustizia, «assunta sulla base di valutazioni di opportunità politica», che dovrebbero condurre a negare l'autorizzazione a procedere «quando l'effettivo svolgimento del processo re-

[76] Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. I, cit., 204 ss.; Grilli, *Corso di procedura penale*, Padova, Cedam, 2009, 58, per il quale «il fine ultimo del processo resta sempre l'accertamento della verità».

[77] Corte Cost., sent. n. 22 del 1959.

cherebbe» al bene protetto «un'offesa più grave di quella già ricevuta» (cfr. art. 313 c.p.)[78].

5. *I poteri inquirenti a fini di giustizia*

L'adozione del sistema processuale accusatorio, imperniato sulla rigida distinzione tra funzione giudicante, riservata al Giudice terzo e imparziale; e funzione requirente, assegnata al Pubblico ministero, organo del potere giudiziario titolare della pretesa punitiva dello Stato, impone al legislatore processuale di prevedere una fase procedurale anteriore all'esercizio dell'azione penale, ossia quella delle cosiddette indagini preliminari, nel corso della quale il Pubblico ministero ha il compito di raccogliere ed analizzare le fonti di prova utili per valutare se la notizia di reato sia fondata, nel senso di presentare o meno i requisiti, oggettivi e soggettivi, previsti dalla fattispecie penale nella quale la notizia appare inquadrabile; e di individuare l'autore del fatto di reato[79].

Il principio enunciato dall'art. 112 Cost., combinandosi con le regole del giusto processo penale di cui all'art. 111 Cost., comporta, come suo logico corollario, l'obbligo del Pubblico ministero di svolgere degli accertamenti preliminari sulla comunicazione di reato acquisita al fine di controllarne previamente l'effettiva sussistenza e sostenibilità in giudizio, dovendo il Pubblico ministero eserci-

---

[78] Così Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, cit., 196 ss., che si è richiamato alla costante giurisprudenza della Corte Costituzionale in tema di condizioni di procedibilità, ossia: sent. n. 22 del 1959; sent. 18 giugno 1963, n. 94; sent. 12 luglio 1967, n. 105; sent. n. 15 del 1969; sent. n. 142 del 1973; sent. 18 aprile 1974, n. 104.

[79] Così pure Corte Cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 88, che ha posto in evidenza che la potestà investigativa è concentrata sul Pubblico ministero e «radicalmente sottratta al Giudice», così da evitare «ogni contaminazione funzionale tra Giudice e organo dell'accusa – specie in tema di formazione della prova e di libertà personale –»; Corte Cost., sent., 6 settembre 1995, n. 420, che ha precisato che il Pubblico ministero «è il titolare diretto ed esclusivo dell'attività d'indagine finalizzata all'esercizio (obbligatorio) dell'azione penale».

In dottrina appaiono di estrema importanza le considerazioni svolte da Caianiello, *Poteri investigativi*, in Aa.Vv., *Potere e Costituzione*, cit., 985 ss. Si veda pure D'Ippolito, Pisanello, *Rapporti tra P.M., polizia giudiziaria e difensore nelle indagini preliminari*, Milano, Giuffrè, 2013.

tare l'azione penale soltanto quando sia in grado di formulare una valutazione prognostica favorevole circa l'esito del processo con la condanna della persona accusata, così da garantire adeguatamente, ai sensi degli artt. 2 e 24 Cost., sia le aspettative di giustizia del soggetto titolare del bene giuridico che si assume leso dal fatto di reato; sia la posizione della persona sospettata di aver commesso tale fatto, che non può essere esposta alla sofferenza di un inutile processo[80].

Come attentamente osservato in dottrina, è l'imparzialità del Pubblico ministero nel valutare la fondatezza della notizia di reato lo strumento di garanzia della libertà dei cittadini, perché serve «a non trasformare il processo da strumento di tutela dei diritti dei cittadini in luogo istituzionale della loro lesione»[81].

Nella fase delle indagini preliminari, il Pubblico ministero ha, pertanto, l'obbligo di verificare l'esistenza del reato portato alla sua cognizione, ricostruendo la commissione del fatto di reato e la responsabilità del suo autore nella direzione quanto più possibile conforme alla verità reale, in quanto ha l'onere di promuovere l'intervento del Giudice nei confronti dell'accusato, mediante l'esercizio dell'azione penale, esclusivamente in presenza di fonti di prova che permettano la formulazione di una ragionevole prognosi di condanna, *ex* artt. 112 e 25, comma 2, Cost. e 408 c.p.p. [82].

---

[80] Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, cit., 99, ha rilevato «che il principio di obbligatorietà dell'azione penale ha effetti sull'inizio del procedimento nel senso che inevitabilmente comporta l'obbligatorietà dello svolgimento delle indagini preliminari, intesa quest'ultima obbligatorietà come corollario dell'art. 112 Cost.».

[81] Silvestri, *Il P.M. quale era, qual è, quale dovrebbe essere*, in *Giur. cost*., 1997, 959. Così pure: Grilli, *Corso di procedura penale*, cit., 59; Scaccianoce, *L'inazione del Pubblico ministero*, cit., 82, che ha messo correttamente in rilievo che «I connotati dell'imparzialità-obiettività contraddistinguono la funzione che l'organo dell'accusa svolge nella fase preordinata a sciogliere ogni dubbio circa le determinazioni inerenti al promovimento dell'azione penale, dove l'attività d'individuazione delle fonti di prova deve svilupparsi nel modo più approfondito possibile, onde evitare che l'eventuale formulazione dell'imputazione, non supportata da indagini complete, si riveli del tutto inutile».

[82] In senso contrario, Corte Cost., ord. 18 ottobre 1996, n. 350, ha ritenuto «che la tendenziale completezza delle indagini […], evocata dall'art. 358 c.p.p., viene funzionalmente a correlarsi non al compimento di tutti gli atti "necessari per l'accertamento della verità", secondo l'ampia enunciazione che compariva nell'art. 299 del codice abrogato, ma al ben più circoscritto ambito che ruota attorno alla scelta se esercitare o meno l'azione penale». La Corte ha, però, omesso di considerare che la decisione sull'esercizio dell'azione penale consiste nella valutazione di

Si deve notare che il Pubblico ministero, essendo vincolato a svolgere le attività inquirenti per la ricerca della verità storica dei fatti oggetto di contestazione, nel rispetto degli inviolabili diritti di difesa dell'accusato e della persona offesa, ai sensi degli artt. 2, 24, 25 e 112 Cost., è sottoposto all'obbligo di sviluppare le indagini preliminari verso tutto ciò che può essere oggetto di prova tanto per l'accusa quanto per la difesa, ricercando «tutti gli elementi di prova rilevanti per una giusta decisione, compresi gli elementi favorevoli» alla persona accusata di aver commesso il reato[83].

Non rivestendo il ruolo di mero accusatore, ma di organo di giustizia che mira esclusivamente alla corretta applicazione della legge costituzionalmente conforme[84], il Pubblico ministero ha l'obbligo di svolgere accertamenti anche su fatti e circostanze favorevoli all'indagato (art. 358 c.p.p.), per «evitare l'instaurazione di un processo superfluo»[85], che risulta, non solo, intrinsecamente dannoso per le parti private, ed in primis per l'accusato, ma anche dispendioso per lo Stato stesso[86].

A tale scopo, il Pubblico ministero utilizza gli strumenti di indagine previsti dalla legge processuale nel Libro V, operando nello svolgimento delle attività investigative o personalmente o per il tramite della polizia giudiziaria, che è a lui sottoposta anche per meglio garantire il rispetto dei diritti di libertà della persona umana (artt. 109 Cost. e 327 e ss. c.p.p.).

L'organo requirente è, così, abilitato a compiere o a far compiere alla polizia giudiziaria, una serie di attività idonee a verificare la

---

aver raccolto o meno fonti di prova che permettano di ottenere la condanna dell'effettivo responsabile del fatto di reato realmente avvenuto.

[83] Corte Cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 88, ha rilevato che nell'esercizio della potestà investigativa «il ruolo del Pubblico ministero non è quello di mero accusatore, ma pur sempre di organo di giustizia obbligato a ricercare tutti gli elementi di prova rilevanti per una giusta decisione, ivi compresi gli elementi favorevoli all'imputato…».

[84] Si ricorda che Corte Cost., sent. 10 dicembre 1970, n. 190, ha sostenuto che il Pubblico ministero, perseguendo unicamente fini di giustizia, svolge funzioni requirenti sue proprie «anche quando promuove accertamenti che possano dimostrare l'innocenza dell'imputato, quando chiede l'emissione del c.d. decreto di archiviazione, quando conclude per il proscioglimento dell'imputato e così via».

[85] Corte Cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 88.

[86] Corte Cost., ord. 11 aprile 1997, n. 96. Tale le impostazione è condivisa in dottrina da Siracusano, Galati, Tranchina, Zappalà, *Diritto processuale penale*, Milano, Giuffrè, 2018, 141.

sussistenza del fatto di reato e la responsabilità di colui che appare esserne l'autore, senza che quest'ultimo abbia il diritto di essere previamente avvisato, come le perquisizioni ed i sequestri; o di essere presente, come l'assunzione di informazioni da persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini; la consulenza tecnica; l'individuazione di persone, di cose o di quanto altro possa essere oggetto di percezione sensoriale[87].

Nel rispetto dell'inviolabile diritto di difesa dell'accusato, tali attività si possono sostanziare pure in poteri incidenti sulla libertà personale, il domicilio e la riservatezza dell'accusato, come le misure cautelari personali e reali, le ispezioni, le perquisizioni, i sequestri, le intercettazioni di conversazioni (*ex* artt. 13, 14 e 15 Cost.), che possono essere adottati, nei soli casi e modi tassativamente previsti dalla legge, nei limiti strettamente necessari per l'accertamento del fatto costituente reato, l'individuazione del reo e la prevenzione del rischio di reiterazione nel reato, su iniziativa del Pubblico ministero, o in casi di necessità e d'urgenza, della polizia giudiziaria.

Essendo, però, il Pubblico ministero, secondo l'impostazione accusatoria del giusto processo, la parte processuale pubblica, che persegue l'interesse dello Stato a promuovere la repressione del reato e la punizione del suo autore in attuazione della legge, l'esercizio di potestà investigative incidenti direttamente sulle libertà della persona sottoposta ad indagine è subordinato sempre all'intervento giurisdizionale, a seconda dei casi preventivo o successivo, del Giudice per le indagini preliminari precostituito per legge, al quale spetta accogliere o convalidare le iniziative di indagine proposte o assunte dall'organo inquirente a fini di giustizia, verificandone la fondatezza nel rispetto delle regole sul giusto processo, in modo da assicurare una tutela del tutto terza ed imparziale ai diritti di libertà dell'indagato[88], che già il Pubblico ministero ha l'obbligo di rispettare.

---

[87] Anche per Corte Cost., sent. 24 aprile 2009, n. 121, occorre operare la distinzione «tra la fase delle indagini preliminari – nella quale non opera il principio del contraddittorio nella formazione della prova, come non opera in genere per l'applicazione delle misure cautelari – e quella del processo».

[88] Corte Cost., sent., 6 settembre 1995, n. 420, ha precisato che il Pubblico ministero, quale autorità giudiziaria, «può sì disporre misure restrittive della libertà personale, soltanto però con carattere di provvisorietà, e cioè esclusivamente

Allo scopo di prevenire ogni possibilità di esercizio apparente dell'azione penale all'esito di accertamenti superficiali e lacunosi, produttivi solo di un ingiustificato aggravio del dibattimento e di un'ingiustificata sofferenza per l'accusato, sul Pubblico ministero grava il dovere di rispettare il principio della tendenziale completezza delle indagini preliminari, che serve al Pubblico ministero ad effettuare, sul fondamento degli elementi di prova raccolti, eventualmente anche grazie all'apporto dell'indagato e della persona offesa, una scelta meditata circa la necessità di esercitare o meno l'azione penale[89], a seconda che ritenga che gli elementi acquisiti siano, o non siano, idonei a formulare una ragionevole previsione di condanna o di applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca, secondo il parametro di valutazione stabilito dall'art. 408 c.p.p.

Il carattere neutrale della potestà investigativa del Pubblico ministero, finalizzata al corretto esercizio dell'azione penale per un fatto di reato realmente accaduto e attribuibile effettivamente alla persona accusata, impone all'organo requirente, che ritenga di aver raccolto fonti di prova tali da non poter richiedere l'archiviazione della notizia di reato al Giudice, l'onere di saggiare l'idoneità di tali fonti a sostenere l'accusa in giudizio, sollecitando, prima di assumere le sue determinazioni finali sulle indagini svolte, il confronto dell'ipotesi accusatoria con le tesi difensive dell'indagato ed eventualmente della persona offesa, allo scopo di prevenire il rischio di instaurare un processo inutile.

A tal fine, il vigente codice di rito prevede una forma preliminare ed embrionale di contraddittorio, stabilendo che, terminate le indagini preliminari, il Pubblico ministero, se non deve formulare richiesta di archiviazione per una delle ragioni tassativamente indicate dalla legge processuale (v. *infra*), ha l'onere di notificare all'indagato ed al suo difensore, «nonché, quando si procede per i reati di cui agli artt. 572 e 612 *bis* c.p.» alla persona offesa, avviso di conclusione delle indagini preliminari, che contiene la sommaria enunciazione del fatto per cui si procede, le norme di legge che si assumono violate, la data ed il luogo del fatto.

---

nell'ambito di un procedimento che, entro brevi termini, conduca necessariamente all'intervento di un Giudice per l'adozione definitiva del provvedimento».

[89] Come puntualizzato da Corte Cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 88.

L'avviso contiene, inoltre, l'avvertimento che la documentazione relativa alle indagini espletate è depositata presso la segreteria; che le persone avvisate hanno facoltà di prenderne visione ed estrarne copia; ed in particolare che l'indagato ha facoltà, entro venti giorni, di presentare memorie, produrre documenti, depositare la documentazione relativa alle investigazioni fatte dal difensore, chiedere al Pubblico ministero il compimento di atti di indagine, presentarsi per rilasciare dichiarazioni o chiedere di essere sottoposto a interrogatorio per esporre le proprie ragioni in ordine all'accusa provvisoria contestata[90].

Le richieste avanzate dall'indagato per difendersi, con l'assistenza tecnica del difensore e dei suoi ausiliari (sostituto, consulente tecnico, investigatore privato), fornendo fonti di prova e prospettazioni contrarie alle contestazioni elevategli, determinano un obbligo a provvedere soltanto in relazione all'interrogatorio, atto di indagine, a contenuto chiaramente difensivo, che il Pubblico ministero effettua personalmente o mediante delega alla polizia giudiziaria. Per il resto l'organo requirente è libero di scegliere se aderire o meno alle sollecitazioni a compiere ulteriori atti di indagine, sulla base della valutazione della loro effettiva utilità per l'accertamento oggettivo e neutrale dei fatti di reato oggetto di contestazione provvisoria.

L'avviso di cui all'art. 415 *bis* c.p.p. è, allora, lo strumento processuale diretto a rafforzare il carattere imparziale del potere investigativo del Pubblico ministero, che ha l'onere di riesaminare, anche grazie all'apporto fornito tanto dalla persona offesa quanto dall'indagato, il complesso delle fonti di prova raccolte, al fine di decidere come promuovere la più corretta applicazione della legge da parte del Giudice in relazione al concreto fatto di reato.

Pertanto, solo all'esito delle indagini preliminari, che devono essere, almeno tendenzialmente, esaurienti, il Pubblico ministero è te-

[90] L'art. 415 *bis* c.p.p. dispone che le nuove indagini eventualmente disposte dal Pubblico ministero devono essere compiute entro il termine di trenta giorni dalla richiesta presentata dall'indagato, salvo il maggior termine, non superiore a sessanta giorni, eventualmente prorogato dal Giudice per le indagini preliminari; e che le dichiarazioni rilasciate dall'indagato, l'interrogatorio dello stesso ed i nuovi atti di indagine del Pubblico ministero sono utilizzabili se compiuti nei termini suddetti, anche se sia decorso il termine stabilito dalla legge o prorogato dal Giudice per l'esercizio dell'azione penale.

nuto a promuovere il controllo di legalità che spetta al Giudice svolgere sulla notizia di reato per verificare il rispetto effettivo del principio di obbligatorietà dell'azione penale[91].

Obbligatorietà dell'azione penale, però, non significa conseguenzialità automatica tra ricezione della notizia di reato e avvio del processo penale, nel senso che il Pubblico ministero debba iniziarlo per ogni comunicazione di reato ricevuta, perché costituisce limite implicito alla stessa obbligatorietà che il processo non deve essere avviato «quando si appalesi oggettivamente superfluo»[92].

«Incentrandosi l'obbligatorietà sul promovimento dell'azione, la regola è così enunciabile: dicendo che l'esercizio di tale potere è doveroso si intende che il Pubblico ministero deve promuovere l'azione non appena ravvisi, secondo il grado logico proprio dei giudizi storici insiti nell'imputazione, che è stato commesso un fatto integrante tutti gli estremi di una fattispecie normativa di reato, restandogli […] inibito di introdurre valutazioni di convenienza di qualsiasi genere che rompano l'automatismo fra quella conoscenza e l'iniziativa incriminatrice»[93].

Il Pubblico ministero, allora, effettua la scelta su come chiudere le indagini preliminari a seconda che ritenga suffragata o meno la notizia di reato attraverso delle valutazioni strettamente giuridiche circa la corrispondenza o la non corrispondenza del fatto storico accertato all'astratta fattispecie normativa, alla luce delle fonti di prova raccolte filtrate dalle controdeduzioni difensive[94], potendo giungere a due opzioni tra di loro alternative.

La prima opzione consiste nella richiesta di archiviazione al Giudice[95] che il Pubblico ministero ha l'obbligo di presentare o perché gli elementi di prova acquisiti non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna o di applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca (artt. 408 c.p.p.); oppure perché il reato è estinto, o manca una condizione di procedibilità, o il fat-

---

[91] Corte Cost., ord. 11 aprile 1997, n. 96.

[92] Corte Cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 88.

[93] Dominioni, *Azione penale*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, Utet, 1987, 410.

[94] Corte Cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 88, cit., 591.

[95] Caianiello, *Archiviazione*, in *Enc. Dir.*, Annali, II, tomo 1, Milano, Giuffrè, 2008, 59 ss.

to non è previsto dalla legge come reato o la persona accusata non è punibile per la particolare tenuità del reato ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. (art. 410 c.p.p.)[96], o perché l'autore del reato è rimasto ignoto, oppure perché ricorrono le ipotesi previste dall'art. 27 d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448, per i procedimenti a carico di minorenni; o dall'art. 34 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, per i procedimenti davanti al Giudice di pace[97].

La seconda ipotesi consiste nell'esercizio dell'azione penale, qualora il Pubblico ministero ritenga che nei confronti di una determinata persona abbia raccolto elementi di prova tali da consentire la formulazione di una ragionevole previsione di condanna o di applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca in relazione ad uno specifico fatto di reato, avendo anche l'onere di individuare la forma corretta più idonea tra le modalità previste dalla legge processuale per indurre, se del caso, la persona accusata ad accettare i riti alternativi (richiesta di rinvio a giudizio *ex* art. 416 c.p.p., applicazione della pena su richiesta delle parti *ex* artt. 444 ss. c.p.p., giudizio direttissimo *ex* artt. 449 ss. c.p.p., giudizio immediato *ex* artt. 453 ss. c.p.p., procedimento per decreto *ex* artt. 459 ss. c.p.p., citazione diretta a giudizio *ex* artt. 550 ss. c.p.p.)[98].

6. *L'imparzialità del Pubblico ministero*

Si deve tener presente che l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale è sancita dalla Costituzione come elemento che concorre a garantire, nello stesso tempo, sia l'indipendenza del Pubblico ministero nell'esercizio della propria funzione e sia l'uguaglianza

[96] Per la giurisprudenza di legittimità, l'irrilevanza per particolare tenuità è una causa di esclusione della punibilità, che presuppone un fatto tipico, antigiuridico, colpevole, offensivo e costitutivo di reato, ma ritenuto non punibile in ragione dei principi di proporzione e di economia processuale: Cass., sez. III, 30 ottobre 2015, n. 43816; Cass., sez. IV, 2 novembre 2015, n. 44132.

[97] Secondo soluzioni molto apprezzate da Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, cit., 102, per una concreta applicazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale.

[98] Corte Cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 88.

dei cittadini di fronte alla legge penale, in quanto riserva il potere di azione al Pubblico ministero vincolandolo esclusivamente alla legge e rendendolo titolare in relazione a qualunque fatto di reato, comunque conosciuto, in modo da evitare qualsiasi discriminazione tra i consociati nella sottoposizione alla legge penale[99].

Vi è, perciò, una stretta interrelazione tra l'uguaglianza dei cittadini nei confronti della legge penale, l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale e l'indipendenza del Pubblico ministero, perché non si può realizzare la legalità nell'uguaglianza se l'organo titolare dell'azione dipenda da altri poteri, che potrebbero perseguire interessi diversi da quello di promuovere la pretesa punitiva dello Stato nel rispetto della legge: l'indipendenza del Pubblico ministero è, dunque, per la Costituzione il requisito imprescindibile, essenziale per poter realizzare l'effettiva parità dei cittadini di fronte alla legge penale[100].

Anche il Pubblico ministero è alla pari del Giudice, sottoposto soltanto alla legge costituzionalmente conforme che chiede al Giudice di applicare[101], con l'effetto di dover essere qualificato come magistrato appartenente all'ordine giudiziario, collocato in quanto tale in posizione di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere, compreso il Giudice, che non fa valere interessi particolari, ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge, perseguendo, cioè, solo fini di giustizia[102].

---

[99] Corte Cost., sent. 26 luglio 1979, n. 84. Anche per Corte Cost., sent. 24 aprile 2009, n. 121, l'affermazione costituzionale dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale è elemento «che concorre a garantire – oltre all'indipendenza del Pubblico ministero nello svolgimento della propria funzione – anche e soprattutto l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale». Simili considerazioni si ritrovano pure in dottrina: Neppi Modona, *La Magistratura. Art. 112 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, IV, Bologna-Roma, Zanichelli, 1987, 51 ss.; Chiavario, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. pen.*, 1993, 2658 ss.; Devoto, *Obbligatorietà-discrezionalità dell'azione penale, ruolo del P.m.*, in *Cass. pen.*, 1996, 2024 ss.

[100] Chiavario, *Diritto processuale penale*, cit., 130.

[101] Come sostenuto da Corte Cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 88, che, però, ha richiamato come norma fondante l'esclusiva sottoposizione del Pubblico ministero alla legge non il combinato disposto degli artt. 112 e 25, comma 2 e 3 Cost, ma il comma 2 dell'art. 101 Cost.

[102] Corte Cost., sent. 10 dicembre 1970, n. 190; sent. 23 aprile 1975, n. 96.

Il Pubblico ministero assume, pertanto, la veste di organo di giustizia, preposto, nell'interesse della comunità nazionale, alla difesa dell'ordinamento[103] (cfr. art. 73 ord. giud.) e per questo abilitato a promuovere tutte le attività necessarie all'acquisizione degli elementi utili per l'esercizio e lo svolgimento dell'azione penale, compresi quelli idonei a dimostrare l'innocenza dell'indagato e/o dell'imputato[104], che non può essere considerato colpevole sino alla condanna definitiva, ai sensi dell'art. 27, comma 1, Cost.[105].

Pur non essendo investito di poteri decisori[106], così da non poter essere qualificato Giudice in senso stretto[107], il Pubblico ministero, è un magistrato ordinario, come si desume inequivocabilmente dalla sua collocazione negli articoli della Costituzione che lo concernono, in particolare gli artt. 104 e 107, posti all'interno del titolo VII "*La Magistratura"* e nella sezione dedicata a *"L'ordinamento giurisdizionale"*.

Nell'esercizio delle funzioni requirenti, il magistrato addetto all'Ufficio del Pubblico ministero assume ontologicamente il ruolo di parte processuale pubblica, che persegue unicamente fini di giu-

---

[103] Corte Cost., sent. 22 giugno 1971, n. 136.

[104] Così Corte Cost., sent. n. 190 del 1970. L'orientamento è stato condiviso: da Manzione, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria: organizzazione e posizione istituzionale e processuale*, in Chiavario (a cura di), *Protagonisti e comprimari del processo penale*, Torino, Utet, 1995, 95 ss.; Molari, *Il Pubblico ministero*, in Aa.Vv., *Manuale di procedura penale*, cit., 67; Chiavario, *Diritto processuale penale*, cit., 116; Scaparone, *Procedura penale*, cit., 66; e criticato come mistificatorio, non potendosi richiedere allo stesso organo di attivarsi in due direzioni opposte, da Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, cit., 115 ss., che ha di conseguenza sostenuto che il Pubblico ministero deve svolgere indagini a favore dell'indagato solo per vedere anticipatamente la possibilità di esperire con successo l'azione penale.

[105] Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, II, cit., 203 ss., ha rilevato che l'art. 27 Cost. non stabilisce alcuna presunzione di innocenza, essendo razionale che «sino a quando non vengano definitivamente accertate le condizioni che rendono realizzabile la pretesa punitiva dello Stato, l'imputato non possa ritenersi penalmente responsabile, e debba quindi trattarsi come giudicabile, cioè come persona indiziata, bensì, ma la cui responsabilità non è stata ancora accertata».

[106] Spagna Musso, *Giudice (nozione)*, cit., 936; Siracusano, Galati, Tranchina, Zappalà, *Diritto processuale penale*, cit., 138.

[107] Corte Cost., sent., 6 settembre 1995, n. 420, ha rilevato che il Pubblico ministero è «organo non giurisdizionale» appartenente al «potere giudiziario», così da rientrare tra le autorità giudiziarie ai sensi dell'art. 13 Cost.

stizia[108]: essendo la parte titolare della pretesa punitiva dello Stato non può essere ricusato da alcuno; dovendo perseguire unicamente fini di giustizia, ha l'obbligo di astenersi quando esistano gravi ragioni di convenienza ai sensi dell'art. 52 c.p.p.[109].

Il Pubblico ministero, quindi, va correttamente inquadrato tra gli organi della giurisdizione in senso lato, perché nel concetto di giurisdizione, ai sensi dell'art. 102 Cost., si intende compresa, per usare le chiare parole della Corte Costituzionale, «non solo l'attività decisoria, che è peculiare e propria del Giudice, ma anche l'attività di esercizio dell'azione penale, che con la prima si coordina in un

---

[108] Corte Cost., sent. 3 aprile 1963, n. 40.

[109] In proposito è interessante Cass. pen., sez. VI, 12 luglio 2021, n. 26429 relativa ad un'imputazione *ex* art. 323 c.p. a carico di un magistrato della Procura della Repubblica accusato di aver omesso di astenersi in presenza di gravi ragioni di convenienza, dove si è affermato «La prospettazione sostenuta dal ricorrente non è fondata, non tenendo conto del consolidato principio giurisprudenziale secondo cui, anche nel caso in cui il reato di abuso d'ufficio consegua alla violazione dell'obbligo di astensione, è richiesta la sussistenza dell'ulteriore elemento costitutivo del danno o vantaggio ingiusto […] – In conclusione, si ritiene che la violazione dell'obbligo di astensione da parte del Pubblico ministero non integri di per sé il requisito del danno ingiusto, in quanto il difetto di imparzialità assume rilevanza solo a condizione che si traduca in accuse pretestuose e palesemente insussistenti, nonché in iniziative del tutto prive di fondamento, strumentali rispetto al perseguimento di finalità persecutorie o, comunque, improntate ad un iniquo esercizio dei poteri processuali. – Applicando tali principi alla fattispecie in esame, sarebbe stato necessario quanto meno dedurre se ed in che misura la presenza di un Pubblico ministero in conflitto di interessi con l'imputato abbia concretamente arrecato un danno a quest'ultimo, sia pur con riguardo al mero trattamento processuale deteriore rispetto a quello di cui questi avrebbe altrimenti goduto. – Lo svolgimento del procedimento, pertanto, è stato tale da non denotare specifiche irregolarità causalmente collegabili alla mancanza di imparzialità del Pubblico ministero. – Infine, si sottolinea come la tesi del ricorrente secondo cui la mancata astensione implicherebbe di per sé un vulnus rispetto al corretto svolgimento del processo, è smentita anche dalla consolidata giurisprudenza secondo cui la violazione dell'obbligo di astensione da parte del Pubblico ministero non determina una nullità degli atti, né la inutilizzabilità degli elementi acquisiti, potendo incidere tale situazione solo sulla attendibilità delle prove (sez. 6, n. 12655 del 26/02/2016, Bambini, Rv. 266949; sez. 1, n. 6618 del 17/01/2008, Rinaldi, Rv. 239364). – Il fatto che gli atti assunti dal Pubblico ministero o su impulso di questi, permangono pienamente validi ed efficaci nonostante la sua mancata astensione, costituisce la riprova del fatto che il difetto di imparzialità non inficia automaticamente la regolarità processuale e, quindi, non può neppure sostenersi che il procedimento risulti di per sé viziato per effetto della mera partecipazione di un rappresentante della pubblica accusa non imparziale».

rapporto di compenetrazione organica a fine di giustizia e che l'art. 112 Cost., appunto, attribuisce al Pubblico ministero»[110].

L'interpretazione sistematica del testo costituzionale porta a configurare il Pubblico ministero come l'organo dell'ordine giudiziario ordinario[111], al quale viene assegnata la titolarità della pretesa punitiva derivante dal reato, consistente nel potere di «promuovere la decisione giurisdizionale intorno alla pretesa stessa» e di curarne «la realizzabilità ed eventualmente l'effettiva realizzazione», nei casi stabiliti dalla legge sostanziale e secondo le modalità previste dalla legge processuale[112]. Ed essendo interamente vincolato al rispetto del principio di legalità nello svolgimento delle sue funzioni, il Pubblico ministero si caratterizza come l'imparziale promotore del potere decisionale del Giudice, del quale rafforza la terzietà per meglio garantire i diritti di azione e di difesa delle parti in contesa.

Il Pubblico ministero è, infatti, l'organo giudiziario indipendente che garantisce la neutralità del Giudice nei confronti delle altre parti del processo, in quanto è la sua istituzione a permettere di separare la funzione pubblica di giudicare dalla funzione pubblica di promuovere la repressione dei reati, dapprima mediante la ricerca delle fonti di prova idonei a sostenere l'accusa in giudizio; e successivamente all'esercizio dell'azione penale, mediante l'assunzione delle fonti come prove nel contraddittorio con le altre parti poste in condizioni di parità[113].

---

[110] Corte Cost., sent. n. 96 del 1975; sent. 29 aprile 1975, n. 97. La posizione di qualificare il Pubblico ministero organo promotore di giustizia «inteso all'applicazione della legge e profondamente radicato nella cultura della giurisdizione», così da essere parte integrante ed inseparabile dell'ordine giudiziario, è stata costantemente fatta propria dal CSM, quanto meno a partire dalla risoluzione 24 febbraio 1993, in *Foro it.*, 1993, I, 2601 ss. In dottrina la tesi è stata difesa strenuamente da Devoto, *Il Pubblico ministero potere autonomo dello Stato*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 3, 375; e da Neppi Modona, *Art. 112 Cost.*, cit., 73 ss.

[111] Corte Cos., sent. 28 gennaio 1991, n. 72, ha evidenziato che il Pubblico ministero appartiene all'ordine giudiziario retto da una riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario, prevista per rafforzare l'indipendenza della stessa magistratura «non solo nell'esercizio delle funzioni giudiziarie», tanto giudicanti quanto requirenti, ma anche nel momento «dell'investitura in tali funzioni…».

[112] Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. I, cit., 225.

[113] Illuminati, *Giudizio*, in Conso, Grevi, Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam, 2020, 683.

In questo modo la funzione requirente appare così strettamente connessa a quella giudicante da essere permeata, pur nella diversità dei ruoli, della stessa caratteristica sostanziale di neutralità[114], al punto che la funzione svolta dal Pubblico ministero nei riguardi del Giudice è «di organica collaborazione giudiziaria, per fini di giustizia e nel rispetto dell'interesse obiettivo della legge»[115].

Il Pubblico ministero viene, quindi, elevato dalla Costituzione (art. 112) al ruolo di titolare diretto ed esclusivo dell'azione penale e delle attività di indagine ad essa connesse, che deve esercitare «in relazione a qualunque fatto di reato comunque conosciuto»[116], in modo obbligatorio ed imparziale, in quanto mira a realizzare solo quelle finalità preventive e repressive tassativamente stabilite dal legislatore ordinario[117], con l'unica eccezione dell'ipotesi del giudizio di accusa contro il Capo dello Stato, per alto tradimento o attentato alla Costituzione, prevista dalla stessa Costituzione all'art. 90, nella quale la funzione requirente è svolta da Commissari Parlamentari nominati dal Parlamento in seduta comune.

Appare, perciò, coerente con il disposto contenuto nell'art. 112 Cost, l'art. 231 d.lgs. n. 271 del 1989, che ha abrogato tutte le norme che prevedevano l'esercizio dell'azione penale da parte di organi diversi dal Pubblico ministero, non potendosi neppure ritenere un caso di azione penale privata il ricorso al Giudice di pace avanzato dalla persona offesa titolare del diritto di querela, in quanto, anche in quel caso, è compito del Pubblico ministero «confermare o modificare l'addebito formulando l'imputazione» *ex* art. 25 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274[118].

---

[114] Come osservato da Spagna Musso, *Problemi costituzionali del P.M.*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 1963, 413 ss.; Bartole, *Il potere giudiziario*, in Amato, Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, cit., 646; Molari, *Il Pubblico ministero*, in Aa.Vv., *Manuale di procedura penale*, cit., 66.

[115] Corte Cost., sent. 9 giugno 1971, n. 123.

[116] Corte Cost., sent. 24 dicembre 1993, n. 462.

[117] Come ha affermato Corte Cost., sent. 6 settembre 1995, n. 420, dove si sono richiamate le precedenti pronunce nn. 84 del 1979, 88 del 1991, 462-463-464 del 1993, per affermare «la garanzia costituzionale dell'indipendenza del Pubblico ministero ha la sua sede propria nell'art. 112 Cost.». In dottrina: Bartole, *La legittimazione del Pm al conflitto di attribuzione: troppo rumore per nulla?*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, 12, 1409 ss.; Silvestri, *Giustizia e Giudici nel sistema costituzionale*, cit., 108.

[118] Come rilevato da Molari, *Il Pubblico ministero*, in Aa.Vv., *Manuale di procedura penale*, cit., 64; Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, cit., 108; Caianiel-

Dalla titolarità esclusiva in via ordinaria dell'iniziativa e dell'esercizio dell'azione penale, che è direttamente stabilita dall'art. 112 Cost., deriva la conseguenza che il Pubblico ministero, «organo inserito nel complesso del potere giudiziario», è uno dei poteri autonomi dello Stato, fornito di istituzionale indipendenza nei confronti di ogni altro potere, rispetto ai quali è abilitato a sollevare davanti alla Corte Costituzionale conflitto di attribuzione per la tutela delle proprie prerogative costituzionali, consistenti nel «decidere con pienezza dei poteri e senza interferenze di sorta» da parte del Giudice o «da parte di altre istanze della pubblica accusa» sia «in ordine allo svolgimento delle indagini finalizzate all'esercizio dell'azione penale» e sia in ordine all'esercizio stesso dell'azione penale, funzioni rispetto alle quali ha «la competenza a dichiarare definitivamente la volontà del potere giudiziario cui appartiene» (*ex* art. 37, l. n. 87 del 1953)[119].

Le considerazioni che si sono appena svolte permettono di affermare che dall'insieme delle norme costituzionali sulle funzioni requirenti, appare scorretto definire il Pubblico ministero unicamente il rappresentante dell'accusa nel processo penale, come alcuni fanno leggendo superficialmente il comma 2 dell'art. 111 Cost. nella parte in cui recita «ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità, davanti a Giudice terzo e imparziale»[120].

Il principio del contraddittorio nella formazione della prova enunciato nel comma 2 e 4 dell'art. 111 Cost. esige, difatti, per assicurare la terzietà e l'imparzialità dell'organo giudicante nella formazione delle prove, l'esistenza nel processo di parti contrapposte, che, in condizioni di parità, producano le fonti di prove da loro raccolte;

LO, *Il ricorso immediato della persona offesa dal reato al Giudice di pace: da strumento alternativo di avvio della giurisdizione penale a mera sollecitazione per il Pubblico ministero*, in *Giur. cost.*, 2008, 5, 1 ss.

[119] Corte Cost., sent. 24 dicembre 1993, n. 462; sent. 24 dicembre 1993, n. 463; sent. 24 dicembre 1993, n. 464; sent., 6 settembre 1995, n. 420. La giurisprudenza della Corte Costituzionale sul punto è ben sintetizzato da PACILEO, *Pubblico ministero*, cit., 22 ss.; ROMBOLI, PANIZZA, *Ordinamento giudiziario*, cit., 386.

[120] ZANON, BIONDI, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2002, 151 ss.; TRAPANI, *Dal Pubblico ministero-Giudice al Pubblico ministero organo amministrativo di giustizia?*, in *Il Consiglio Superiore della Magistratura. Aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, a cura di MAZZAMUTO, Torino, 2001, 415 ss.

ma non altera in alcun modo l'obbligo gravante sul Pubblico ministero, quale parte portatrice della pretesa punitiva dello Stato, di essere sottoposto esclusivamente alla legge in forza degli artt. 25, comma 2 e 3, e 112 Cost., dimodocché il suo ruolo istituzionale nel processo resta pur sempre quello di promotore a fini di giustizia dell'intervento decisorio del Giudice sui fatti di reato tassativamente previsti dalla legge[121], così da poter essere definito, come detto da Carnelutti e da Calamandrei, parte pubblica "imparziale", in quanto agisce, sempre ed in ogni caso, «nell'interesse imparziale della giustizia»[122].

Si può, allora, sostenere che il Pubblico ministero, solo qualora si convinca, all'esito dell'istruttoria dibattimentale, che il fatto di reato sussista e che l'imputato ne sia responsabile, ha l'obbligo di chiedere al Giudice, terzo ed imparziale, una pronuncia di condanna nei confronti dell'incolpato, che sia conforme alla legge e quanto più possibile aderente alla verità reale, come processualmente ricostruita attraverso il contraddittorio delle parti (art. 111, commi 2 e 4, Cost.).

All'opposto, quando al termine dell'istruttoria dibattimentale si persuada dell'insussistenza del fatto, o dell'innocenza o della non punibilità dell'imputato, il Pubblico ministero, avendo il compito istituzionale di promuovere la repressione dei reati e l'applicazione delle sanzioni penali in adempimento del precetto legislativo (artt. 25, comma 2 e 3, e 112 Cost.; 73 ord. giud.), ha il dovere di chiederne l'assoluzione, o comunque il proscioglimento, secondo le previsioni di quella stessa legge alla quale è unicamente sottoposto, non essendo in alcun modo vincolato al rispetto dell'ipotesi accusatoria espressa nell'imputazione inizialmente contestata, ma successivamente smontata dai fatti accertati nel corso del contraddittorio processuale, proprio perché anche il Pubblico ministero, alla pari del Giudice, è obbligato a costantemente ricercare la verità storica dei fatti contestati nello svolgimento delle sue funzioni, nei modi e nei termini previsti dalla legge[123].

---

[121] In questo senso si richiama Corte Cost., sent. 24 gennaio 2007, n. 26.

[122] Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, II, Padova, Cedam, 1943, 511 ss.; Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova, Cedam, 1936, 298 ss.

[123] Così pure Scaparone, *Procedura penale*, cit., 66; Molari, *Il Pubblico ministero*, cit., 67.

E si tenga ben presente che tali principi regolano, pure, i poteri di impugnazione dei provvedimenti giurisdizionali, che il Pubblico ministero svolge all'esclusivo fine di promuovere la più corretta applicazione, da parte del Giudice di appello o di cassazione, della legge in vigore in rapporto al fatto di reato contestato ed alla persona accusata, al punto da poter impugnare anche a favore dell'imputato la sentenza che reputi non rispettosa della legge, in quanto la pretesa punitiva viene da lui esercitata solo ed esclusivamente in conformità della legge[124]. Ed in tal senso è intervenuto il d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11, aggiungendo il comma 4 *bis* all'art. 568 c.p.p., con il quale si è precisato che «il Pubblico ministero propone impugnazione diretta a conseguire effetti favorevoli all'imputato solo con ricorso per Cassazione».

Si evidenzia che l'esplicita definizione costituzionale dei fondamentali poteri del Pubblico ministero nel diritto penale si riverbera logicamente anche sulle sue residuali funzioni nel diritto civile e in materia di stato civile (v. artt. 69 ss. c.p.c.; 50, 85, 102, 2409, 2907 c.c.; 6 e 7 r.d. 16 marzo 1942, n. 267; 75 ord. giud.), che vanno coerentemente ricostruite rispettando il suo ruolo di neutro ed indipendente promotore di giustizia, abilitato a chiedere al Giudice (in alcuni casi in modo facoltativo) la pronta ed imparziale applicazione della legge al caso concretamente controverso nelle sole ipotesi tassativamente previste dalla legge e a garanzia dell'interesse della comunità nazionale all'osservanza della legge stessa, rimanendo estraneo al rapporto sostanziale ed all'interesse concreto dedotti in giudizio[125].

---

[124] Cass. pen., S.U., 11 maggio 1993, n. 6203, «Il Pubblico ministero ha interesse a proporre impugnazione, al fine di ottenere la esatta applicazione della legge, anche se a favore dell'imputato. Pure in tal caso l'interesse all'impugnazione deve, però, presentare i caratteri della concretezza e della attualità. Peraltro, dovendosi ravvisare l'esistenza del requisito della concretezza anche quando il gravame è diretto a lamentare una violazione astratta di una norma di diritto formale, purché da essa derivi un reale pregiudizio dei diritti, che si intendono tutelare attraverso il raggiungimento di un risultato non soltanto teoricamente corretto, ma anche praticamente favorevole, deve appunto ritenersi sussistere l'interesse in questione qualora con l'impugnazione il Pubblico ministero miri a non far ricadere sull'imputato effetti dannosi ascrivibili ad errori del Giudice»; Bosco, *L'appello del Pubblico ministero*, Roma, Aracne, 2020.

[125] Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. I, cit., 205; Satta, *Commentario al codice di procedura* civile, I, Milano, Giuffrè, 1966, 232 ss.;

7. *L'autonomia e l'indipendenza del Pubblico ministero ordinario*

La ricostruzione sin qui operata delle attività requirenti nell'attuale assetto costituzionale permette di meglio comprendere quale sia la trama delle regole predisposte dalla Costituzione per organizzare il Pubblico ministero in modo da assicurarne l'imparzialità, intesa come la sua esclusiva sottoposizione alla legge.

Volendo caratterizzare il Pubblico ministero come il promotore a fini giustizia dell'intervento decisorio del Giudice, il legislatore costituente ha previsto che le funzioni requirenti nel settore civile ed in quello penale siano ricoperte, alla pari di quelle giudicanti, da magistrati appartenenti al medesimo ordine giudiziario, autonomo ed indipendente da ogni altro potere, avendo ritenuto che solo l'appartenenza ad un potere gestito in modo autonomo e senza subire indebite influenze da altri poteri possa permettere al magistrato del Pubblico ministero, alla pari di quello della giudicante, di essere il fedele interprete della legge.

L'autonomia e l'indipendenza si sostanziano nel prevedere che la magistratura ordinaria, sia giudicante che requirente, è governata dal CSM, organo di rilevanza costituzionale[126], che, in base alle norme di ordinamento giudiziario, provvede alle assunzioni, alle assegnazioni, ai trasferimenti, alle promozioni ed alla irrogazione delle

---

Vellani, *Il Pubblico ministero nel processo*, cit., 561 ss.; Morozzo della Rocca, *Pubblico ministero (dir. proc. civ.)*, cit., 1079; Scarselli, *Ordinamento giudiziario e forense*, cit., 214 ss.; Pacileo, *Pubblico ministero*, cit., 237 ss.; Minisci, Curreli, *Il Pubblico ministero*, Milano, Giuffrè, 2011, 407 ss.

[126] Come detto espressamente da Corte Cost., sent. 3 giugno 1983, n. 148. L'orientamento era stato già espresso dal Consiglio di stato nella sent. n. 248 del 1962, dove si era ricompreso il CSM tra gli organi di rilevanza costituzionale, che la Costituzione prevede «come elementi fondamentali dell'ordinamento dello Stato», così da poter essere soppressi o modificati solo con il procedimento di revisione costituzionale.

In dottrina Midiri, *Autonomia costituzionale delle Camere e potere giudiziario*, Padova, Cedam, 1999, 90, ha osservato che «a proposito del CSM, la Corte ha fatto ricorso alla categoria degli organi a rilevanza costituzionale per rivalutare le sue funzioni, non per deprezzarle»; Pizzorusso, *Problemi definitori e prospettive di riforma del CSM*, in *Quad. cost.*, 1989, 475, per il quale il CSM è organo di rilevanza costituzionale, espressione che «non implica alcun giudizio svalutativo», perché previsto ed in larga parte regolato dalla Costituzione così da essere insopprimibile e immodificabile senza una revisione costituzionale.

sanzioni disciplinari nei confronti di tutti i magistrati, sia giudicanti che requirenti (art. 105 Cost.).

Come osservato dalla Corte Costituzionale, «l'eliminazione di ogni contaminazione funzionale tra Giudice e organo dell'accusa – specie in tema di formazione della prova e di libertà personale – non comporta che, sul piano strutturale ed organico, il Pubblico ministero sia separato dalla magistratura», che è costituita in un unico «ordine autonomo ed indipendente» da ogni altro potere[127], soggetto ai poteri del CSM, istituito per rendere effettiva, «fornendola di apposita garanzia costituzionale», la posizione autonoma ed indipendente della magistratura, che viene preservata da ogni intervento, interno o esterno allo stesso ordine, capace «di turbarne comunque l'imparzialità e di comprometterne l'applicazione del principio secondo cui i magistrati sono soggetti solo alla legge»[128].

Per il resto i magistrati del Pubblico ministero ordinario hanno le stesse garanzie dei magistrati della giudicante in tema di assunzione per concorso, di inamovibilità e di distinzione tra loro soltanto per diversità di funzioni, ai sensi degli artt. 106 e 107 Cost. A queste garanzie si aggiunge quella prevista dal comma 4 dell'art. 107 Cost., in tema di organizzazione dell'ufficio requirente, secondo cui «il Pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario», che si inserisce nella trama complessiva della Costituzione di riconoscere un'effettiva condizione di autonomia e di indipendenza a tutti gli organi della magistratura ordinaria, compreso il Pubblico ministero, al quale spetta, ai sensi dell'art. 112 Cost., «l'obbligo di esercitare l'azione penale»[129].

Il comma 4 dell'art. 107 Cost. ha il significato di garantire che i magistrati del Pubblico ministero, tratti dall'ordine giudiziario ordinario e governati dal CSM, vanno organizzati dalle leggi di ordinamento giudiziario secondo modalità coerenti con i poteri loro conferiti dalla legge processale, civile e/o penale, e capaci di assicurare la loro sottoposizione alla legge costituzionalmente conforme, della

---

[127] Corte Cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 88.

[128] Corte Cost., sent. 14 maggio 1968, n. 44.

[129] In questo senso si vedano Dalia, Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2018, 157; Conso, Grevi, Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam, 2020, 49 ss.

quale promuovono, a seconda dei casi controversi, l'applicazione da parte dell'autorità giudicante in modo autonomo ed indipendente.

Di conseguenza la legge di ordinamento giudiziario, dovendo assicurare l'esercizio imparziale delle funzioni del Pubblico ministero:

– da un lato, non può far dipendere i magistrati addetti a tali funzioni da alcuna autorità esterna alla magistratura ordinaria, come era avvenuto nel passato con il Ministro della Giustizia, perché, altrimenti, perderebbero l'autonomia e l'indipendenza dell'ordine giudiziario al quale solo appartengono;

– dall'altro lato, può strutturarli, al loro interno, in vario modo, anche ricalcando, per certi versi, la consolidata soluzione di organizzarli in uffici istituiti presso le autorità giurisdizionali di primo grado, di Appello e di Cassazione, e caratterizzati dalla preposizione all'ufficio di un unico procuratore capo.

Questo, tuttavia, può avvenire purché siano rispettate le seguenti condizioni:

– che il Procuratore dirigente venga scelto dall'organo di governo autonomo della magistratura ordinaria (*ex* art. 105 Cost.);

– che egli sia privato di ogni potere di superiorità gerarchica in senso amministrativo, potendosi i magistrati ordinari distinguere per funzioni e non per gradi (art. 107, comma 3, Cost.);

– che egli sia dotato unicamente di quei poteri di direzione, di coordinamento e di controllo, che appaiono indispensabili per garantire il buon andamento e lo svolgimento imparziale delle funzioni svolte nel rispetto delle norme sul giusto processo, tra le quali l'esercizio dell'azione penale in termini di obbligatorietà.

Ciò comporta che il legislatore ordinario può organizzare l'apparato del Pubblico ministero in modo diverso dal modello personalistico tipico degli organi giudicanti, al fine di soddisfare al meglio le peculiarità delle funzioni requirenti, mediante l'adozione del tradizionale modello della preposizione di un solo magistrato all'ufficio, titolare in via primaria dei poteri previsti dalla legge di direzione, coordinamento e controllo, in modo da assicurare un indirizzo unitario nella conduzione, efficiente ed imparziale, delle complesse e delicate attività svolte a tutela della legalità dell'ordinamento giuridico. Ma tali poteri non possono mai incidere sul legame esclusivo che de-

ve sempre intercorrere tra il magistrato addetto all'ufficio requirente e la legge sostanziale e/o processuale, della quale ogni magistrato addetto a tale ufficio promuove in modo obbligatorio l'applicazione da parte del Giudice (artt. 112 e 25 Cost.)[130].

Anche i rapporti tra gli uffici del Pubblico ministero istituiti presso i diversi organi giurisdizionali di grado diverso, ossia tra la Procura della Repubblica presso il Tribunale, competente ad esercitare le funzioni requirenti nelle indagini preliminari e nei procedimenti di primo grado; la Procura generale presso la Corte di appello e la Procura generale presso la Corte di cassazione, rispettivamente competenti nei giudizi di impugnazione (art. 51 c.p.p.), vanno ricostruiti in termini non gerarchici proprio per preservare l'imparzialità nell'esercizio delle funzioni requirenti.

Ad avviso della Corte Costituzionale, «non può correttamente parlarsi di vincoli gerarchici tra i diversi uffici del Pubblico ministero, che sarebbero evidenziati dai poteri di sorveglianza e di avocazione affidati al Procuratore generale presso la Corte d'appello», perché «poteri del genere non possono essere ricondotti a forme di controllo gerarchico interno agli uffici del Pubblico ministero affidato al Procuratore generale, prevedendo piuttosto il sistema una serie di limiti e di interventi di carattere esterno, vòlti a garantire l'effettività e la completezza degli adempimenti connessi all'esercizio delle funzioni devolute all'organo inquirente…»[131].

---

[130] Come si messo in risalto in Gustapane, *Il Pubblico ministero tra obbligatorietà ed efficienza*, cit., 155 ss. *Contra* Melillo, *L'organizzazione dell'ufficio del Pubblico ministero*, in Aa.Vv., *Il nuovo ordinamento giudiziario*, a cura di Carcano, Milano, Giuffrè, 2006, 225, secondo cui l'art. 107, comma 4, Cost. permetterebbe al legislatore «di conformare la struttura interna degli uffici del Pubblico ministero con relativa libertà riguardo al peso di norme costituzionali (art. 25, comma 1, e 101, comma 2) che hanno invece determinante influenza per l'assetto interno degli uffici giudicanti», così come sostenuto, pure, da Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, cit., 6 ss.

[131] Corte Cost., sent. 28 gennaio 1991, n. 88; Id., sent. 16 dicembre 1993, n. 464; Id., sent. 6 settembre 1995, n. 420. La Corte ha, infatti, rilevato: – da un lato, che il potere di sorveglianza rispettivamente del Procuratore generale presso la Corte di cassazione e di quello presso la Corte di appello di cui all'art. 16 r.d. lgs. 31 marzo 1946 n. 511, come modificato dall'art. 30 d.p.r. 22 settembre 1988, n. 449, «che lo ha ulteriormente attenuato», è un potere solo «strumentale all'attivazione della responsabilità disciplinare dei magistrati operanti come Pubblico ministero», senza avere alcuna incidenza diretta sull'esercizio dell'azione penale; – e dall'altro

E si noti che in questa direzione è intervenuto il d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11, introducendo l'art. 593 *bis* c.p.p. con il quale si è stabilito che, nei casi consentiti, contro le sentenze del Giudice per le indagini preliminari, della Corte di assise e del Tribunale, l'appello può essere proposto dal Procuratore della Repubblica compente, potendo il Procuratore generale presso la Corte di appello presentare appello «soltanto nei casi di avocazione o qualora il Procuratore della Repubblica abbia prestato acquiescenza al provvedimento».

8. *La funzione requirente militare e quella erariale*

I principi di legalità, obbligatorietà, imparzialità ed indipendenza che si sono prima delineati per la funzione requirente nel settore civile e penale valgono anche per la funzione requirente erariale e per quella militare, come si desume dall'art. 108, comma 2, Cost., nella parte in cui stabilisce che la legge assicura non solo l'indipendenza delle giurisdizioni speciali, ma anche quella del Pubblico ministero presso di esse.

Il Pubblico ministero presso i Tribunali militari, per i reati soggetti alla giurisdizione militare, ha il compito di iniziare ed esercitare l'azione penale d'ufficio, in seguito a rapporto, a referto, a denuncia o ad altra notizia di reato, salvo che non sia necessaria la richiesta o la querela (*ex* artt. 269 e 290 c.p.m.p.), seguendo forme analoghe a quelle previste per la procedura penale ordinaria, nel rispetto dei principi costituzionali del giusto processo (*ex* art. 207 d.a.c.p.p.). Al fine di garantire la sua imparzialità nello svolgimento delle funzioni requirenti, i magistrati addetti agli uffici del Pubblico ministero militare godono della garanzia della inamovibilità e sono sottoposti al

---

lato, che il potere di avocazione delle indagini preliminari da parte del Procuratore generale presso la Corte di appello, attivabile, ai sensi degli artt. 412 e 413 c.p.p., d'ufficio o su richiesta della persona offesa, è previsto esclusivamente come strumento di garanzia contro l'inerzia del Pubblico ministero, essendo «rigidamente condizionato al presupposto che il Pubblico ministero non eserciti l'azione penale o non richieda l'archiviazione nel termine stabilito dalla legge o prorogato dal Giudice», o non abbia svolto le ulteriori indagini che gli siano state indicate dal Giudice per le indagini preliminari ai sensi dell'art. 409, comma 4, c.p.p.

governo del Consiglio della magistratura militare, alla pari di quelli addetti agli organi giudicanti.

Il pubblico mistero presso gli organi della giurisdizione contabile è competente ad esercitare la c.d. azione erariale, intesa come la potestà pubblica di far valere, davanti al Giudice contabile, nel rispetto dei principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo, enunciati dall'art. 111, comma 1, Cost. (art. 4 d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, contenente il codice della giustizia contabile), la responsabilità amministrativa dei soggetti legati da rapporto di servizio con la pubblica amministrazione, che, violando i loro obblighi di servizio, abbiano cagionato, come conseguenza diretta ed immediata della violazione commessa, un danno erariale risarcibile, ossia una lesione ingiustificata al patrimonio di un ente pubblico, anche diverso da quello di appartenenza.

L'art. 1, l. n. 14 gennaio 1994, n. 20, come succ. mod., delimita la responsabilità erariale, precisando: I) che tale responsabilità è «limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali», che, però, secondo la costante giurisprudenza contabile, devono essere «vagliate secondo criteri di economicità ed efficacia», così che il Giudice contabile può «verificare la ragionevolezza dei mezzi impiegati in relazione agli obiettivi perseguiti, dal momento che anche tale verifica è fondata su valutazioni di legittimità e non di mera opportunità»[132]; II) che «la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso»; III) che «in ogni caso è esclusa la gravità della colpa quando il fatto dannoso tragga origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità, limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo». Si deve, però, ricordare, che a partire dal d.l. n. 76 del 2020, c.d. decreto "Semplificazioni", la responsabilità per fatti dannosi commessi per colpa grave è stata sospesa per un anno, termine successivamente prorogato.

Entro questi limiti, il Pubblico ministero erariale avvia l'attività istruttoria, finalizzata all'assunzione delle decisioni riguardanti l'esercizio dell'azione erariale, o nei casi direttamente sanzionati dal-

[132] Corte conti, sez. II centrale, 10 aprile 2017, n. 210.

la legge; oppure sulla base dell'acquisizione di una notizia di danno specifica e concreta, consistente in «informazioni circostanziate e non riferibili a fatti ipotetici o indifferenziati», avendo il potere di disporne l'immediata archiviazione «per difetto dei requisiti di specificità e concretezza o per manifesta infondatezza» (artt. 51 e 54 d.lgs. n. 174 cit.).

Nel corso dell'attività istruttoria, anche il Pubblico ministero erariale, essendo imparziale, oltre a svolgere ogni attività utile all'acquisizione degli elementi necessari all'esercizio dell'azione erariale, compie accertamenti, su fatti e circostanze a favore della persona individuata quale presunto responsabile.

Terminata l'attività istruttoria e prima di emettere l'atto di citazione in giudizio, il Pubblico ministero, sempre nel rispetto del suo ruolo imparziale, ha l'obbligo di notificare, a pena di inammissibilità, al presunto responsabile l'atto di invito a dedurre, nel quale ha l'onere di esplicitare «gli elementi essenziali del fatto, di ciascuna condotta contestata e del suo contributo causale alla realizzazione del danno contestato», fissando un termine non inferiore ai quarantacinque giorni dal perfezionamento dell'ultima notificazione dell'invito, entro il quale il presunto responsabile può esaminare tutte le fonti di prova indicate nella contestazione, depositare le proprie deduzioni ed eventuali documenti, chiedere di essere sentito personalmente.

A garanzia del diritto di difesa del presunto responsabile, si stabilisce che, successivamente all'emissione dell'invito a dedurre, il Pubblico ministero non può svolgere attività istruttorie, ad eccezione degli accertamenti necessari a verificare gli ulteriori elementi di fatto emersi dalle controdeduzioni presentate dall'accusato oppure di quelli inerenti «situazioni obiettivamente nuove rispetto alla fase istruttoria precedente, che non richiedono l'emissione di un nuovo invito a dedurre e salva la comunicazione dei nuovi elementi istruttori ai soggetti invitati» (art. 67 d.lgs. n. 174 cit.).

All'esito degli accertamenti istruttori, anche sulla base delle controdeduzioni del presunto responsabile, il Pubblico ministero contabile può seguire due strade diverse.

Da un lato, egli può disporre con decreto, da comunicare al destinatario dell'invito a dedurre, l'archiviazione del fascicolo istrut-

torio quando, facendo uso esclusivamente di criteri di valutazione giuridici, reputi: o che la notizia di danno sia infondata o che non vi siano «elementi sufficienti a sostenere in giudizio la contestazione di responsabilità»; oppure che ricorra l'assenza di colpa grave, per essersi l'azione amministrativa «conformata al parere reso dalla Corte dei Conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi» (art. 69 d.lgs. n. 174 cit.).

Si noti che l'archiviazione è disposta de plano dal Pubblico ministero erariale, senza alcun intervento di controllo da parte del Giudice contabile, perché nei casi di responsabilità amministrativa dei dipendenti pubblici non vi sono soggetti portatori di interessi propri diversi da quello all'integrità del patrimonio dell'erario pubblico, di cui è titolare lo stesso Pubblico ministero, a differenza di quanto avviene nel processo penale, nel quale il Pubblico ministero ordinario è il titolare del potere di promuovere la repressione del fatto di reato, lesivo di un bene giuridico di cui è titolare un altro soggetto giuridico, per la cui tutela è necessario l'intervento del Giudice per controllare la correttezza della richiesta di archiviazione presentata dal Pubblico ministero.

Dall'altro lato, il Pubblico ministero, qualora reputi, sempre sulla base di valutazioni unicamente giuridiche, la notizia di danno fondata, la sussistenza di elementi di prova idonei a sostenere in giudizio la contestazione di responsabilità oppure la configurabilità di colpa grave pur in presenza di un parere preventivo di legittimità, ha l'obbligo di promuovere l'azione erariale mediante il deposito presso la segreteria del Giudice contabile competente dell'atto di citazione in giudizio nel rispetto dei termini stabiliti, ai sensi dell'art. 86 d.lgs. n. 174 cit.[133].

Allo scopo di assicurare l'esercizio imparziale delle funzioni svolte, anche i magistrati addetti agli uffici requirenti contabili godono della garanzia della inamovibilità e sono sottoposti al governo del Consiglio di Presidenza della Corte dei Conti alla pari degli altri magistrati contabili.

---

[133] Tenore (a cura di), *La nuova Corte dei Conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, Giuffrè, 2022.

9. *La responsabilità penale dei pubblici ufficiali giudiziari*

Alla luce di quanto si è detto, sono pubblici ufficiali "giudiziari":

– coloro che svolgono le attività giurisdizionali, ossia i magistrati, professionali o onorari, addetti agli organi giurisdizionali ordinari (Giudice di pace, Tribunali, Tribunale di Sorveglianza, Corti di Appello, Corte di Cassazione), amministrativi (TAR, Consiglio di Stato), contabili (Sezioni giurisdizionali regionali, Sezioni giurisdizionali di appello, Sezioni riunite in sede giurisdizionale, Sezioni riunite in speciale composizione della Corte dei Conti), militari (Tribunali militari, Tribunale militare di Sorveglianza, Corte militare di Appello), tributari (Corti di Giustizia Tributaria di primo grado e Corti di Giustizia Tributaria di secondo grado), costituzionali (Corte Costituzionale) e gli arbitri[134];

– coloro che svolgono le attività inquirenti/requirenti, ossia i magistrati, professionali o onorari, addetti agli uffici del Pubblico ministero presso i Giudici ordinari (Procura della Repubblica presso il Tribunale, Procura Generale presso la Corte di Appello, Procura Generale presso la Corte di Cassazione), presso quelli militari (Procura generale militare presso la Suprema Corte di Cassazione, Procura generale presso la Corte militare d'Appello e Procure militari presso i Tribunali militari) o presso quelli contabili (Procura Generale presso la Corte dei Conti e Procure presso le Sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti).

Per la giurisprudenza di legittimità sono pubblici ufficiali anche coloro che concorrono allo svolgimento delle funzioni giudiziarie da parte del Giudice o del Pubblico ministero[135], come ad esempio:

– Il personale della cancelleria del Giudice e della segreteria del Pubblico ministero, che provvede alla redazione di verbali, al deposito di atti giudiziari, al rilascio di copie conformi di atti giudiziari[136];

---

[134] Plantamura, *Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, in Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 897.

[135] Vallini, *Le qualifiche soggettive*, in *Trattato di diritto penale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di Palazzo, cit., 762 ss.

[136] Cass., sez. V, 4 marzo 1985, n. 2122. Per Cass. pen., sez. VI, 8 marzo 2012, n. 38758, l'operatore giudiziario che, presso la cancelleria di una sezione civile del Tribunale, è addetto ai rapporti con il pubblico, a ricevere gli atti e le relative note di iscrizione, a controllarne la regolarità anche sotto il profilo fiscale e a

– l'ufficiale giudiziario, che ha il compito di assicurare la conoscenza legale di un atto giudiziario da parte del suo destinatario[137];

– gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria;

– il perito nominato dal Giudice;

– gli esperti nominati dall'autorità di polizia giudiziaria a norma dell'art. 348. comma 4, c.p.p.; e i consulenti nominati dal Pubblico ministero ai sensi degli artt. 359 ss. c.p.p., che, a differenza di quelli nominati da una delle parti private, «concorrono oggettivamente all'esercizio della funzione giudiziaria»[138];

– il testimone, dal momento in cui il Giudice, dopo aver valutato la richiesta di assunzione presentata da una delle parti del processo, abbia ritenuto l'ammissibilità della testimonianza e disposto la citazione[139]; e fino a quando il processo non si esaurisca con il passaggio in giudicato della sentenza[140];

– il curatore fallimentare[141]; il coadiutore tecnico-contabile del curatore fallimentare[142]; l'ausiliario del curatore fallimentare[143]; il custode dei beni acquisiti all'attivo fallimentare[144]; il liquidatore della *cessio honorum* del concordato preventivo[145]; l'amministratore

---

fornire all'utenza eventuali chiarimenti, è incaricato di pubblico servizio «essendo i suoi compiti pienamente inseriti nell'organizzazione amministrativa dell'ufficio, e, quindi, strumentali e complementari alla funzione pubblica espletata dal Cancelliere».

137 Cass., sez. VI, 24 settembre 1998, n. 10619.

138 Cass., 5 dicembre 1995, Tanzelli.

139 Cass., sez. I, 16 febbraio 2001, n. 15542.

140 Cass., sez. VI, 12 maggio 1993, n. 8245, che ha precisato che l'eventuale perdita della qualità di pubblico ufficiale non osta alla configurabilità come delitti contro la pubblica amministrazione dei reati compiuti in suo danno a causa della funzione pubblica esercitata, come stabilito dall'art. 360 c.p.

141 Cass., sez. III, 6 dicembre 1966, n. 2723.

142 Cass., sez. VI, 16 ottobre 2000, n. 11752.

143 Cass. pen., sez. VI, 30 marzo 2022, n. 18031, «Riveste la qualifica di pubblico ufficiale l'ausiliario del curatore fallimentare che, pur in assenza di una nomina formale da parte di quest'ultimo, abbia assunto per fatti concludenti, ed in concreto esercitato, i compiti propriamente riconducibili al ruolo e alle funzioni del coadiutore del curatore nell'ambito della relativa procedura fallimentare. (Fattispecie in tema di peculato)».

144 Cass. 28 ottobre 1975, Jommelli.

145 Cass., sez. V, 11 novembre 1994, n. 4761.

giudiziario ed il suo coadiutore[146]; il commissario governativo nominato nella procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi ed il suo coadiutore[147];

– il curatore dell'eredità giacente[148];

– il commissario giudiziario nominato dal Giudice civile per la vendita dei beni pignorati[149];

– Il tutore dell'incapace, che «esercita una funzione pubblica, […] anche se espletata in assenza di una designazione formale (purché non usurpata)», avendo ricevuto l'incarico formale da parte dell'effettivo tutore, nella persona del Sindaco[150].

Si deve ricordare che, per i Giudici della Corte Costituzionale (come per i cittadini eletti dal Parlamento ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 135 Cost. per i giudizi di accusa contro il Presidente della Repubblica) vale la regola, stabilita dall'art. 5 della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1, che «non sono sindacabili né possono essere perseguiti per opinioni espresse e i voti dati nell'esercizio delle loro funzioni», così da godere di quella stessa prerogativa riconosciuta dalla Costituzione a coloro che esercitano le funzioni legislative, per i limiti della quale si rimanda a quanto detto nelle pagine precedenti[151].

Pur svolgendo funzioni sovrane, alla pari di quelle politico-legislative, ai titolari delle altre funzioni giudiziarie non è stata riconosciuta dal legislatore costituzionale la garanzia dell'insindacabilità per le opinioni espresse ed i voti dati nell'esercizio delle loro funzio-

---

[146] Cass., sez. VI, 21 giugno 2010, n. 33724.

[147] Cass., sez. VI, 24 giugno 2010, n. 38986.

[148] Cass., sez. VI, 9 aprile 2010, n. 34335.

[149] Cass., sez. VI, 13 febbraio 2008, n. 35656; Cass., sez. VI, 14 ottobre 2008-28 gennaio 2009, n. 3872.

[150] Cass., sez. VI, 4 febbraio 2014, n. 23353.

[151] Secondo Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte speciale, I*, cit., 175, che si riportano all'insegnamento di Tagliarini, *Il concetto di pubblica amministrazione nel codice penale*, cit., 285 ss.), l'insindacabilità riconosciuta ai Giudici della Corte Costituzionale dovrebbe essere interpretata restrittivamente, nel senso di incidere esclusivamente «sulla possibilità di configurare a loro carico delitti contro la pubblica amministrazione per quanto attiene allo svolgimento delle attività amministrative connesse al funzionamento della Corte; mentre è da escludere che la predetta garanzia possa coprire la responsabilità per eventuali reati conseguenti alla violazione del principio di imparzialità nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali (si pensi ad es. a reati quali abuso d'ufficio, corruzione, ecc.)».

ni, per una precisa scelta dell'Assemblea Costituente, dove rimase senza alcun seguito la proposta fatta, agli inizi dei lavori, dall'On. Patricolo di prevedere forme di immunità a garanzia dell'indipendenza interna ed esterna della magistratura[152].

Nei confronti dei pubblici ufficiali delle funzioni giudiziarie diverse da quella costituzionale, non si pone, perciò, alcun problema di applicabilità dei molteplici reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione o contro la fede pubblica previsti per la repressione delle condotte assunte in violazione dello statuto dei doveri giuridici ai quali sono sottoposti per garantirne l'imparzialità, ossia la loro esclusiva sottoposizione alla legge costituzionalmente conforme, della quale devono garantire la corretta applicazione nello svolgimento delle loro funzioni, come si desume dai, purtroppo, numerosi casi tratti dalla giurisprudenza in tema di peculato[153], concussione[154], induzione indebita[155], abuso d'ufficio[156], rivelazione ed utilizzazione di segreti d'ufficio[157], rifiuto di atti d'ufficio[158], falsità materiale commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici[159], falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici[160].

Merita di essere evidenziato che il legislatore penale per la categoria dei pubblici ufficiali esercenti le pubbliche funzioni giudiziarie, per la delicatezza delle attività svolte a tutela delle posizioni

---

[152] Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, cit., 125.

[153] Ad es., Cass. pen., sez. VI, 14 maggio 2019, n. 11624.

[154] Ad es., Corte cass., sez. II, 8 febbraio 2022, n. 21770.

[155] Ad es., Cass. pen., sez. VI, 5 luglio 2018, n. 45462 e Cass. pen., sez. VI, 11 aprile 2019, n. 23823.

[156] Ad es. Cass. pen., sez. VI, 26 giugno 2003, n. 35127 a proposito «di un magistrato della Procura generale della Repubblica presso la Corte d'Appello, che incaricato dal dirigente dell'ufficio di svolgere un'indagine amministrativa diretta ad acquisire informazioni su di un'istanza di rimessione del processo, conduca una vera e propria indagine preliminare, senza essere legittimato, nei confronti di un magistrato dello stesso distretto di Corte d'Appello, in tal modo cagionando intenzionalmente un danno ingiusto»; Cass. pen., sez. VI, 20 marzo 2019, n. 26985; Cass. pen., sez. VI, 5 luglio 2022, n. 28985.

[157] Cfr., Cass. civ., S.U., 12 aprile 2023, n. 9712.

[158] Ad es., Cass. pen., 15 dicembre 2021, n. 8870.

[159] Cass. pen., sez. V, 4 marzo 1985, n. 2122.

[160] Ad es., Cass. pen., sez. V, 21 settembre 2020, n. 31271; Cass. pen., sez. VI, 5 luglio 2022, n. 28985.

giuridiche soggettive della persona umana, ha previsto una specifica fattispecie penale all'art. 319 *ter* c.p., introdotto dall'art. 9 della l. 26 aprile 1990, n. 86, intitolata "*Corruzione in atti giudiziari*" e che attualmente recita (a seguito delle modifiche fatte con la l. n. 190 del 2012 e con la l. n. 69 del 2015) «Se i fatti indicati negli articoli 318 e 319 sono commessi per favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo, si applica la reclusione da sei a dodici anni. – Se dal fatto deriva l'ingiusta condanna di taluno alla reclusione non superiore a cinque anni, la pena è della reclusione da sei a quattordici anni; se deriva l'ingiusta condanna superiore a cinque anni o all'ergastolo, la pena è della reclusione da otto a venti anni».

Per effetto di tale norma, la corruzione avente ad oggetto atti giudiziari non è più una circostanza aggravante della corruzione c.d. propria, come era nell'originaria stesura dell'art. 319 c.p. del codice Rocco, ma una figura autonoma di reato, prevista per assicurare una tutela più forte al principio costituzionale di imparzialità e di indipendenza nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, che è inevitabilmente «compromesso da una decisione inquinata e alterata dal fatto corruttivo»[161], così da evitare, come accadeva prima, che gli aggravamenti di pena stabiliti per il mercimonio delle funzioni giudiziarie potessero essere vanificati dal gioco della comparazione delle circostanze.

Soggetto attivo del reato può essere qualunque pubblico ufficiale che eserciti una funzione giudiziaria e, quindi, il Giudice, il Pubblico ministero, uno dei loro ausiliari, il testimone[162], ed anche, ai sensi dell'art. 321 c.p., in considerazione della natura plurisoggettiva a struttura bilaterale della corruzione il privato indebitamente favorito nel processo civile, penale o amministrativo, di cui sia parte[163].

Il reato in esame è plurioffensivo[164], perché soggetto passivo è, non solo, lo Stato, titolare del bene giuridico dell'imparziale ed in-

[161] Cass. pen., sez. VI, 4 maggio 2006, n. 33435; Cass. pen., sez. VI, 19 giugno 2012, n. 24349.

[162] Cass. pen. S.U., 25 febbraio 2010, n. 15208.

[163] Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., 235.

[164] Gamberini (a cura di), *Manuale di diritto penale*, cit., 716.

dipendente esercizio della funzione giudiziaria[165]; ma anche il privato, parte di un processo civile, penale o amministrativo, che sia stato indebitamente danneggiato nelle sue posizioni giuridiche soggettive dal fatto corruttivo.

La condotta repressa consiste nel ricevere indebitamente, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o nell'accettarne la promessa, per favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo, o mediante l'esercizio delle funzioni o dei poteri *ex* art. 318 c.p.[166]; oppure mediante un atto contrario ai doveri d'ufficio, antecedente o susseguente che sia[167], *ex* art. 319 c.p., con l'effetto, però, censurato in dottrina, che si prevede la stessa pena per fatti corruttivi intrinsecamente diversi nella loro gravità[168].

Il dolo previsto dalla fattispecie è chiaramente specifico, in quanto si richiede il perseguimento della finalità di favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo, oltre alla coscienza e alla volontà di commettere il fatto di corruzione o *ex* art. 318 c.p., attraverso l'esercizio delle funzioni o dei poteri; o *ex* art. 319 c.p., attraverso un atto contrario ai doveri d'ufficio,

---

[165] Cass. pen., sez. VI, 8 giugno 2018, n. 41576.

[166] Cass. pen., sez. VI, 4 febbraio 2004, n. 23024, «In tema di corruzione, anche la corruzione in atti giudiziari "impropria" può integrare il delitto previsto dall'art. 319 *ter* c.p., giusto il richiamo ivi contenuto agli artt. 318 e 319 c.p., là dove le utilità economiche costituiscano il prezzo della compravendita della funzione giudiziaria, considerata nel suo complessivo svolgimento, sia trascorso che futuro», come nel caso della ripetuta dazione di utilità economiche al Giudice delegato ai fallimenti da parte di singoli professionisti privati in vista di corrispettivi vantaggi patrimoniali costituiti dal conferimento di sempre nuovi incarichi di curatori fallimentari e dalla liquidazione di compensi nella massima misura tariffaria.

[167] Nonostante i dubbi avanzati in dottrina da Bartoli, Pelissero, Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 497 ss., Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 237, Cass. pen. S.U., 25 febbraio 2010, n. 15208, ha riconosciuto, sulla base del tenore letterale della norma, che richiama espressamente «i fatti indicati negli artt. 318 e 319», la configurabilità della corruzione in esame anche nella forma susseguente, perché per l'integrazione della fattispecie ciò che rileva è la finalità perseguita al momento del compimento dell'atto da parte del pubblico ufficiale: se essa è diretta a favorire o danneggiare una parte nel processo, «è indifferente che l'utilità data o promessa sia antecedente o susseguente al compimento dell'atto, come pure irrilevante è stabilire se l'atto in concreto sia o no contrario ai doveri d'ufficio».

[168] Come osservato da Catenacci, Picardi, *I delitti di corruzione. Le diverse figure*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di Catenacci, Torino, Giappichelli, 2022, 120.

in modo da anticipare la consumazione del reato al patto corruttivo rispetto all'evento del reato.

Il comma 2 della norma in commento prevede, infine, le circostanze aggravanti che dal fatto sia derivata l'ingiusta condanna di taluno alla reclusione non superiore a cinque anni o superiore a cinque anni o all'ergastolo, dovendosi intendere per ingiusta la condanna, anche non passata in giudicato, emessa nei confronti dell'innocente oppure nei confronti del colpevole ma in misura superiore a quella dovuta[169]. Con perspicacia si è rilevato che, in tal modo, l'art. 319 *ter* c.p. configura il reato come aggravato dall'evento, perché «l'evento costituisce circostanza aggravante che entra nel giudizio di bilanciamento e può essere imputata in forza della disciplina generale di cui all'art. 59, comma 2, che richiede la rappresentazione o la colpa rispetto all'elemento circostanziale»[170].

[169] Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte speciale, I*, cit., 238.

[170] Così Bartoli, Pelissero, Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 499.

Capitolo V

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEGLI AGENTI PUBBLICI "AMMINISTRATIVI"

Sommario: 1. Le amministrazioni pubbliche e il loro personale. – 2. I pubblici ufficiali esercenti la funzione amministrativa. – 3. Il criterio oggettivo funzionale per la identificazione dei pubblici ufficiali "amministrativi". – 4. Gli esercenti funzioni amministrative nella giurisprudenza della Corte di Cassazione. – 5. Gli incaricati di pubblico servizio. – 6. Gli incaricati di pubblico servizio nella giurisprudenza della Corte di Cassazione. – 7. La problematica ricostruzione dell'elemento dell'esercizio abusivo delle potestà pubbliche amministrative nei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

1. *Le amministrazioni pubbliche e il loro personale*

Ai sensi dell'art. 357 c.p. sono pubblici ufficiali, anche, coloro che esercitano una pubblica funzione amministrativa, intendendosi per tale l'attività di amministrazione «disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi, e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione, o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi» (art. 357 c.p.)[1].

[1] Come ricordato da Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte speciale, I*, cit., 168, la formula riproduce la proposta, che in sede redigente la Commissione giustizia della Camera fece propria senza sviluppare un'analisi approfondita, avanzata in sede accademica, nel corso di un convegno di studi, da Severino di Benedetto, *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione: soggetti, qualifiche, funzioni*, in Aa.Vv., *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di Stile, Napoli, Jovene, 1987, 29 ss.

Dai pubblici ufficiali amministrativi si distinguono, sempre agli effetti della legge penale, gli incaricati di pubblico servizio, che sono coloro che, a qualsiasi titolo, «prestano un pubblico servizio», ossia un'attività «disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di quest'ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale» (art. 358 c.p.).

Molto acceso è il dibattito nella dottrina penalistica italiana sulla corretta interpretazione delle due norme, che ha dato origine a pur dotte dissertazioni[2], che, però, sono state molte volte condotte dimenticandosi che uno dei compiti salienti del diritto penale è assicurare il rispetto delle norme previste dagli altri rami dell'ordinamento giuridico, dimodocché la definizione degli istituti giuridici sottoposti a protezione penale non può che essere conforme a quella espressa nel settore ordinamentale per il quale il legislatore intende apprestare una tutela penale[3], potendo prevedersi al più quelle delimitazioni concettuali necessarie per il rispetto degli ineludibili principi di legalità, tassatività e personalità della responsabilità penale, che caratterizzano il diritto penale.

Senza perdersi in defatiganti gineprai teoretici, e volendo fornire al lettore una guida utile a districarsi tra le diverse fattispecie penali riguardanti l'uso distorto dei pubblici poteri, si ritiene corretto ricostruire il significato delle due norme definitorie delle qualifiche degli agenti pubblici "amministrativi", rilevanti ai fini della legge penale, sulla base dell'assetto pluralista della pubblica amministrazione contenuto nella Carta Costituzionale.

Attraverso il combinato disposto degli artt. 97, 98, 118 Cost., il legislatore costituente qualifica come pubblica amministrazione l'insieme delle molteplici strutture organizzative pubbliche, articolate in modo policentrico a livello statale, regionale, provinciale, me-

---

[2] Per un corretto esame del dibattito si rimanda a: Pinucci, *Le qualifiche soggettive*, in Aa.Vv., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di D'Avirro, Padova, Cedam, 1999, 1 ss.; Di Giovine, *Pubblico ufficiale (dir. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, 4782 ss.

[3] Come autorevolmente sostenuto da Severino di Benedetto, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Le qualifiche soggettive*, Milano, Giuffrè, 1983, 20.

tropolitano e comunale, che svolgono le attività amministrative, ossia quel complesso multiforme di compiti ed attribuzioni, effettivi e concreti, previsti dal legislatore ordinario per realizzare le finalità pubbliche ritenute necessarie, in un dato momento storico, ad assicurare la crescita e lo sviluppo del benessere sociale.

In forza del principio di legalità, sancito dall'art. 97 Cost. per garantire la democraticità degli apparati pubblici amministrativi, attraverso la loro sottoposizione al controllo politico degli organi legislativi ed al sindacato delle autorità giudiziarie, spetta alla legge organizzare i pubblici uffici, mediante la determinazione delle sfere di competenza, delle attribuzioni e delle responsabilità proprie dei funzionari[4], ed in modo tale che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione[5], intendendo:

– per imparzialità, l'obbligo della pubblica amministrazione di procedere ad una corretta valutazione comparativa di tutti gli interessi legislativamente tutelati coinvolti dall'azione amministrativa e di compiere le scelte conseguenti nel rispetto dei criteri stabiliti dalla legge, in modo tale che la scelta compiuta sia il frutto coerente della comparazione degli interessi effettuata;

– per buon andamento, il dovere della pubblica amministrazione di curare l'interesse pubblico assegnatole nella maniera più conveniente possibile, attraverso una completa istruttoria rispettosa dei criteri, stabiliti dalla legge, di economicità, efficacia, logicità e semplificazione dell'azione amministrativa, assicurando, al contempo, «in coerenza con l'ordinamento dell'Unione Europea, […] l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico».

---

[4] Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968; Allegretti, *Amministrazione pubblica e costituzione*, Padova, Cedam, 1996; Nigro, *La pubblica amministrazione fra Costituzione formale e Costituzione materiale*, in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1996, 1845 ss.; Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., 9 ss.; Mezzetti, *Manuale breve diritto costituzionale*, cit., 349 ss.

[5] Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 36, ha sostenuto che l'art. 97 Cost. «mira a sottrarre l'amministrazione, regolata dalla legge, al controllo politico del governo tipico del periodo storico che ha preceduto l'entrata in vigore della Costituzione: un'amministrazione, dunque, indipendente dal governo e che si legittima per la sua imparzialità ed efficienza. L'art. 97 pone contestualmente limiti anche al legislatore, il quale può incidere sull'amministrazione soltanto dettando regole per la disciplina della sua organizzazione».

L'insieme delle leggi che disciplinano la struttura e l'operare dei pubblici uffici formano il diritto pubblico, che disciplina le situazioni ed i rapporti «ritenuti così essenziali al raggiungimento dei fini statali da esigere la maggiore possibile garanzia affinché l'attività ad essi correlativa sia non solo effettivamente esplicata ma esplicata in modo da adeguarsi pienamente ai fini stessi», attraverso la soluzione organizzativa di attribuire la titolarità delle situazioni e dei rapporti aventi rilevanza pubblica «a soggetti forniti di particolari qualificazioni, suscettibili di far prevedere un'adeguata soddisfazione degli interessi affidati alla loro gestione», mediante l'esercizio delle attività loro assegnate nel rispetto delle forme, dei contenuti e delle finalità legislativamente prefissate[6].

Sono, perciò, norme ordinarie di diritto pubblico[7] quelle che assicurano in via diretta la conservazione e lo sviluppo della comunità sociale, definendo gli interessi pubblici propri di quest'ultima[8], provvedendo «alla istituzione, organizzazione ed azione» degli enti preposti al governo in senso lato delle comunità territoriali, ed alla disciplina dei rapporti intercorrenti tra tali enti tra loro e con gli altri soggetti giuridici[9].

Tra le molteplici norme legislative di diritto pubblico rilevanti ai fini del presente studio, si deve ricordare, *in primis*, l'art. 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, contenente le norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, che indica quali siano le amministrazioni pubbliche nell'ordinamento italiano, ossia: – tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative; – le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo; – le Regioni, le Province, i Comuni, le Comuni-

---

[6] Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, *I*, a cura di Modugno, Baldassarre, Mezzanotte, cit., 39.

[7] Sulla nozione di norme di diritto pubblico si vedano le pregevoli pagine di: Pugliatti, *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, 696 ss., che ha sostenuto che la norma è di diritto pubblico quando tutela direttamente un interesse pubblico; Barile, Cheli, Grassi, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 48, secondo i quali appartengono alla sfera pubblicistica quei rapporti essenziali per il raggiungimento dei fini statali, assegnati a soggetti particolarmente scelti, «in grado di curare soddisfacentemente gli interessi affidati alla loro gestione», con l'esercizio di attività determinate nel contenuto e nelle finalità.

[8] Martines, *Diritto costituzionale*, cit., 40 ss.

[9] Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, Utet, 1985, 45 ss.

tà montane, e loro consorzi e associazioni; – le istituzioni universitarie; – gli Istituti autonomi case popolari; – le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni; – tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali; – le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale; – l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni; – le Agenzie disciplinate dagli artt. 8 ss. del d.lgs. 30 luglio 1999, 300, di riforma dell'organizzazione del Governo; – il CONI (fino alla revisione organica della disciplina di settore)[10].

A tali strutture pubbliche compete espletare, direttamente o avvalendosi di altri soggetti giuridici, specifiche attività di amministrazione dirette a soddisfare gli interessi generali della comunità territoriale di riferimento, secondo le previsioni imposte dalla legge circa le finalità, la procedura, l'oggetto, la forma, gli effetti e in parte pure il contenuto degli atti da porre in essere.

Le pubbliche attività amministrative possono distinguersi in due grandi categorie, ossia:

– da un lato, le funzioni amministrative, che sono le attività di natura autoritativa svolte da un soggetto dotato di potestà pubblicistiche di supremazia rispetto ai componenti della comunità territoriale di riferimento, come i poteri deliberativi, coercitivi, autorizzatori, concessori, sindacatori, che possono articolarsi, come autorevolmente osservato, «anche nell'esercizio di facoltà, nel compimento di fatti in senso stretto, di poteri e di atti a carattere interno, così come nell'esercizio di poteri e nel compimento di atti a carattere privato qualora queste fattispecie risultino in concreto strutturalmente connesse con atti e poteri di diritto pubblico»[11];

---

[10] Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. Commentario sistematico al codice penale*, cit., 5 ss.

[11] Guarino, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1970, 14 ss. Così pure Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, 17 ss.; De Vita, *La nozione di servizio pubblico locale*, in Chieppa, Lopilato, Tenca, *Giurisprudenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2012, 307, secondo cui la funzione amministrativa «si riferisce allo svolgimento di un'attività di natura autoritativa e presuppone l'esercizio di quelle prerogative proprie dell'ente pubblico, che, di regola, possono essere svolte soltanto da soggetti dotati di potestà pubblicistiche e posti in posizione di supremazia rispetto ai destinatari delle stesse».

– e dall'altro lato, i servizi pubblici, che consistono nella erogazione, in favore dei componenti della comunità territoriale, di beni o di servizi non aventi carattere strettamente giuridico e posti «in un rapporto di strumentalità ed accessorietà istituzionale nei confronti di una pubblica funzione»[12].

2. *I pubblici ufficiali esercenti la funzione amministrativa*

Uniformandosi a questi principi generali per il diritto pubblico italiano, il legislatore penale, al comma 2 dell'art. 357 c.p., definisce, ai soli fini della legge penale, la funzione amministrativa pubblica come l'attività di amministrazione regolata da norme ordinarie di diritto pubblico[13], o da atti autoritativi con contenuto organizzatorio adottati sulla base di norme di legge[14], che disciplinano l'organizzazione ed il funzionamento delle amministrazioni pubbliche; e contraddistinta dal formare e/o dal manifestare la volontà della pubblica amministrazione; o dal suo estrinsecarsi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi, rispetto ai quali i soggetti privati si trovano in una situazione di soggezione agli effetti prodotti, così da attribuire una posizione di supremazia alle amministrazioni pubbliche, in

---

[12] Guarino, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, cit., 235.; Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., 17 ss., che ha osservato che «è pur vero […] che vi sono attività chiaramente connotate dall'autoritatività e altre che non lo sono, ma esiste un'ampia fascia intermedia nella quale l'attività i presenta talvolta come autoritativa, talaltra come non autoritativa. Vi sono quindi attività di pubblico servizio che in taluni momenti divengono autoritative»; Zucchetti, *Approfondimenti: servizio pubblico e funzione pubblica*, in *Diritto degli enti locali*, Milano, Giuffrè, 2006, 242 ss.

[13] Con profonda acutezza Galgano, *Diritto privato*, Padova, Cedam, 2022, 15 ss., ha definito il diritto pubblico come il sistema di norme, fissate dalla legge, «che regola i presupposti, le forme e i modi di esercizio della sovranità, ossia della potestà di comando della quale sono investiti gli apparati dello Stato e gli altri enti pubblici che concorrono con essi nell'esercizio della sovranità…». Nello stesso senso Rescigno G.U., *Corso di diritto pubblico*, cit., 23, che ha rilevato che il diritto pubblico regola «i rapporti tra un soggetto dotato di un *potere di comando* e soggetti subordinati al primo, cosicché questo può *unilateralmente* vincolare i secondi con un suo atto di volontà».

[14] Segreto, De Luca, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 35; Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte speciale, I*, cit., 173.

quanto portatrici di interessi pubblici superiori[15], rispetto ai componenti della comunità sociale[16].

La qualifica di pubblico ufficiale è, allora, conferita a tutti quei soggetti che esercitano, nell'interesse e per conto di una pubblica amministrazione[17], una delle seguenti attività regolate dal diritto pubblico[18]:

---

[15] Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 2022, 8 ss., ha giustamente rilevato che nel diritto pubblico la disuguaglianza è giustificata, nei limiti fissati dalla legge, «soltanto dal principio che gli interessi generali o di maggior importanza per la conservazione e lo sviluppo della società devono prevalere sugli interessi minori o appartenenti ai singoli».

[16] Correttamente Torrente, Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2021, 19, hanno osservato che la formula di Ulpiano *ius publicum est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet: sunt enim quaedam publice utilia quaedam privatim*, nella moderna società di massa può essere conservata solo in via orientativa e come criterio di massima, dovendo considerare tendenzialmente pubblica «ogni disciplina che coinvolga non interessi marginali o di ristrette categorie di individui, ma intere classi e collettività, a prescindere dal tipo di poteri o funzioni in cui quella disciplina si concreti».

[17] Severino Di Benedetto, *Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio*, in *Dig. disc. pen.*, cit., 511, ha precisato che «la qualifica pubblica dell'ente può riflettersi sulla qualifica del soggetto che opera in esso, solo se si traduce in una connotazione oggettiva dell'attività che la diversifichi normativamente da quella facente capo ad una persona giuridica privata».

[18] Così, ad es.: Cass. pen., sez. V, 27 marzo 2003, n. 25509, «La qualifica di p.u. prescinde da un rapporto di dipendenza con lo Stato o con altro ente pubblico, rilevando soltanto che l'attività svolta sia regolata e disciplinata da norme di diritto pubblico, per cui detta qualifica deve essere riconosciuta a quei soggetti che, pubblici dipendenti o semplici privati, concorrono a formare ovvero a manifestare la volontà della p.a., esercitando, per es., poteri certificativi ([…] art. 357, 2 co., c.p.)»; Cass. pen., sez. II, 12 luglio 2004, n. 36344.

In dottrina si rimanda all'ampia ricostruzione effettuata da Vallini, *Le qualifiche soggettive*, in *Trattato di diritto penale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di Palazzo, cit., 788 ss. Parimenti si ricorda che Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 12, ha definito funzione pubblica la determinazione della formazione o la manifestazione della volontà della pubblica amministrazione, mediante lo svolgimento: – o di poteri autoritativi, che sono quelli di tipo coercitivo o consistenti in potestà «che sono esplicazione di un rapporto di supremazia di carattere pubblico, con conseguente legittimazione a dare ordini e ad esigerne la obbedienza in base a norme di diritto pubblico»; – o di poteri certificativi, che sono «quei poteri di documentazione cui l'ordinamento assegna pubblica efficacia probatoria». In una posizione ipercritica si è posto, invece, Manes, *Le qualifiche soggettive agli effetti penali*, in Davigo, Giordano, Manes, Piccirillo, Woodcock, *Corruzione e illegalità nella pubblica amministrazione*, cit., 14, che ha definito ambigue e melliflue le definizioni contenute negli artt. 357 e 358 c.p., in quanto basate su di una

– formare e/o manifestare la volontà della pubblica amministrazione, non solo a livello decisionale e/o rappresentativo, ma anche mediante l'espletamento di attività di tipo istruttorio e preparatorio, che contribuiscano «in modo univoco e determinante alla formazione e manifestazione della volontà di un ente pubblico», come quella «dell'ufficio di segreteria di un organo amministrativo […] idonea a dare impulso e determinazione all'iter deliberativo dell'organo stesso»[19];

– esercitare, «indipendentemente da formali investiture, poteri autoritativi, deliberativi o certificativi, disgiuntamente e non cumulativamente considerati»[20], essendo evidente, per il tenore letterale dell'art. 357 c.p., che tali requisiti sono tra loro alternativi[21];

– svolgere compiti di carattere «accessorio o sussidiario», per il perseguimento dei fini istituzionali di un ente pubblico, come, ad esempio, l'espletamento di attività consistente nell'acquisizione della prova di un fatto, imposta dall'ordinamento come condizione necessaria per l'erogazione di un'attività pubblica[22], o lo svolgimento

---

formula "totipotente", perché è estremamente difficile – già sul piano normoteoretico – individuare con precisione le «norme di diritto pubblico», e distinguerle dalle «norme di diritto privato».

[19] Cass. pen., sez. VI, 15 marzo 1993, n. 5226, che ha riconosciuto la qualità di pubblico ufficiale alla Segretaria del Direttore di una delle direzioni del segretariato generale di un Comune. Così pure Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale, II*, cit., 277, per il quale «concorrono a formare la volontà dell'ente tutte le persone che cooperano agli atti dell'Amministrazione con prestazioni intellettuali e che la rappresentanza va intesa in senso ampio, e cioè nel senso di impersonare in qualsiasi modo l'ente nei rapporti con il pubblico».

[20] Cass. pen., S.U., 27 marzo 1992, n. 7958.

[21] Cass. pen., 16 novembre 1990, Seranza; Cass. pen., sez. V, 26 giugno 1991, n. 8080.

Per una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali in tema di pubblico ufficiale si vedano: Basile, Capaldo, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1996; Manes, *Le qualifiche soggettive agli effetti penali*, cit., 17, che ha criticato la tendenza della Cassazione a non rivedere gli orientamenti definitori delle figure di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio alla luce dei processi di privatizzazione e di liberalizzazione da tempo in atto in importanti settori dell'economia italiana, che dovrebbero comportare il mancato riconoscimento della qualifica pubblicistica al servizio svolto in assenza di un regime di monopolio o di riserva ed in mancanza di finanziamento pubblico a sostegno delle diseconomie di quel servizio.

[22] Cass. pen., sez. V, 16 gennaio 1997, n. 2036.

di attività di consulenza[23], in quanto anche in questi casi si verifica una forma di «partecipazione, sia pure in misura ridotta, alla formazione della volontà della pubblica amministrazione».

Per ricoprire tale qualifica, difatti, «non è indispensabile svolgere un'attività che abbia efficacia diretta nei confronti dei terzi – nel senso cioè che caratteristica della pubblica funzione debba essere quella della rilevanza esterna dell'attività medesima – giacché ogni atto preparatorio, propedeutico ed accessorio, che esaurisca nell'ambito del procedimento amministrativo i suoi effetti certificativi, valutativi o autoritativi, seppure destinato a produrre effetti interni alla pubblica amministrazione, comporta, in ogni caso, l'attuazione completa e connaturale dei fini dell'ente pubblico e non può essere isolato dall'intero contesto delle funzioni pubbliche»[24].

La qualifica di pubblico ufficiale va, dunque, riconosciuta per la funzione oggettivamente intesa in concreto esercitata nell'ambito dell'organizzazione della pubblica amministrazione, a prescindere dal tipo di rapporto che intercorre tra il soggetto e la pubblica amministrazione, che può o meno essere di servizio (professionale o onorario, permanente o temporaneo, volontario o obbligatorio), oppure di collaborazione anche mediante convenzione[25], tanto che, secondo il costante indirizzo della Suprema Corte di Cassazione, la qualifica

---

[23] Cass. pen., sez. VI, 25 gennaio 1995, n. 4102, che ha definito pubblico ufficiale il soggetto nominato esperto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri con atto di specifica destinazione, perché il contributo fornito all'organo massimo della pubblica amministrazione, «pur non concretandosi in funzione tipicamente consultiva, concorreva ad influenzare le scelte discrezionali di tale organo rispetto agli atti di alta amministrazione che partecipano del regime riservato a quelli amministrativi».

[24] Cass. pen., sez. VI, 19 marzo 1998, n. 5575; Cass. pen., sez. VI, 10 febbraio 2004, n. 21088. Contra Stortoni, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 118, per il quale solo il soggetto che «partecipi alla formazione ed alla emanazione di atti amministrativi tipici, atti cioè che siano esplicazione del potere amministrativo […] con riferimento precipuo alla capacità di essi di incidere nelle sfere giuridiche dei terzi» può considerarsi pubblico ufficiale, con esclusione di colui che svolga «attività istruttorie, compilative, ecc., le quali non implichino scelte o momenti decisionali».

[25] Cass. pen., sez. VI, 19 maggio 1994, n. 9906, per la quale anche il modello convenzionale è idoneo a istituire il rapporto che deve intercorrere tra l'agente e la pubblica amministrazione per lo svolgimento di compiti che partecipino alla formazione dell'attività pubblica con riferimento a qualsiasi fase anche interna del procedimento amministrativo, pure di tipo non decisorio.

può essere attribuita anche quando un soggetto svolga effettivamente una pubblica funzione senza regolare investitura o con nomina invalida, ma con l'acquiescenza o la tolleranza della pubblica amministrazione, assumendo così di fatto la qualifica di funzionario[26].

Corollario di tale principio è l'assunto che «in tema di reati contro la pubblica amministrazione, l'attribuzione della qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio presuppone l'accertamento in concreto dell'attività svolta dall'imputato, essendo insufficiente a tal fine la mera sussistenza della qualifica di pubblico dipendente»[27].

E si tenga ben presente che la qualifica di pubblico ufficiale sussiste, in capo ai soggetti che espletino una delle attività appena indicate, anche quando l'ordinamento legislativo della pubblica amministrazione consenta «il ricorso ad un apparato di norme civilistiche, come strumento per il perseguimento dei fini pubblici», dando origine ad una «attività amministrativa di diritto privato»[28], come avviene

---

[26] Cass. pen., sez. VI, 17 giugno 1995, n. 6980, ha riconosciuto la qualifica di pubblico ufficiale ad un pubblico dipendente addetto al Gabinetto del Ministro e ad un funzionario di fatto addetto in qualità di esperto al medesimo Gabinetto, con il consenso quanto meno tacito degli organi responsabili della pubblica amministrazione, sul rilievo che, per la loro collocazione presso il Gabinetto, vertice della struttura amministrativa, erano «dotati di poteri di collaborare, anche in via soltanto strumentale, alla formazione della volontà della pubblica amministrazione (nella specie attinente alla programmazione per il potenziamento e sviluppo del settore ferroviario ed alla connessa attività inerente la previsione di gare di appalto e la formazione dei relativi contratti)»; Cass. pen., sez. VI, 10 giugno 1999, n. 7487, «L'attribuzione a taluno della qualità di funzionario di fatto, ai fini penalistici, presuppone l'effettività e non la mera apparenza dello svolgimento, senza valido titolo, di una pubblica funzione…»; Cass. pen., sez. VI, 2 luglio 2010, n. 28125 a proposito del coadiutore dell'esattore concessionario del servizio di tesoreria di un ente territoriale, non formalmente investito della pubblica funzione.

Sul pubblico funzionario di fatto si veda la puntuale ricostruzione effettuata da Vallini, *Le qualifiche soggettive*, in *Trattato di diritto penale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 765. Analogamente: Plantamura, *Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, in Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 930 ss.; Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte speciale, I*, cit., 173.

[27] Cass. pen., sez. VI, 26 marzo 2019, n. 39434, «Fattispecie in cui la Corte ha annullato con rinvio la sentenza di condanna di un Conducente di mezzi dell'ente Provincia per il delitto di peculato, in relazione agli indebiti prelievi di carburante effettuati con le schede-carburante in dotazione ai veicoli, nella quale si era ritenuta la sussistenza della qualifica soggettiva pur in assenza della verifica delle specifiche mansioni affidate all'imputato».

[28] Vallini, *Le qualifiche soggettive*, in *Trattato di diritto penale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 754.

nel caso in cui il procedimento amministrativo per l'effettuazione di investimenti in acquisti immobiliari da parte di un'amministrazione pubblica, avente lo scopo di assicurare il miglior utilizzo delle risorse destinate al perseguimento dei fini istituzionali, preveda:

– una prima fase, di diritto pubblico, inerente alla formazione ed alla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione circa l'investimento da effettuare, culminante con la delibera di acquisto;

– ed una seconda fase, di diritto privato, riguardante la stipula dei relativi contratti di acquisto, nella quale le parti operino su di un piano di parità[29].

Nel concetto di poteri autoritativi vanno ricompresi sia i poteri coercitivi (come quelli di arresto, di perquisizione, di contestazione di violazioni, ecc.), rispetto ai quali il privato si trova chiaramente in una posizione di sottoposizione al comando espresso[30]; sia le attività consistenti o nella manifestazione di una potestà pubblica discrezionale (ad es. le autorizzazioni amministrative)[31], o nell'esercizio di una funzione pubblica di controllo, perché in entrambi i casi il privato si trova su un piano non paritetico, non di diritto privato, rispetto all'autorità che tale potere esercita, che ha la capacità di «modificare le situazioni giuridiche altrui indipendentemente dal loro consenso»[32].

---

[29] Cass pen., sez. VI, 24 aprile 1998, n. 8161, a proposito dei membri del Comitato degli investimenti costituito all'interno del Consiglio di amministrazione della Direzione generale degli Istituti di previdenza del Ministero del Tesoro; Cass. pen., sez. VI, 7 giugno 2001, n. 34400, a proposito della persona che partecipi, con ruolo di carattere determinante, alle scelte degli investimenti immobiliari di un ente a carattere previdenziale, quale l'Inadel.

[30] Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte speciale, I*, cit., 175.

[31] Cass. pen., 6 giugno 1991, Toso: «La norma del c.p.v. dell'art. 357 c.p. va interpretata nel senso che ad integrare la qualifica soggettiva di p.u. è sufficiente l'esistenza in capo al soggetto di poteri autoritativi oppure, in alternativa o anche congiuntamente, di poteri certificativi, e non nel senso della necessaria presenza, anche solo in astratto, di poteri congiuntamente autoritativi e certificativi. – Nel concetto di poteri autoritativi rientrano non soltanto i poteri coercitivi (di arresto, di perquisizione, ecc.), ma tutte quelle attività che sono atti di volontà di pubblica amministrazione con esplicazione di un potere pubblico discrezionale (ad es. le autorizzazioni amministrative) nei confronti di un soggetto che così viene a trovarsi su un piano non paritetico, non di diritto privato, rispetto all'autorità che tale potere esercita».

[32] Stortoni, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 95. Così, pure, Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. Commentario sistematico al codice penale*, cit., 4786;

Nel novero dei poteri certificativi rientrano le attività aventi ad oggetto il rilascio di dichiarazioni, orali o scritte, aventi un'efficacia probatoria diretta a dare sicurezza al traffico giuridico, come quelle rilasciate dal notaio[33], oppure dall'avvocato difensore che autentichi il mandato *ad litem* in calce all'atto di citazione[34].

Si deve notare che per il Giudice di legittimità «il concetto di atto pubblico è, agli effetti della tutela penale, più ampio di quello desumibile dall'art. 2699 cod. civ., dovendo rientrare in detta nozione non soltanto i documenti redatti da un Notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato, ma anche quelli formati dal pubblico ufficiale o dal pubblico impiegato, nell'esercizio delle loro funzioni, per uno scopo diverso da quello di conferire ad essi pubblica fede, purché aventi l'attitudine ad assumere rilevanza giuridica o valore probatorio interno alla pubblica amministrazione»[35].

Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 10 ss.; Plantamura, *Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, in Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 901, secondo cui gli atti autoritativi sono «produttivi, *unilateralmente*, di effetti giuridici in capo ai loro destinatari, i quali, evidentemente, vengono così a trovarsi su di un piano non paritetico, rispetto alla P.A.».

Parimenti Cass. pen., S.U., 92/191173, «In tema di nozione di p.u. rientrano nel concetto di «poteri autoritativi» non soltanto i poteri coercitivi, ma anche tutte quelle attività che sono comunque esplicazione di un potere pubblico discrezionale nei confronti di un soggetto, che viene a trovarsi così su un piano non paritetico – di diritto privato – rispetto all'autorità che tale potere esercita. Rientrano invece nel concetto di poteri certificativi tutte quelle attività di documentazione cui l'ordinamento assegna efficacia probatoria, quale che ne sia il grado».

[33] Cass. pen., 25 maggio 1994, Siciliani, che ha messo in risalto che la qualità di pubblico ufficiale deve essere riconosciuta al Notaio non soltanto in relazione al suo potere certificativo in senso stretto, ma anche in rapporto a tutta la sua complessa attività, regolata da norme di diritto pubblico contenute nella c.d. legge notarile, e diretta alla formazione di atti pubblici, ossia i negozi giuridici notarili. Così pure, Cass. pen., sez. V, 16 ottobre 2009, n. 47178.

[34] Cass. pen., 1 marzo 1939, Panza.

[35] Cass. pen., sez. V, 17 dicembre 2018, n. 3542, «Fattispecie in tema di falso ideologico, in cui la Corte ha riconosciuto la natura di atto pubblico sia della relazione di servizio destinata ad attestare quanto avvenuto in presenza del pubblico ufficiale, sia dell'annotazione effettuata da un agente di Polizia penitenziaria sul registro modello 117, identificato da un'apposita numerazione e specificamente previsto per documentare i movimenti dei detenuti all'interno del carcere».

3. *Il criterio oggettivo funzionale per la identificazione dei Pubblici ufficiali "amministrativi"*

Sembra opportuno prestare la massima attenzione sulla circostanza che, poiché il legislatore ha adottato il criterio oggettivo funzionale per la definizione della rilevanza penale delle figure soggettive dei pubblici amministratori, la valutazione della qualifica pubblicistica del soggetto che opera per conto della pubblica amministrazione deve essere fatta in concreto, analizzando la natura della disciplina normativa e delle finalità dell'ente per il quale il soggetto agente presta la propria opera, essendo, invece, irrilevante la qualificazione e l'assetto formale dell'ente stesso, che può anche essere strutturato con forme organizzative tipiche del diritto privato, come la società per azioni.

Ciò avviene nel caso in cui il procedimento amministrativo per l'effettuazione di investimenti in acquisti immobiliari da parte di un'amministrazione pubblica, avente lo scopo di assicurare il miglior utilizzo delle risorse destinate al perseguimento dei fini istituzionali, preveda: – una prima fase, di diritto pubblico, inerente alla formazione ed alla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione circa l'investimento da effettuare, culminante con la delibera di acquisto; – ed una seconda fase, di diritto privato, riguardante la stipula dei relativi contratti di acquisto, nella quale le parti operino su di un piano di parità[36].

[36] Cass. pen., sez. VI, 24 aprile 1998, n. 8161, a proposito dei membri del Comitato degli investimenti costituito all'interno del Consiglio di amministrazione della Direzione generale degli Istituti di previdenza del Ministero del Tesoro; Cass. pen., sez. VI, 7 giugno 2001, n. 34400, a proposito della persona che partecipi, con ruolo di carattere determinante, alle scelte degli investimenti immobiliari di un ente a carattere previdenziale, quale l'Inadel; Cass. pen., sez. VI, 21 giugno 2021, n. 33779 «Anche i soggetti inseriti nella struttura organizzativa e lavorativa di una struttura privatistica (nella specie, una società per azioni) possono essere considerati pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, quando l'attività della società medesima sia disciplinata da una normativa pubblicistica e persegua finalità pubbliche, pur se con gli strumenti privatistici; con la precisazione che, in tal caso, deve essere verificato che concretamente le specifiche attività e compiti dell'agente ricadono nell'ambito dell'attività pubblicistica svolta dall'ente (nella specie, era stata correttamente ravvisata la natura pubblica della Fondazione Lombardia Film Commission, istituita per iniziativa della Regione Lombardia, Comune di Milano, Fondazione Cariplo, e Unioncamere Lombardia, con lo scopo rappresentato dalla

Parimenti per la Cassazione «sussiste la qualifica di pubblico ufficiale in capo al soggetto al quale, in forza di contratto privatistico di collaborazione coordinata e continuativa, sia affidato un incarico di consulenza e supporto alla direzione sanitaria regionale, atteso che tale attività, sebbene connotata da rilevanza meramente endoprocedimentale, implica la partecipazione alla formazione della volontà dell'ente ed all'attuazione dei suoi fini istituzionali»[37].

Nello stesso senso si è statuito che l'eventuale trasformazione di un ente pubblico in società per azioni per l'espletamento di un servizio pubblico essenziale, come la raccolta, il trasporto e la distribuzione della corrispondenza oppure il trasporto ferroviario, «e la successiva alienazione a privati di azioni della società per azioni, non comportano di per sé il venir meno della qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio dei suoi dipendenti, dato che l'ente rimane comunque disciplinato da una normativa pubblicistica e persegue finalità pubbliche, anche se con strumenti privatistici propri delle società per azioni».

Pertanto, "i dirigenti" di una società per azioni sottoposta a disciplina pubblicistica per il perseguimento di fini pubblici, qualora concorrano «ad emettere una deliberazione che incide sulla programmazione dell'attività dell'ente, sul conseguente assetto organizzativo e sulla destinazione in parte qua delle risorse finanziarie disponibili, sono pubblici ufficiali in quanto concorrono alla formazione della volontà dell'ente»[38].

Parimenti si è statuito che i componenti del Consiglio di amministrazione di una società per azioni titolare «di una concessione amministrativa avente ad oggetto la realizzazione di un'opera pubblica», e dotata «di poteri e facoltà propri dell'ente concedente, fra cui quelli concernenti la stipulazione dei contratti di appalto per l'esercizio materiale di detta opera, secondo una procedura ispirata a fini di pubblico interesse», acquistano, nonostante la natura privata dell'ente amministrato, «nell'esercizio di detti poteri e facoltà, quali-

---

promozione del territorio lombardo e dallo sviluppo del suo comparto industriale e dei servizi nel settore delle nuove tecnologie, ritenuto sintomatico della natura pubblicistica dell'ente».

[37] Cass. pen., sez. VI, 31 ottobre 2018, n. 17972.

[38] Cass. pen., sez. VI, 12 novembre 1996, Rapisarda e altri.

tà di pubblico ufficiale, attesa la natura oggettivamente amministrativa dell'attività demandata» a tale società[39].

Viceversa, la società per azioni, quando non svolga un'attività disciplinata da norme di diritto pubblico o da provvedimenti autoritativi per il raggiungimento delle finalità pubbliche assegnatele, «non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché lo Stato o gli enti pubblici ne posseggono le azioni, in tutto o in parte», o hanno «la facoltà di nominare, in quanto azionisti, in conformità a quanto previsto dall'art. 2458 c.c., uno o più amministratori», non «assumendo rilievo alcuno, per le vicende della medesima, la persona dell'azionista», con la conseguenza «che gli amministratori di una società per azioni in mano pubblica non rivestono la qualifica di pubblici ufficiali», perché, «anche se nominati dall'ente pubblico, non esercitano in ambito societario una pubblica funzione amministrativa, come definita dall'art. 357 c.p.», avendo, ai sensi dell'art. 2458, comma 3, c.c., «i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea»[40].

4. *Gli esercenti funzioni amministrative nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*

Sviluppando questi principi, appare utile ricordare che la qualifica di pubblico ufficiale è stata riconosciuta, dopo la riforma del 1990, nell'esercizio delle seguenti attività:

A) *nel settore dell'ordine e della sicurezza pubblica*:

– al personale femminile appartenente al ruolo degli Agenti e degli Assistenti del corpo di Polizia penitenziaria, avente il compito di garantire l'ordine all'interno degli istituti di pena e di tutelarne la sicurezza[41];

---

[39] Cass. pen., sez. VI, 17 giugno 1998, n. 7240, dove si è riconosciuta corretta l'attribuzione della qualità di pubblico ufficiale, ai fini della configurabilità a loro carico del reato di corruzione, ai componenti del Consiglio di amministrazione della Metropolitana Milanese spa, concessionaria della costruzione dell'omonima opera in forza di convenzione stipulata con la Regione Lombardia e con il Comune di Milano, poi integrata dalle prescrizioni contenute nella l.r. n. 70 del 1983.

[40] Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 1994, n. 3620.

[41] Cass. pen., sez. VI, 23 gennaio 1998, n. 896.

– all'Agente di Polizia penitenziaria, che esercita poteri certificativi nel momento in cui riferisce su accadimenti ai quali ha assistito direttamente o su condotte proprie o di detenuti affidati alla sua custodia[42];

– al Direttore sanitario presso la casa circondariale, anche se non legato all'Amministrazione penitenziaria da un rapporto di pubblico impiego[43];

– all'Allievo della scuola di Polizia mandato in servizio di ordine pubblico[44];

– all'Agente venatorio[45];

– all'Agente di Polizia ittica *ex* art. 31 r.d. n. 1604 del 1931[46];

– al Vigile del fuoco[47];

– alla Guardia ecologica del servizio volontario di vigilanza della Comunità montana Valtellina[48];

– alle Guardie zoofile[49].

B) *nel settore degli enti locali*:

– alla persona assunta da un'amministrazione comunale con incarico di tenere la segreteria particolare del Sindaco[50];

– al dipendente comunale, addetto alle pratiche riguardanti l'occupazione del suolo pubblico, incaricato di controllare, anche mediante sopralluoghi e misurazioni, «il puntuale rispetto dei limiti indicati nel titolo amministrativo»[51];

– al Capo Ufficio amministrativo dell'Ufficio condono del Comune, che, oltre ad esercitare poteri certificativi in ordine all'attività svolta, concorre nella formazione della volontà dell'ente pubblico,

---

[42] Cass. pen., sez. I, 22 ottobre 2012, n. 41115.

[43] Cass. pen., sez. V, 16 marzo 2012, n. 10443.

[44] Cass. pen., sez. VI, 31 marzo 1995, n. 5816.

[45] Cass. pen., 8 aprile 1997, Vitarelli.

[46] Cass. pen., sez. VI, 13 maggio 2012, n. 24637.

[47] Cass. pen., sez. VI, 10 maggio 2006, n. 29772.

[48] Cass. pen., sez. VI, 13 aprile 1994, n. 9387, perché dotata di poteri di accertamento delle violazioni di disposizioni in materia ecologica e di redazione dei relativi verbali, con efficacia di fede privilegiata ai sensi dell'art. 235 del regolamento di esecuzione del t.u.p.s. Nello stesso senso: Cass. pen. 5 luglio 1998, Garavaglia in riferimento alle Guardie ecologiche del Parco Ticino della Regione Lombardia.

[49] Cass. pen., sez. I, 30 ottobre 1996, n. 10282.

[50] Cass. pen., sez. VI, 8 settembre 1992, n. 3149.

[51] Cass. pen., sez. VI, 7 aprile 1993, n. 5331.

«in relazione all'atto richiesto, attraverso l'iscrizione della pratica, attività che implica non soltanto la ricezione e la raccolta materiale dei documenti, ma anche una valutazione degli stessi ai fini della decisione»[52];

– ai componenti dell'Ufficio tecnico comunale, perché l'attività svolta, sebbene di natura tecnica e istruttoria, «partecipa alla formazione della volontà della pubblica amministrazione, essendo strumentale al rilascio» del titolo abilitativo alla costruzione[53];

– all'Assessore comunale all'edilizia ed urbanistica, che, quale membro della Giunta comunale, svolga la pubblica funzione amministrativa di concorrere alla determinazione degli oneri aggiuntivi ed alla predisposizione delle clausole nelle quali deve articolarsi la convenzione edilizia che si associa al permesso di costruire, «in tal guisa partecipando direttamente alla formazione della volontà amministrativa che l'adozione dell'atto formale conclusivo del procedimento successivamente esprime»[54];

– al Dirigente dell'Ufficio tecnico comunale, al quale il Sindaco abbia conferito il compito di accertare l'abusività di una costruzione[55];

– al Professionista espressamente delegato dal Sindaco ad accertare la conformità di un fabbricato al progetto approvato con la concessione edilizia[56];

– all'Operatore comunale della viabilità, in quanto ha il potere di elevare contravvenzioni per infrazioni al traffico di veicoli e di certificare fatti caduti sotto la sua diretta percezione[57];

– ai funzionari di vertice di un'Azienda municipalizzata che hanno concorso a formarne la volontà e a certificarne le spese e la complessiva gestione finanziaria[58]; al Direttore di un'Azienda muni-

---

[52] Cass. pen., sez. VI, 8 marzo 1995, n. 7935.

[53] Cass. pen., sez. VI, 18 ottobre 1994, n. 10598.

[54] Cass. pen., sez. VI, 30 maggio 2013, n. 30175.

[55] Cass. pen., sez. VI, 5 novembre 1998, n. 1407, che ha, pure, precisato che tale Dirigente ha l'obbligo di denunciare eventuali abusi perseguibili al Sindaco, che a sua volta deve immediatamente informare l'autorità giudiziaria.

[56] Cass. pen., sez. V, 14 gennaio 1992, n. 2134.

[57] Cass. pen., sez. V, 21 ottobre 2010, n. 43359.

[58] Cass. pen., sez. VI, 26 settembre 2006, n. 38698.

cipalizzata[59]; ai componenti della Commissione amministratrice di un'Azienda municipalizzata[60];

– ai componenti degli organi dei Consorzi costituiti dai Comuni o dagli enti locali per i nuclei di sviluppo industriale previsti dalle leggi per il Mezzogiorno, di cui al t.u. 6 marzo 1978 n. 218, in quanto il loro patrimonio è rappresentato quasi esclusivamente dai conferimenti apportati dai diversi enti pubblici consorziati e dai contributi statali autorizzati e già concessi dalla abolita Cassa per il Mezzogiorno[61];

C) *nel settore sanitario*:

– ai componenti delle Commissioni di gara d'appalto per forniture alle USL, che concorrono a manifestare la volontà dell'amministrazione, essendo dotati di poteri certificativi ed abilitati ad esprimere apprezzamenti tecnici latamente discrezionali»[62];

– ai componenti del Consiglio di amministrazione di un ente ospedaliero «quando concorrono a formare le deliberazioni nelle materie ad esso riservate da norme di diritto pubblico», come avviene, ai sensi dell'art. 10 della l. n. 132 del 1968, nel caso in cui, nell'ambito del procedimento amministrativo di rilevanza pubblica di controllo sulla formazione di un contratto di diritto privato, deliberino la stipulazione dei contratti con i privati e ne perfezionino la formazione con un procedimento pubblicistico, che investe, tra l'altro, «la deliberazione a contrattare, la scelta del contraente, la opportunità e la rilevanza del negozio nonché la *condicio iuris* di efficacia di esso consistente nella definitiva approvazione del contratto, sicché solo dopo lo svolgimento di tale complesso procedimento, con l'instaurarsi a favore del privato di un vero e proprio diritto soggettivo, le fasi successive della disciplina del contratto si svolgeranno su un piano paritetico dei contraenti, disciplinato dal diritto privato»[63];

– al Direttore amministrativo preposto al servizio acquisizione

---

[59] Cass. pen., 25 marzo 1999, Minervini.
[60] Cass., sez. VI, 17 febbraio 2003, n. 20953.
[61] Cass. pen., sez. VI, 8 aprile 1999, n. 6038.
[62] Cass. pen., sez. VI, 1 aprile 1996, n. 96.
[63] Cass. pen., sez. VI, 12 giugno 1997, Albini.

beni di una Usl, perché manifesta la volontà dell'ente, le cui funzioni sono disciplinate da norme di diritto pubblico[64];

– al Medico che svolge attività libero-professionale per una casa di cura convenzionata, in forza di un rapporto privatistico, in quanto partecipa delle funzioni pubbliche che la Usl esercita per mezzo della struttura privata mediante la convenzione, concorrendo a formare e a manifestare la volontà pubblica in materia di assistenza sanitaria, anche svolgendo in sua vece poteri autoritativi e poteri certificativi in riferimento alla compilazione di cartella clinica, ricette, impegnative di cure e di ricoveri, attestazioni di malattie[65];

– al Medico ospedaliero che, non avendo fatto l'opzione per l'attività libero-professionale intramuraria, effettui, in orario di lavoro, visite sanitarie, servendosi dei locali e delle risorse dell'istituto di appartenenza[66];

---

[64] Cass. pen., sez. VI, 2 febbraio 1998, n. 2637.

[65] Cass. pen., S.U., 27 maggio 1992, Delogu; Cass. pen., sez. VI, 9 febbraio 1994, n. 4072. Successivamente Cass. pen., sez. V, 19 gennaio 2011, Izzo, per la quale il Medico convenzionato con l'ASL è pubblico ufficiale, «in quanto svolge la sua attività per mezzo di poteri pubblicistici di certificazione, che si estrinsecano nella diagnosi e nella correlativa prescrizione di esami e prestazioni alla cui erogazione il cittadino ha diritto presso strutture pubbliche ovvero presso strutture private convenzionate». Al contrario, per Cass. pen., sez. VI, 6 febbraio 1997, n. 1128, «Il Primario ospedaliero nello svolgere nell'ambito della struttura ospedaliera attività libero-professionale (c.d. *intra moenia*) consentita dal d.p.r. n. 270 del 1987, non riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio. Egli invero nell'esplicare la suddetta attività si limita a mansioni di natura tecnica senza concorrere in alcun modo a formare e manifestare la volontà della p.a.; d'altro canto le prestazioni in questione non risultano in alcun modo regolate da norme pubbliche. (Affermando siffatto principio la Cassazione ha escluso la configurabilità del reato di abuso d'ufficio con riguardo a comportamento di un primario che nell'esercizio della libera professione nell'ospedale, si era fatto pagare dal cliente anziché indirizzare lo stesso alla cassa dell'ente. In particolare la Corte Suprema ha rilevato che l'art. 87 d.p.r. cit. nello stabilire che il corrispettivo delle visite private *intra moenia* debba essere versato a tale cassa non implica disciplina pubblicistica trattandosi di semplice modalità di pagamento rivolta a far pervenire direttamente all'ente la percentuale dovutagli per l'uso consentito al medico di attrezzature ospedaliere)». In proposito, però, Cass. pen., 20 maggio 1997, Ascari, ha precisato che il Medico che svolga attività c.d. *intra moenia* all'interno dell'ospedale, ai sensi del d.p.r. 20 maggio 1987 n. 270, non può invocare la natura privatistica del rapporto, qualora compia una falsa attestazione di accertamenti sanitari in realtà mai effettuati, per fini di favore, ricevendo un compenso pari a quello stabilito per le visite realmente effettuate.

[66] Cass. pen., sez. VI, 22 gennaio 2003, n. 9949.

– al Primario di un ospedale dipendente da un ente religioso, che, avendo stipulato una convenzione con il Servizio sanitario nazionale ai sensi dell'art. 41, l. n. 833 del 1978, è investito del pubblico servizio di assistenza mediante il ricovero degli infermi[67];

– al Medico convenzionato con il servizio sanitario nazionale, perché è «investito di funzioni di carattere pubblicistico aventi nel contempo natura sanitaria ed amministrativa»[68], così da svolgere la sua attività «per mezzo di poteri pubblicistici di certificazione, che si estrinsecano nella diagnosi e nella correlativa prescrizione di esami e prestazioni alla cui erogazione il cittadino ha diritto presso strutture pubbliche, ovvero presso strutture private convenzionate»[69];

– ai componenti delle Commissioni incaricate di accertare le condizioni di invalidità per l'erogazione di prestazioni assistenziali a carico dello Stato, in quanto esercitano attività autorizzativa e certificativa regolata dal diritto pubblico[70];

– al «Medico dipendente di struttura ospedaliera autorizzato allo svolgimento di attività in *regime intra moenia* allargata, all'esterno della Azienda sanitaria, trattandosi di attività inserita in una programmazione unitaria regionale e soggetta a controlli volti a consentirne lo svolgimento nel rispetto delle finalità istituzionali dell'ente, con predeterminazione delle tariffe nonché della quota da riscuotere per conto dell'en-

---

[67] Cass. pen., sez. VI, 28 settembre 2000, n. 11611.

[68] Cass. pen., sez. III, 21 febbraio 2000, n. 1913.

[69] Cass. pen., sez. VI, 22 febbraio 2007, n. 35836, che si è richiamata a Cass. pen., S.U., 27 marzo 1992, n. 5, superando l'orientamento contrario espresso da Cass. pen., sez. III, 4 maggio 1994, n. 1408, che aveva considerato incaricato di pubblico servizio il Medico di fiducia svolgente le funzioni previste dagli artt. 4 e 5 della l. 22 maggio 1978 n. 194 (norme sulla tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza). Si veda pure Cass. pen., 10 marzo 2011, n. 16368, per la quale «integra il reato di falso ideologico in atto pubblico (art. 479 c.p.), la condotta di colui che, in qualità di Medico convenzionato con il Servizio sanitario nazionale, attesti falsamente la sussistenza di turbe comportamentali e psichiche tali da richiedere un trattamento sanitario obbligatori, trattandosi di pubblico ufficiale che concorre a formare la volontà della pubblica amministrazione, in materia sanitaria, esercitando per conto di quest'ultima poteri certificativi».

[70] Cass. pen., sez. V, 31 gennaio 2000, n. 1004. Nella stessa direzione: Cass. pen., sez. VI, 21 gennaio 2005, n. 12175, che ha riconosciuto la qualità di pubblico ufficiale al Sanitario, rappresentante di categoria designato da un'associazione invalidi, componente di una Commissione medica periferica istituita per valutare il riconoscimento di provvidenze a favore di mutilati e invalidi civili.

te stesso.(Fattispecie in cui la Corte ha confermato la sentenza di condanna relativa ai reati di corruzione e falso in atto pubblico in relazione alla condotta del Medico che aveva percepito indebitamente somme di denaro in cambio del rilascio di falsa documentazione sanitaria)»[71].

– «al Medico in servizio presso un ospedale pubblico anche quando la condotta criminosa è stata realizzata, abusando della qualifica, nello svolgimento della libera professione e nel proprio studio privato»[72].

– al Medico autorizzato quale accertatore al rilascio di un certificato attestante il possesso dei requisiti psicofisici richiesti per il conseguimento della patente di guida, atteso che lo stesso, anche ove operi in regime privatistico, riveste la qualità di pubblico ufficiale ed esercita una pubblica funzione in forza dell'espressa previsione normativa di cui agli artt. 119, comma 2, cod. strada e 319, comma 5, del regolamento di cui al d.p.r. 16 dicembre 1992, n. 495[73].

D) *nel settore della scuola e dell'università*:

– al dipendente di un'Università munito per gli affari di sua competenza di potestà certificativa ed autorizzativa[74];

– all'Insegnante presso una scuola statale[75] ed al Professore presso un istituto legalmente riconosciuto, in quanto l'insegnamento costituisce una pubblica funzione e le scuole private sono equiparate a quelle pubbliche ai sensi della legge 19 gennaio 1942 n. 86[76];

E) *nel settore delle opere pubbliche*:

– al Direttore dei lavori di un'opera pubblica commissionata da un ente pubblico, che, nell'esercizio dei poteri e dei doveri connessi all'incarico (quali l'obbligo di vigilanza sulla corretta esecuzione

---

[71] Cass. pen., sez. VI, 5 marzo 2019 , n. 13411, «In tema di concussione, sussiste la qualifica di pubblico agente in capo al Medico in servizio presso un ospedale pubblico anche qualora la condotta criminosa sia stata commessa, abusando della qualifica, nello svolgimento della libera professione ed all'interno del proprio studio privato. (Fattispecie in cui un Ginecologo in servizio presso un ospedale pubblico determinava le persone offese, che gli richiedevano interventi di interruzione di gravidanza presso detta struttura, ad eseguirli illegalmente ed a pagamento presso il suo studio privato)».

[72] Cass. pen., sez. VI, 6 luglio 2022, n. 29944.

[73] Cass. pen., sez. V, 22 gennaio 2019, n. 871.

[74] Cass. pen., sez. VI, 26 marzo 1997, n. 4955.

[75] Cass. pen., sez. II, 11 febbraio 1992, n. 2790.

[76] Cass. pen., sez. V, 13 gennaio 1999, n. 3004.

delle opere da parte delle imprese appaltatrici, il controllo sul rispetto delle prescrizioni di capitolato, il potere di impartire ordini di servizio, il dovere di constatare e di certificare lo stato di avanzamento dell'opera mediante redazione degli atti di consistenza, ecc.), pone in essere atti pubblici, anche se non fidefacienti[77];

– al Presidente di una società per azioni concessionaria di autostrade nell'esercizio dell'attività di scelta dell'appaltatore per l'esecuzione di progetti di costruzione di tronchi autostradali e di altre opere inerenti l'autostrada (caselli, dispositivi di sicurezza, barriere antirumore) o relative alla sua manutenzione, in quanto attività amministrativa in senso obiettivo, che ha la funzione di assicurare la protezione dell'interesse pubblico, affidata istituzionalmente all'ente concedente ed esclusivamente trasferita dal concedente al concessionario per il tramite della concessione[78];

F) *nel settore dei trasporti*:

– al Capotecnico della Motorizzazione civile addetto all'espletamento delle pratiche di revisione autoveicolare[79];

– al titolare dell'agenzia automobilistica che gestisce il c.d. "sportello telematico dell'automobilista" *ex* art. 4 d.p.r. n. 358 del 2000, con il compito di verificare, ai fini del rilascio della carta di circolazione, l'idoneità, la completezza e la conformità tanto della domanda quanto della documentazione presentata dall'interessato nonché l'avvenuto versamento delle imposte e dei diritti dovuti dal richiedente[80];

– al soggetto che abbia svolto, in qualità di concessionario o di privato da questi incaricato, i compiti di ispezionare e vigilare sulle "opere d'arte" autostradali e di relazionare, in merito agli esiti, all'ente concedente, da cui dipende la regolamentazione e la tutela della sicurezza dei trasporti[81];

---

[77] Cass. pen., sez. VI, 3 settembre 1992, n. 3134; Cass. pen., sez. V, 4 giugno 2008, n. 36641.

[78] Cass. pen., sez. III, 19 agosto 1993, n. 1806.

[79] Cass. pen., sez. VI, 9 aprile 2008, n. 35839.

[80] Cass. pen., sez. V, 23 giugno 2011, n. 28086.

[81] Cass. pen., sez. V, 8 gennaio 2020, n. 22053, «Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto configurabile il delitto di cui all'art. 479 c.p. per l'omessa segnalazione all'ente concedente, da parte di una società controllata dalla concessionaria, contrattualmente obbligata per le incombenze di manutenzione, ispezione, vigilanza e

– all'impiegato Accertatore dell'Azienda pubblica di trasporto urbano ufficiale, essendo titolare di poteri autoritativi e certificativi, nell'ambito delle attività di prevenzione, accertamento e verbalizzazione delle infrazioni relative ai trasporti[82];

– al titolare di delegazione "ACI", che gestisce il cosiddetto "sportello telematico dell'automobilista" (STA), allorché attesti falsamente l'apposizione in sua presenza delle sottoscrizioni dei soggetti venditori di beni mobili registrati[83];

– ai funzionari delle Ferrovie dello Stato spa incaricati dell'attività di contrattazione con ditte cui affidare delle forniture[84] o appaltare dei servizi[85];

– all'addetto al controllo dell'esecuzione di lavori e al collaudo degli stessi, eseguiti su commissione della FF.SS. spa[86];

– al Conduttore della FF.SS. spa che proceda alla constatazione dei fatti e alle relative verbalizzazioni nell'ambito di attività di prevenzione ed accertamento delle infrazioni alla polizia dei trasporti[87];

– al Capo stazione della FF.SS. spa, perché esercita una funzio-

---

controllo delle opere autostradali, della difformità di un viadotto dal progetto esecutivo e dalle relazioni di calcolo».

[82] Cass. pen., sez. V, 13 febbraio 2018, n. 25649.

[83] Cass. pen., sez. V, 20 giugno 2018, n. 45299. In motivazione, la Corte ha precisato che il titolare dello "STA" riveste la qualità di pubblico ufficiale, in quanto l'art. 7 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 gli attribuisce compiti di autenticazione propri della pubblica amministrazione.

[84] Cass. pen., sez. VI, 13 gennaio 1999, n. 1943, dove si è reputato che l'affidamento di forniture di disinfettanti rientrava nella previsione del regolamento di igiene ferroviario e della legge sulla Ragioneria generale dello Stato, così da essere regolato da norme di diritto pubblico e si sostanziava nell'esercizio di «poteri-doveri discrezionali ed autoritativi».

[85] Cass. pen., sez. VI, 10 luglio 1995, n. 9927, dove si è rilevato che «la scelta del contraente non può considerarsi oggetto di libera determinazione, ma soggiace alla disciplina pubblicistica che regola la materia e ai principi di imparzialità, buona amministrazione ed economicità stabiliti dall'art. 97 Cost. e dall'art. 2, l. 17 maggio 1985 n. 210. Rientra, pertanto, nell'attività propria dei pubblici ufficiali la stipula di contratti di appalto per la decoimbentazione dell'amianto e la ricoimbentazione con altro materiale non nocivo alla salute, delle carrozze ferroviarie, la quale non è riconducibile nell'esercizio dell'attività di impresa, disciplinata da norme di natura prettamente civilistica, proprio perché strettamente attinente all'esercizio del servizio pubblico».

[86] Cass. pen., 2 luglio 1998, Calò.

[87] Cass. pen., sez. VI, 30 settembre 1994, n. 11490; Cass. pen., sez. I, 22 giugno 2000, n. 10027, in riferimento al Capotreno addetto al controllo del biglietto ferroviario, abilitato alla constatazione dei fatti ed alla relativa verbalizzazione con

ne amministrativa, dotata di poteri autoritativi e certificativi e disciplinata da norme di diritto pubblico[88];

– all'addetto al Magazzino centrale della rete ferroviaria italiana, che gestisca la presa in carico, la vendita e la consegna del materiale "fuori uso"[89].

Sul punto, la Cassazione è stata ferma nel sostenere che il trasporto ferroviario rappresenta un servizio pubblico essenziale «che l'art. 1 comma 2, l. 12 giugno 1990 n. 146 espressamente annovera tra quelli che, «anche se svolti in regime di concessione o mediante convenzione», sono diretti «a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla vita, alla salute, alla libertà, alla sicurezza, alla libertà, alla circolazione, alla istruzione ed alla libertà di comunicazione».

Ad avviso della Corte, il trasporto ferroviario mantiene tale carattere di essenzialità anche dopo la trasformazione in società per azioni dell'Ente pubblico economico Ferrovie dello Stato, attributario dei compiti previsti dalla l. 17 maggio 1985 n. 210, in quanto la trasformazione ha inciso «soltanto sulla disciplina organizzativa della struttura affidataria del servizio, ma non ha fatto venir meno tutta la restante disciplina della l. n. 210 del 1985, concernente l'esercizio ferroviario, e in particolare, sia le attività connesse, anche di carattere tecnico, che continuano ad essere svolte in regime di concessione con il concorso economico dello Stato, unico azionista, sia il carattere e gli obblighi del pubblico servizio»[90], con l'effetto che il personale delle Ferrovie dello Stato «rimane assoggettato, nell'esercizio delle attività inerenti al pubblico servizio, allo statuto penale della pubblica amministrazione»[91].

G) *nel settore delle comunicazioni*:

– al dipendente dell'Ente Poste Italiane, al quale sia affidata la mansione di addetto al servizio dei conti correnti postali, nell'attivi-

identificazione del viaggiatore nell'ambito dell'attività di accertamento delle infrazioni alla polizia dei trasporti.

[88] Cass. pen., sez. VI, 13 gennaio 1995, n. 2100.

[89] Cass. pen., sez. VI, 11 febbraio 2008, n. 8933.

[90] Cass. pen., sez. VI, 17 giugno 1995, n. 6980, a proposito di addetti al Gabinetto del Ministro dei Trasporti; Cass. pen., sez. VI, 10 luglio 1995, n. 9927.

[91] Cass. pen., 31 ottobre 1996, Colantoni.

tà connessa alla riscossione delle somme versate in conto corrente, «trattandosi dell'esercizio di poteri certificativi che si esplicano attraverso il rilascio di documenti aventi efficacia probatoria»[92];

– all'operatore del servizio postale, avente potere certificativo in relazione alla ricezione, consegna e trasporto dei plichi[93];

– al Dirigente di esercizio di un ufficio postale, cui sia «attribuita l'attività di documentazione circa l'invio delle raccomandate mediante l'apposizione su queste del numero progressivo e del timbro datario»[94];

– al dipendente delle poste incaricato di provvedere al pagamento delle pensioni per conto del Ministero del Tesoro e, in tale veste, competente a ricevere dal soggetto incaricato di incassare le somme la dichiarazione, fidefaciente, di esistenza in vita del beneficiario[95];

– al dipendente dell'impresa esercente servizi postali in appalto addetto al trasporto di effetti postali, valori e corrispondenza ordinaria, qualora il contratto di appalto preveda il compito di rilasciare ricevuta per iscritto[96];

– al Direttore dell'Ufficio postale, dotato di poteri certificativi dei servizi postali[97].

E ciò sulla base della considerazione che anche dopo la trasformazione dell'Ente Poste in società per azioni, i servizi postali appartengono al novero dei servizi pubblici, in considerazione della situazione di sostanziale monopolio, nonché per la funzione pubblica che assumono la raccolta, il trasporto e la distribuzione della corrispon-

---

[92] Cass. pen., sez. VI, 4 luglio 1997, n. 7972.

[93] Cass. pen., sez. VI, 10 giugno 1999, n. 9929.

[94] Cass. pen., sez. V, 27 marzo 2003, n. 25509.

[95] Cass. pen., sez. II, 12 luglio 2004, n. 36344.

[96] Cass. pen., sez. VI, 11 maggio 2005, n. 28527.

[97] Cass. pen., sez. VI, 9 dicembre 2008, n. 3897; Cass. pen., sez. VI, 5 novembre 2020, n. 6600 «In tema di peculato, riveste la qualità di pubblico ufficiale il Direttore di un Ufficio postale che si appropri di denaro prelevato direttamente dalla cassa ove confluiscano gli introiti delle operazioni inerenti ai servizi postali, avuto riguardo ai poteri di certificazione dallo stesso esercitati per le consegne o i versamenti di somme di denaro effettuati dagli utenti e per la contabilizzazione dei relativi passaggi o movimenti. (In motivazione, la Corte ha ritenuto sussistente il delitto di peculato nonostante che il denaro oggetto dell'appropriazione fosse destinato allo sportello bancomat, quale servizio di natura privatistica, essendosi l'appropriazione verificata prima ancora dell'inserimento del denaro nello sportello automatico, mediante la sottrazione dalla cassa dell'Ufficio postale)».

denza, in ragione dell'esigenza primaria di garantire la libertà e segretezza delle comunicazioni (art. 15 Cost.).

Non a caso, del resto, il d.lgs. n. 261 del 1999, all'art. 1, riafferma che la fornitura dei servizi relativi alla raccolta, allo smistamento, al trasporto e alla distribuzione degli invii postali, nonché la realizzazione e l'esercizio della rete postale pubblica, costituiscono attività «di preminente interesse generale». Ne consegue che la suddetta trasformazione in società per azioni dell'Ente Poste non incide sulla qualifica dei propri dipendenti, i quali continuano a mantenere la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio in ragione dell'attribuzione e dell'esercizio di poteri propri del pubblico servizio[98].

H) *in riferimento ad enti di vario tipo*:

– al Direttore amministrativo e all'impiegato di un ordine professionale[99];

– ai rappresentanti del Servizio Impianti Sportivi di un Comitato provinciale del CONI, che, nel rilasciare le attestazioni relative al controllo della reale sussistenza e della funzionalità di attrezzi da acquistarsi con il contributo pubblico, esercitano un potere certificativo, che, «pur non previsto in maniera esplicita, deriva dalla natura dell'atto», in considerazione della natura pubblica amministrativa del CONI, avente come obiettivo istituzionale il potenziamento dello sport nazionale[100];

– al Direttore di un Consorzio di bonifica, destinato al perseguimento di scopi di pubblico interesse e disciplinato da norme di diritto pubblico[101];

– all'impiegato dell'Ufficio provinciale del lavoro addetto alla formazione delle graduatorie del collocamento obbligatorio, che,

---

[98] Cass. pen., sez. II, 12 luglio 2004, n. 36344. Si veda pure: Cass. pen., sez. VI, 4 luglio 1997, n. 7972, «Ai fini della configurabilità dei reati contro la p.a., l'ente Poste italiane, istituito quale ente pubblico economico […], svolge un servizio pubblico, consistente nell'assicurare, direttamente o indirettamente, la comunicazione epistolare e ogni altro tipo di comunicazione a essa assimilabile: ne consegue che lo statuto personale dell'ente si diversifica in ragione dell'attività in concreto esercitata, irrilevante essendo il carattere privatistico assunto dal relativo rapporto di lavoro».

[99] Cass. pen., sez. VI, 20 ottobre 2010, n. 19351.

[100] Cass. pen., sez. VI, 16 ottobre 1997, n. 1052.

[101] Cass. pen., sez. VI, 13 maggio 1998, n. 8494.

svolgendo un'attività certificatoria, contribuisce alla formazione della volontà della pubblica amministrazione[102];

– al funzionario dell'Istituto per i servizi assicurativi del commercio estero[103];

– agli operatori degli Istituti di credito per le attività svolte in campo monetario, valutario, fiscale e finanziario in sostituzione di enti non economici, nella veste di banche agenti o delegate[104];

– al concessionario di una pesa pubblica ed al suo collaboratore, nell'attività di rilascio delle bolle di pesatura, che costituiscono atti pubblici, aventi valore costitutivo e diretti a provare l'attività compiuta[105];

– al Presidente del Consorzio di bonifica, il quale, in quanto organo apicale, concorre alla formazione ed alla manifestazione della volontà dell'ente[106];

– al Presidente di un ente previdenziale e assistenziale (nella specie, la Cassa nazionale di previdenza e assistenza ragionieri), stante la natura di rilievo pubblicistico dell'attività pensionistico-previdenziale a contribuzione obbligatoria – della quale è parte integrante la gestione delle risorse finanziarie, che sono preordinate all'attuazione dei fini dell'ente – siccome prevista e disciplinata da norme di diritto pubblico, soggetta a controllo contabile ed a vigilanza ministeriale[107].

5. *Gli incaricati di pubblico servizio*

Passando all'altra categoria di agenti pubblici rilevanti per il diritto penale, si osserva che il legislatore del 1990, con la riformulazione dell'art. 358 c.p., ha cercato di porre un freno al profluvio di riconoscimenti della qualità di incaricato di pubblico servizio prodotto da una giurisprudenza torrentizia sotto il vigore dell'originaria

---

[102] Cass. pen., sez. VI, 21 febbraio 2013, n. 18372.

[103] Cass. pen., sez. VI, 7 maggio 1999, n. 6858.

[104] Cass. pen., 7 gennaio 1997, Sbrocca, che ha ribadito la natura, invece, privatistica dell'ordinaria attività bancaria di raccolta del risparmio e di esercizio del credito.

[105] Cass. pen., sez. V, 27 maggio 2005, n. 30856.

[106] Cass. pen., sez. VI, 4 maggio 2022, n. 29928.

[107] Cass. pen., sez. VI, 26 maggio 2021, n. 9642.

formulazione, adottando invece una concezione oggettiva del pubblico servizio, per la quale questo va individuato con riferimento al suo assetto normativo, a prescindere dal fatto che il suo esercizio sia affidato allo Stato o ad altri soggetti pubblici o privati[108].

Ai sensi dell'art. 358 c.p., come modificato dall'art. 18 della l. n. 86 del 1990, sono incaricati di pubblico servizio tutti coloro che, a qualsiasi titolo, svolgono un pubblico servizio, ossia un'attività «di carattere intellettivo», «diretta a realizzare in via immediata le finalità» di una pubblica amministrazione e disciplinata, alla pari della funzione pubblica, da norme di diritto pubblico o da atti autoritativi, ma che si caratterizza, quanto al contenuto, per la mancanza dei poteri deliberativi, rappresentativi, autoritativi e certificativi propri della pubblica funzione, rispetto alla quale si pone in un rapporto di accessorietà e complementarietà[109].

Dal novero degli incaricati di pubblico servizio, sono, tuttavia, espressamente esclusi, coloro che, pur essendo inseriti nell'ambito di un'attività pubblica, esercitano semplici mansioni di ordine o prestano opera meramente materiale[110].

---

[108] Sul concetto penalistico di servizio pubblico ci si richiama a Manes, *Servizi pubblici e diritto penale*, cit., 220, che, all'esito di una dotta ed approfondita ricerca, ha sostenuto che tale nozione va circoscritta «a quelle attività orientate alla soddisfazione di interessi generali sottoposte ad un regime organizzativo pubblicistico e svolte in regime economico differenziato rispetto alle normali dinamiche di mercato», per le quali la disciplina pubblicistica «si traduca in uno speciale contesto istitutivo-organizzativo (concessione/affidamento/conferimento) e nella strutturazione dell'attività in una dimensione anticompetitiva (monopolio legale/privativa/riserva), che ponga cioè il soggetto erogatore […] in una posizione differenziata e "privilegiata" rispetto agli altri competitori, sottraendolo al gioco della concorrenza…». Per Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 19, «deve ritenersi pubblico servizio ogni attività diretta obiettivamente a raggiungere pubbliche finalità; dove per pubblica finalità è da intendersi ogni fine assunto come proprio dallo Stato, anche se il perseguimento del fine medesimo è lasciato alla iniziativa di altri enti o addirittura di privati. L'assunzione del fine come proprio da parte dello Stato è riconoscibile dalla disciplina giuridica delle attività dirette a soddisfarlo e, in modo particolare, ma non esclusivo, dalla indisponibilità da parte del privato».

[109] Cass. pen., sez. VI, 30 aprile 1997, n. 8097.

[110] Così ad esempio: Cass. pen., sez. VI, 11 gennaio 2023, n. 1957, «Non riveste la qualifica soggettiva di incaricato di pubblico servizio il dipendente di una società privata concessionaria di un pubblico servizio che svolga mansioni esecutive e compiti meramente materiali. (In applicazione del principio, la Corte ha escluso la gravità indiziaria del reato di peculato nei confronti dell'Addetto alla conduzione degli automezzi *per la* movimentazione dei rifiuti solidi urbani, operante alle dipen-

Secondo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, poter qualificare come servizio pubblico un'attività si richiedono i seguenti requisiti: – la titolarità dell'attività da parte di un ente pubblico; – la destinazione dell'attività a soddisfare un interesse di carattere generale della comunità; – la predisposizione da parte dell'ente titolare di un programma di gestione, vincolante per il privato incaricato della gestione, con la previsione di obblighi di condotta e l'imposizione di standards qualitativi; – il mantenimento in capo all'ente pubblico concedente di poteri di indirizzo, vigilanza ed intervento, affinché il programma sia rispettato[111].

Perché un'attività possa essere qualificata servizio pubblico è, dunque, necessario che lo Stato o altro ente pubblico, mediante un atto normativo o un provvedimento amministrativo a contenuto generale ed astratto, assuma tale attività come propria, in quanto funzionale alla tutela di un proprio specifico interesse pubblico, pur potendo, poi, scegliere di assegnarne l'esercizio ad altro soggetto, pubblico o privato[112].

In tal senso si ricorda che l'art. 1 della l. 12 giugno 1990 n. 146 (come modificata dalla l. 11 aprile 2000 n. 83), contenente norme

---

denze di una società concessionaria dei servizi comunali di ecologia, raccolta e trasporto rifiuti, appropriatosi di ingenti quantitativi di carburante)».

[111] Cass. pen., S.U., 27 maggio 2009, n. 12252. Tale orientamento è pienamente condiviso dal Consiglio di Stato: in tal senso, Cons. St., sez. V, 2 maggio 2013, n. 2385.

In dottrina si rimanda all'importante studio di Caia, *I servizi pubblici*, in Mazzarolli, Pericu-Romano, Roversi Monaco, Scoca, *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 2005, 148, che ha messo in risalto che il servizio si caratterizza poi per i seguenti elementi: 1) le attività oggetto del servizio non sono necessariamente esclusive dell'Amministrazione o di chi riceve da essa il titolo di investitura per provvedervi; 2) le attività in esame si qualificano per il loro inserimento in un complesso organizzatorio di tipo pubblicistico prefigurato dalla legge e definito dall'Amministrazione; 3) le attività in questione sono dirette in favore degli amministrati: il servizio pubblico è un'attività imputabile all'Amministrazione pubblica (e gestita anche a mezzo di terzi affidatari) volta a fornire prestazioni puntuali e specifiche ai cittadini. Così pure: Zucchetti, *Approfondimenti: servizio pubblico e funzione pubblica*, in *Diritto degli enti locali*, cit., 242 ss.; De Vita, *La nozione di servizio pubblico locale*, in Chieppa, Lopilato, Tenca, *Giurisprudenza amministrativa 2012*, cit., 307.

[112] Cfr. Cass. pen., sez. VI, 18 gennaio 1994, n. 138, per la quale l'affidamento ad un soggetto privato di un'attività costituente servizio pubblico non richiede necessariamente l'adozione di un provvedimento amministrativo concessorio. In dottrina: Carmona, *Dagli enti pubblici economici alle pubbliche compagnie: un problema insoluto negli artt. 357 e 358 c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 213 ss.; Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. Commentario sistematico al codice penale*, cit., 4787.

sul diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, definisce come tali i servizi che, indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto di lavoro, anche se svolti in regime di concessione o mediante convenzione, siano volti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla vita, alla salute, alla libertà ed alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione ed alla libertà di comunicazione.

Ad esempio, rivestono la qualifica di incaricati di pubblico servizio i dirigenti e rappresentanti delle Aziende speciali previste, per l'esercizio di servizi sociali pubblici in alternativa alla gestione diretta, dall'art. 114 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, in quanto tali Aziende, a prescindere dalla loro qualificazione quali enti pubblici economici o non economici, perseguono finalità pubbliche e la loro attività è disciplinata da normativa pubblicistica, sia pure attraverso l'utilizzazione di strumenti privatistici[113].

Anche per la figura dell'incaricato di pubblico servizio è rilevante l'esercizio di fatto delle attribuzioni pubbliche, che si ha quando il soggetto agente svolga compiti diversi da quelli inerenti alle mansioni istituzionalmente assegnategli, con l'acquiescenza o la tolleranza o con il consenso, anche tacito, della pubblica amministrazione[114].

Ad esempio, la qualifica è stata riconosciuta al dipendente dell'Ufficio ragioneria di un'Azienda municipalizzata, che svolgeva «un'attività comunque diretta alla provvista dei mezzi finanziari occorrenti, anche se la stessa» non era «espressamente prevista nei compiti di ufficio e nella convenzione stipulata tra l'Azienda municipalizzata e la società incaricata della vendita dei biglietti», ma veniva «da lui esercitata di fatto nell'interesse e con la consapevolezza dell'Azienda»[115].

---

[113] Cass. pen., sez. V, 29 aprile 2019, n. 35095, «Fattispecie in tema di abuso d'ufficio commesso dai membri di Commissione esaminatrice, interni all'azienda, in una procedura di selezione per la scelta del Direttore generale».

[114] Cass. pen., sez. II, 11 ottobre 1994, n. 11724; Cass. pen., sez. VI, 6 aprile 2004, n. 30152.

In dottrina: Fiorella, *Ufficiale pubblico*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, Giuffrè, 1992, 575 ss.; Di Giovine, *Pubblico ufficiale (dir. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 4790.

[115] Cass. pen., sez. IV, 17 ottobre 1994, n. 11476, in relazione al Capo cassiere di Azienda municipalizzata di trasporti che si era impossessato delle somme versate dalla società incaricata della vendita dei biglietti che lo stesso, per consuetudine, provvedeva a incassare e versare in banca.

Come autorevolmente precisato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, «al fine di individuare se l'attività svolta da un soggetto possa essere qualificata come pubblica, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 357 e 358 c.p., è necessario verificare se essa sia o non, disciplinata da norme di diritto pubblico, quale che sia la connotazione soggettiva del suo autore, distinguendosi poi – nell'ambito dell'attività definita pubblica sulla base del detto parametro oggettivo – la pubblica funzione dal pubblico servizio per la presenza (nell'una) o per la mancanza (nell'altro) dei poteri tipici della potestà amministrativa, come indicati dal secondo comma dell'art. 357 predetto»[116].

In questa direzione si è costantemente mossa la successiva giurisprudenza di legittimità, che si è mostrata ferma nel ritenere che la riscrittura degli artt. 357 e 358 c.p. con la l. n. 86 del 1990 ha comportato il definitivo superamento di quella concezione soggettiva delle nozioni di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio, che sostanzialmente esaltava il rapporto di dipendenza dallo Stato o da altro ente pubblico, sostituendola con la prospettiva funzionale-oggettiva, che, invece, dà esclusivo rilievo alla disciplina pubblicistica dell'attività svolta ed al suo contenuto, con l'effetto che «la qualifica pubblicistica dell'attività prescinde […] dalla natura dell'ente in cui è inserito il soggetto e dalla natura pubblica dell'impiego»[117].

Pertanto, ai fini della nozione di servizio pubblico espressa nell'art 358 c.p., è rilevante non tanto la connotazione soggettiva pubblica dell'ente interessato quanto la natura oggettiva dell'attività svolta, «con la conseguenza che la qualità di servizio pubblico viene ad essere correlata a due requisiti essenziali, quello teleologico della finalità di interesse generale dell'attività svolta, e quello normativo, della previsione di una disciplina di carattere imperativo che, in ragione della rilevanza di interesse generale dell'attività svolta, ne di-

[116] Cass. pen., S.U., 13 luglio 1998, Citaristi, che ha ritenuto sussistente la qualifica di incaricato di pubblico servizio in capo al soggetto che ricopriva la carica di Presidente del "Fondo pensioni" della banca Cariplo, perché l'attività previdenziale di detto Fondo, pur essendo sottoposta «a una disciplina di diritto pubblico – volta cioè a rendere possibile la concreta attuazione di interessi pubblici –», non presentava «né il concorso alla formazione o alla manifestazione della volontà della p.a., né l'esercizio di poteri autoritativi o certificativi».

[117] Cass. pen., sez. VI, 8 maggio 2020, n. 14171; Cass. pen., sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 37675.

sciplini le modalità di svolgimento con stringenti limiti all'autonomia privata allo scopo di salvaguardare il prevalente interesse generale rispetto a quello privato»[118].

Di conseguenza «anche i soggetti inseriti nella struttura organizzativa di una società per azioni possono essere qualificati […] incaricati di pubblico servizio, quando l'attività della società sia disciplinata da norme di diritto pubblico e persegua delle finalità pubbliche, sia pure con strumenti privatistici»[119], come avviene nei servizi erogati per il supporto al trasporto aereo[120].

Nello stesso senso la Corte Suprema ha statuito che «In tema di reati contro la pubblica amministrazione, riveste la qualifica di incaricato di pubblico servizio il Legale rappresentante di una società *in house providing* a totalitaria partecipazione pubblica, deputata allo svolgimento di attività di pubblico servizio corrispondente a quello affidato all'ente pubblico controllante»[121].

6. *Gli incaricati di pubblico servizio nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*

Si deve osservare che lo sforzo di sistematizzare la materia con la riformulazione della nozione di incaricato di pubblico servizio è

---

[118] Cass. pen., sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 37675. Similmente Cass. pen., sez. VI, 17 settembre 2019, n. 42952.

[119] Cass. pen., sez. VI, 23 gennaio 2018, n. 19484; Cass. pen., sez. VI, 8 maggio 2020, n. 14171.

[120] Cass. pen., sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 37675, dove si è ricordato che «il settore dei trasporti appare ricompreso dal Codice degli Appalti tra i settori speciali, nei quali devono essere comunque salvaguardate attraverso l'applicazione di determinate procedure ad evidenza pubblica esigenze di efficienza, trasparenza e imparzialità, connesse al valore strategico del settore», così che «ferma ed indiscussa la natura pubblica dei servizi erogati per il supporto al trasporto aereo da parte delle società che gestiscono le strutture aeroportuali in regime di concessione da parte dell'ENAC, si deve […] ribadire come sia del tutto irrilevante la veste societaria, dovendosi avere riguardo al tipo di attività compiuta, in quanto riflettente il pubblico servizio, che mira a realizzare interessi pubblici».

[121] Cass. pen., sez. VI, 30 giugno 2021, n. 37076, (In motivazione la Corte ha precisato che non vale ad escludere l'oggettiva connotazione pubblicistica dell'attività la assoggettabilità a fallimento della società»).

stato disatteso dallo stesso legislatore della riforma, che ha lasciato inalterato l'art. 493 c.p., per il quale le fattispecie penali sulle falsità commesse dai pubblici ufficiali, previste nel capo III del titolo VII del libri II del codice penale, «si applicano altresì agli impiegati dello Stato o di un altro ente pubblico, incaricati di un pubblico servizio relativamente agli atti che essi redigono nell'esercizio delle loro attribuzioni», così da riconoscere a questa categoria di incaricati di pubblico servizio il potere certificativo, che dalla lettura combinata degli artt. 357 e 358 c.p. sembrerebbe riservato solo ai pubblici ufficiali.

Parimenti si deve rimarcare che, nonostante il tentativo di tipicizzazione della qualifica fatto con la l. n. 18 del 1990, l'art. 358 c.p. continua ad essere interpretato dalla giurisprudenza con una certa estensione, così che veramente molteplici sono i casi di attribuzione della qualità di incaricato di pubblico servizio elaborati nel corso degli anni, come si desume dalla seguente elencazione:

A) *nel settore dell'ordine e della sicurezza pubblica*:

– agli Appartenenti al Corpo di polizia penitenziaria incaricati di provvedere alla gestione di uno spaccio costituito presso una Casa circondariale[122];

– al Cappellano del carcere, in considerazione dei compiti a lui assegnati dalla legge, funzionali all'interesse pubblico perseguito dallo Stato nel trattamento delle persone condannate o internate[123];

– all'Archivista di una Questura, che, occupandosi di protocollare le domande pervenute all'ufficio per poi consegnarle al funzionario, esercita un potere certificativo[124];

– alla Guardia particolare giurata che sia adibita alla vigilanza all'ingresso di un pubblico ente ospedaliero[125]; oppure che conduca un furgone portavalori, svolgendo attività di vigilanza e custodia di beni mobili di proprietà dell'Ente Poste, che, pur trasformato in società per azioni, esplica servizi pubblici[126].

---

122 Cass. pen., sez. I, 7 febbraio 1996, n. 836.
123 Cass. pen., sez. VI, 24 settembre 2008, n. 12.
124 Cass. pen., sez. VI, 14 gennaio 2013, n. 1739.
125 Cass. pen., sez. VI, 18 febbraio 1992, n. 3224.
126 Cass. pen., sez. V, 1 febbraio 2007, n. 3918.

Correggendo l'iniziale orientamento, che aveva portato a qualificare le guardie particolari giurate pubblici ufficiali anche dopo l'entrata in vigore della l. n. 86 del 1990[127], la Corte di Cassazione ha rilevato che, in forza degli artt. 133 e 134 t.u.l.p.s., tali soggetti possono essere destinati unicamente alla vigilanza ed alla custodia di entità patrimoniali, previa autorizzazione prefettizia, che non può essere concessa «per operazioni che importino esercizio di pubbliche funzioni o una menomazione della libertà individuale».

Ad avviso della Corte, la qualità di pubblico ufficiale non può essere riconosciuta alle Guardie giurate né per l'abilitazione loro concessa di stendere verbali fidefacienti, perché questa è un'attività certificativa non esplicante effetti all'esterno dell'ufficio e, comunque, «inidonea a connotare una pubblica funzione se disgiunta da un autonomo potere certificativo»; né per la possibilità di collaborare a richiesta delle forze dell'ordine all'attività di repressione dei reati o di tutela dell'ordine pubblico, perché «si tratta di funzioni sussidiarie prive di autonomia, non dissimili – ancorché più qualificate – da quelle che, in certi casi, sono chiamati a svolgere pure i privati cittadini»[128];

B) *nel settore degli enti locali*:

– al Necroforo, perché egli svolge attività urgenti di pertinenza della pubblica amministrazione, disciplinate da norme di diritto

---

[127] Così Cass. pen., sez. VI, 5 marzo 1993, n. 650, per la quale la qualità di pubblico ufficiale era attribuibile alla Guardia giurata, che, a seguito di investitura amministrativa, esercitava poteri attinenti alla potestà statuale di tutela dei beni dei singoli e della collettività, manifestando, nell'esercizio dei suoi compiti, la volontà della pubblica amministrazione ad attuare una siffatta tutela, così da integrare le funzioni proprie dell'autorità di polizia, ponendo in essere sia atti certificativi nella redazione dei verbali all'esito dell'attività svolta o delle investigazioni compiute; sia «atti autoritativi per la realizzazione delle attribuzioni affidategli». Nello stesso senso: Cass. pen., sez. I, 28 gennaio 1991, n. 5527, che aveva escluso che le Guardie particolari giurate avessero il potere di generica prevenzione e di controllo di persone in transito sulla pubblica via, potendo avere solo compiti specifici circoscritti alla vigilanza ed alla custodia delle proprietà mobiliari ed immobiliari.

[128] Cass. pen., sez. VI, 18 febbraio 1992, n. 3224; Cass. pen., sez. VI, 14 novembre 2008, n. 45444, che ha ricordato che le Guardie giurate, anche se in servizio presso pubbliche amministrazioni, svolgono esclusivamente compiti di tutela delle entità patrimoniali affidate alla loro sorveglianza e non assumono la qualità di pubblici ufficiali o di incaricati di pubblico servizio «quando intervengano, al di fuori delle loro attribuzioni istituzionali, per sedare una lite insorta tra un privato ed un pubblico dipendente».

pubblico e da compiere senza ritardo per evidenti ragioni sanitarie, che non si esauriscono in prestazioni meramente manuali o in semplici mansioni d'ordine, ma comprendono anche mansioni implicanti conoscenze ed applicazioni delle relative normative e classificate come attività di collaborazione, complemento e integrazione delle funzioni pubbliche devolute alle autorità sanitarie competenti[129];

– al Custode del cimitero, al quale sono attribuiti compiti di vigilanza del cimitero e di tenuta del registro delle operazioni relative ai cadaveri, che rientrano tra i servizi cimiteriali di pertinenza della pubblica amministrazione e sono regolate da norme di diritto pubblico (artt. 337 ss. r.d. 27 luglio 1934 n. 1265; d.p.r. 21 ottobre 1975 n. 803; d.p.r. 10 settembre 1990 n. 285);

– ai dipendenti delle Aziende speciali, previste dall'art. 23, l. 14 giugno 1990 n. 142 come enti pubblici strumentali del Comune, «qualora lavorino stabilmente alle dipendenze di esso e contribuiscano con la loro attività in modo determinante all'erogazione del servizio pubblico»[130];

– all'Amministratore di un Ente fieristico, che ha una base ordinamentale espressa da normative dello Stato e della Regione, da regolamenti, da provvedimenti generali e da provvedimenti di autorizzazione e di controllo, per l'esplicazione di attività contrassegnate dalla presenza di fini sociali, «che impongono per l'ente una sottrazione della libera disponibilità dei fini operativi e l'imposizione di obiettivi che vanno oltre l'ambito degli interessi di apprezzamento privatistico»[131], così che anche la procedura per la corretta individuazione del fornitore attiene agli aspetti pubblicistici della vita dell'Ente, nonostante la stipula del contratto di fornitura rientri nell'attività di gestione privatistica[132];

---

[129] Cass. pen., sez. VI, 22 settembre 2006, n. 36526. Così pure: Cass. pen., sez. VI, 7 maggio 2003, n. 24075; Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2007, n. 21335; Cass. pen., sez. VI, 9 giugno 2009, n. 32369. In precedenza, però, Cass., 26 giugno 1997, Mesiano, aveva negato la qualità di incaricato di pubblico servizio agli Interratori alla sepoltura sul rilievo che espletavano un'attività meramente materiale, pur dovendo dare contezza, secondo le disposizioni regolamentari, al competente Ufficio amministrativo degli oggetti personali rinvenuti nell'esercizio della loro attività.

[130] Cass. pen., 17 novembre 1994, Provini.

[131] Cass. pen., sez. VI, 16 gennaio 1997, n. 3403.

[132] Cass. pen., sez. VI, 22 gennaio 2003, n. 17902; Cass. pen., sez. VI, 8 ottobre 2019, n. 44667 «In tema di peculato, riveste la qualifica di incaricato di pubblico servizio il Direttore tecnico di un Ente fieristico con riguardo all'attività di

– al Dipendente comunale addetto al Servizio di controllo del casinò municipale, in quanto addetto a sorvegliare le attività che si svolgono all'interno della casa da gioco e la correttezza delle operazioni di pagamento ai giocatori, realizzando «una forma di vigilanza sul finanziamento dell'ente locale, che, costituendo attività strumentale al raggiungimento dei fini istituzionali dello stesso, è soggetta al rispetto dei principi di cui all'art. 97 Cost.»[133];

– al Dipendente comunale addetto al controllo e alla vigilanza del mercato ortofrutticolo[134];

– al Gestore di struttura ricettiva residenziale che, anche in assenza di un preventivo specifico incarico da parte della pubblica amministrazione, procede alla riscossione dell'imposta di soggiorno per conto dell'ente comunale, trattandosi di agente contabile, e non di un sostituto di imposta, che svolge un'attività ausiliaria nei confronti dell'ente impositore ed oggettivamente strumentale all'esecuzione dell'obbligazione tributaria intercorrente esclusivamente tra il Comune ed il soggetto che alloggia nella struttura ricettiva[135].

– all'Amministratore e legale rappresentante di una società privata incaricata della gestione del servizio di riscossione di tributi comunali, in considerazione della connotazione prettamente pubblicistica del servizio predetto[136];

C) *nel settore sanitario*:

– al Capo cuoco della cucina di un ospedale pubblico, che esplica l'attività di direzione, coordinamento e sovraordinazione del personale addetto[137];

---

promozione ed organizzazione di eventi fieristici, mentre la sola attività di partecipazione a tali manifestazioni presenta natura tipicamente commerciale. (In motivazione, la Corte ha precisato che, pur a seguito della sentenza della Corte di Giustizia CE 15 gennaio 2002, C-439/99, Commissione/Italia e della conseguente abrogazione della l. 18 aprile 2005, n. 62, la l. reg. Lombardia, 2 febbraio 2010, n. 6 conferisce rilevanza pubblicistica agli enti fieristici, cui è demandata non solo una funzione di incremento produttivo, ma anche la tutela della libera concorrenza, trasparenza e libertà di impresa nel settore in esame)».

133 Cass. pen., sez. VI, 10 ottobre 2012, n. 41676.

134 Cass. pen., sez. VI, 6 aprile 2004, n. 30154.

135 Cass. pen. sez. VI, 17 maggio 2018, n. 32058.

136 Cass. pen., sez. VI, 6 giugno 2019, n. 45423.

137 Cass. pen., sez. VI, 5 aprile 1995, n. 6185.

– agli Esercenti il servizio di tesoreria di una Usl, gestito da un'azienda di credito[138];

– agli Infermieri e gli Operatori tecnici addetti all'assistenza con rapporto diretto e personale del malato, sul rilievo che «la circostanza che la disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti delle Usl sia retta dalle norme del codice civile, non vale a rendere privatistica la natura delle prestazioni dei suddetti soggetti le quali sono inserite nell'attività, certamente di natura pubblica, del servizio sanitario»[139];

– all'Addetto all'Ufficio cassa della Usl «che, senza disporre di poteri autoritativi, liquida e riscuote dagli assistiti i contributi determinati, secondo le leggi vigenti, sulla base di percentuali da calcolarsi sul costo delle singole prestazioni indicato in apposite tabelle», svolgendo un'attività che richiede, «in special modo per quanto riguarda il corretto uso delle citate tabelle, un bagaglio di nozioni tecniche e di esperienza, superiore a quello richiesto per lo svolgimento di mansioni esclusivamente materiali o di ordine»[140];

– al Coadiutore amministrativo addetto in una Usl alla verifica della titolarità degli utenti ad ottenere il rilascio dei referti di analisi di laboratorio, previo controllo della relativa documentazione di preventivo pagamento dell'importo dovuto per la prestazione sanitaria, perché svolge un'attività che si pone «sul piano della sussidiarietà e della complementarietà rispetto alla funzione pubblica siccome attinente al momento dell'organizzazione amministrativa e strettamente indispensabile alla finalità di espletamento dell'interesse singolo»[141];

---

[138] Cass. pen., sez. VI, 12 aprile 1991, Lojodice.

[139] Cass. pen., sez. VI, 26 marzo 1996, n. 2996.

[140] Cass. pen., sez. VI, 1 febbraio 1994, n. 4062, che ha posto in rilievo che «Il SSN rientra nel paradigma del servizio pubblico delineato dall'art. 358 c.p. Esso, infatti, persegue un interesse di natura pubblicistica, costituito dalla tutela della salute dei cittadini, è regolato da norme di diritto pubblico, nonché da provvedimenti autoritativi di competenza delle autorità amministrative preposte al settore. La suddetta qualificazione compete anche alle prestazioni sanitarie subordinate al pagamento, da parte degli assistiti, di una quota di partecipazione alla spesa, che non vale a spostare sul piano privatistico l'attività della struttura pubblica. Le relative somme, infatti, non hanno la natura di prezzo, ma quella di un'ulteriore contribuzione al costo della singola prestazione medica, avente carattere integrativo rispetto ai contributi posti in via generale a carico dei cittadini (Fattispecie in tema di peculato per appropriazione da parte di un Addetto al servizio cassa della Usl)».

[141] Cass. pen., sez. VI, 25 gennaio 1995, n. 3809.

– ai Dipendenti dell'Azienda sanitaria locale, «perché la privatizzazione del rapporto di impiego e della disciplina di alcuni settori di attività delle strutture del Servizio Sanitario Nazionale, col conseguente ricorso a strumenti privatistici per l'espletamento delle funzioni, non ne elimina la rilevanza pubblica, determinata dalle oggettive finalità di tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo ed interesse collettivo»[142];

– al Dipendente dell'Azienda sanitaria locale con mansioni di operatore tecnico addetto all'assistenza con rapporto diretto e personale con il malato, in stretta collaborazione con l'attività svolta dal personale infermieristico[143];

– ai Dipendenti della Croce Rossa italiana[144];

– al Presidente e ai componenti dei Consigli direttivi delle sezioni provinciali della Lega italiana per la lotta contro i tumori[145];

– all'Ausiliario dei servizi assistenziali di un ente di diritto pubblico «che presti funzione vicaria nell'ambito di finalità di assistenza, cura e riabilitazione dei soggetti disabili, […] ove gli spettino, oltre ad attività di tipo materiale, anche attività di vigilanza e di controllo dei degenti»[146];

– al Portantino dipendente di ente ospedaliero, «perché non svolge mansioni meramente manuali, ma ha un rapporto diretto e personale con il malato e coadiuva il personale infermieristico»[147];

– all'Amministratore, anche di fatto, di un'associazione che svolge attività di recupero di soggetti tossicodipendenti in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale con conseguente introito di danaro pubblico[148];

– all'Infermiere operante in una struttura sanitaria privata, anche se non accreditata con il Servizio sanitario nazionale, che riveste la qualità di incaricato di pubblico servizio, in quanto l'attività

---

[142] Cass. pen., sez. II, 11 gennaio 2006, n. 769.

[143] Cass. pen., sez. VI, 4 giugno 2010, n. 34359.

[144] Cass. pen., sez. VI, sent. 12 ottobre 2010, n. 39347.

[145] Cass. pen., sez. VI, 20 maggio 1997, n. 8619; Cass. pen., sez. VI, 14 febbraio 2008, n. 12291.

[146] Cass. pen., sez. III, 15 giugno 2011, n. 35868.

[147] Cass. pen., sez. III, 15 giugno 2011, n. 35872.

[148] Cass. pen., sez. VI, 18 giugno 2009, n. 33500; Cass. pen., sez. VI, 29 ottobre 2009, n. 44501.

svolta, come evidenziato anche dall'art. 1, l. 10 agosto 2005, n. 251, persegue finalità pubbliche di rilievo costituzionale, garantendo il diritto alla salute individuale e collettiva ed esercita, quindi, un'attività amministrativa con poteri certificativi assimilabili a quelli del pubblico ufficiale quando redige la cartella o la scheda infermieristica[149];

– al personale di Comunità socio-assistenziale, nella specie, educatore professionale e Consulente psicologo, che operi presso strutture accreditate con la Regione, siccome svolgente, in favore dei ricoverati, funzioni pubblicistiche preordinate alla tutela della salute individuale e collettiva e dotato del potere di adottare, in autonomia, provvedimenti conformativi dei comportamenti degli utenti, finalizzati al percorso terapeutico-riabilitativo di lungo periodo[150].

D) *nel settore della scuola*:

– ai Bidelli delle scuole elementari, che, «accanto a prestazioni prettamente materiali (pulizia delle aule, riordino e manutenzione dei locali, ecc.), svolgono anche mansioni di vigilanza e sorveglianza degli alunni, che non si esauriscono nell'espletamento di un lavoro soltanto materiale, in quanto, implicando conoscenza e applicazione di elementari regole normative scolastiche, presentano aspetti collaborativi, complementari ed integrativi delle funzioni pubbliche devolute ai Capi di istituto e agli Insegnanti in materia di sicurezza, ordine e disciplina all'interno dell'area scolastica»[151];

– al «Titolare di una rivendita di tabacchi abilitato alla riscossione dei pagamenti del servizio di mensa scolastica per conto del Comune, trattandosi di attività che comporta maneggio di denaro pubblico, con i conseguenti obblighi di rendicontazione e poteri certificatori, svolta nell'interesse del soggetto esercente il servizio pubbli-

[149] Cass. pen., sez. V, 16 dicembre 2019, n. 9393, «Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto configurabile il delitto di cui agli artt. 476 e 479 c.p. per le false attestazioni compiute in una scheda infermieristica di una Casa di cura privata, in quanto atto destinato a confluire nella cartella clinica, condividendone, quindi, la natura di atto pubblico munito di fede privilegiata».

[150] Cass. pen., sez. VI, 14 dicembre 2021, n. 3932, nella specie, la Corte ha ritenuto che le minacce profferite contro tali operatori per indurli a desistere dallo svolgimento dei compiti d'istituto integrino il reato previsto dall'art. 336 c.p.

[151] Cass. pen., sez. III, 17 ottobre 1997, n. 10657.

co di refezione scolastica e costituente una modalità di esplicazione di quest'ultima, attraverso la raccolta dei contributi privati ad essa funzionale»[152];

E) *nel settore delle opere o dei servizi di pubblico interesse*:

– ai Dipendenti di un ente o di una società concessionari, anche in via non esclusiva, di un servizio di interesse pubblico, «in quanto concorrono allo svolgimento dell'attività ad esso connessa, a nulla rilevando la natura pubblica o privata dell'ente o dell'imprenditore al quale questa attività sia riferibile»[153];

– all'Imprenditore al quale è stato concesso il diritto di superficie su aree comunali per la realizzazione di un piano di edilizia economica e popolare[154];

– al Dipendente di una società di costruzioni e direttore della concessione per la realizzazione di un'opera pubblica, in considerazione del trasferimento alla concessionaria di compiti spettanti alla pubblica amministrazione concedente, regolati da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi[155];

– al Tecnico dipendente di una società concessionaria di esercizio telefonico, deputato al controllo degli apparati informatici di registrazione del traffico di comunicazioni effettuate mediante impianti fissi[156];

– al Dipendente di una società concessionaria di opere pubbli-

---

[152] Cass. pen., sez. VI, 25 marzo 2021, n. 16794.

[153] Cass. pen., sez. VI, 28 maggio 1997, n. 6687. Nella stessa direzione pure Cass. pen., sez. VI, 28 ottobre 1997, Pellegrini; Cass. pen., sez. VI. 27 novembre 2012, n. 49759, per la quale «i soggetti inseriti nella struttura organizzativa e lavorativa di una società per azioni possono essere considerati pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, quando l'attività della società medesima sia disciplinata da una normativa pubblicistica e persegua finalità pubbliche, pur se con gli strumenti privatistici. (Fattispecie relativa a condanna per peculato di un Direttore generale di una società per azioni, concessionaria di un pubblico servizio per conto di un Comune, ritenuto incaricato di pubblico servizio)»; Cass. pen., sez. VI, 2 dicembre 2005, n. 7527, per la quale è pubblico il servizio «affidato dal Comune ad una società per lo svolgimento di attività preparatorie per la riscossione dei tributi locali, quali la gestione dell'anagrafe tributaria, l'istruttoria, la verifica, la liquidazione e la predisposizione di atti di accertamento».

[154] Cass. pen., sez. VI, 28 ottobre 1997, n. 11480.

[155] Cass. pen., sez. VI, 22 aprile 2004, n. 26057.

[156] Cass. pen., sez. VI, 12 luglio 2004, n. 36357.

che, che abbia la disponibilità di denaro vincolato al conseguimento di scopi pubblicistici[157];

– al Tecnico di laboratorio dell'Anas, che espleti le sue attività per conto della stazione appaltante nell'ambito di procedimenti amministrativi relativi all'appalto di opere pubbliche, disciplinati da norme di diritto pubblico ed atti autoritativi[158];

– all'Amministratore di una società concessionaria, per conto di un Comune, dei servizi di nettezza urbana, pubbliche affissioni e pubbliche illuminazioni[159];

– ai Dirigenti e rappresentanti delle Aziende speciali previste, per l'esercizio di servizi sociali pubblici in alternativa alla gestione diretta, dall'art. 114 d.lgs. n. 267 del 2000, «in quanto tali Aziende, a prescindere dalla loro qualificazione quali enti pubblici economici o non economici, perseguono finalità pubbliche e la loro attività è disciplinata da normativa pubblicistica, sia pure attraverso l'utilizzazione di strumenti privatistici»[160];

– al Legale rappresentante di una società "in house providing" a totalitaria partecipazione pubblica, deputata allo svolgimento di attività di pubblico servizio corrispondente a quello affidato all'ente pubblico controllante[161].

F) *nel settore dei trasporti*:

– all'Operatore motoristico e meccanico dell'Ufficio provinciale della Motorizzazione, «la cui attività, volta alle certificazioni pubblicistiche derivanti dalla revisione dei veicoli», di competenza del Capotecnico, «non si esplica in termini di mera manualità, ma esprime e richiede altresì competenze tecniche ed intellettuali»[162];

---

[157] Cass. pen., sez. VI, 27 gennaio 2005, n. 11902; Cass. pen., sez. I, 13 gennaio 2010, n. 10399.

[158] Cass. pen., sez. I, 18 gennaio 2007, n. 1265.

[159] Cass. pen., sez. VI, 19 luglio 2012, n. 37099.

[160] Cass. pen., sez. V, 29 aprile 2019, n. 35095 (Fattispecie in tema di abuso d'ufficio commesso da membri di Commissione esaminatrice, interni all'azienda, in una procedura di selezione per la scelta del Direttore generale).

[161] Cass. pen., sez. VI, 30 giugno 2021, n. 37076, in motivazione la Corte ha precisato che non vale ad escludere l'oggettiva connotazione pubblicistica dell'attività la assoggettabilità a fallimento della società.

[162] Cass. pen., sez. VI, 9 gennaio 2001, n. 2233.

– all'Impiegato della Motorizzazione civile addetto all'apposizione della fotografia e alla plastificazione delle patenti rilasciate ai sensi del d.m. 7 ottobre 1999[163];

– all'Autista di un veicolo in servizio di autolinea pubblica, in ragione dell'attività di interesse collettivo svolta e della natura non meramente materiale della sua prestazione[164], «in quanto non si limita alla semplice guida del mezzo, ma contribuendo allo svolgimento del servizio di trasporto pubblico, ha anche il generico compito di far rispettare la normativa che disciplina il rapporto tra l'azienda concessionaria del servizio e gli utenti, anche nel caso in cui non gli sia affidata la vendita dei biglietti»[165];

– al Controllore di un'Azienda di trasporto urbano, che svolge compiti non meramente esecutivi nell'ambito dell'attività pubblica svolta dall'azienda[166];

– all'Autista di ambulanza di proprietà di società privata, autorizzata al servizio di pronto soccorso come ausiliaria della protezione civile provinciale[167];

– all'Esercente un'attività professionale di soccorso stradale e di depositario di autoveicoli a seguito di incidenti[168];

– al Dipendente di un'Azienda comunale, alla quale siano state conferite funzioni di prevenzione ed accertamento di violazioni in materia di sosta dei veicoli[169];

– agli Ausiliari del traffico ai sensi degli artt. 17, comma 132, l. 15 maggio 1997 n. 127 e 68, comma 1, l. 23 dicembre 1999 n. 488, «quando procedono all'accertamento e alla contestazione delle contravvenzioni concernenti il divieto di sosta nelle aree oggetto di concessione alle imprese di gestione dei parcheggi»[170];

---

[163] Cass. pen., sez. VI, 29 ottobre 2009, n. 44504.

[164] Cass. pen., sez. V, 18 marzo 2003, n. 12666, che ha corretto il precedente orientamento contrario espresso da Cass. pen., 22 novembre 1996, Pellicciari.

[165] Cass. pen., sez. VI, 20 marzo 2006, n. 14625.

[166] Cass. pen., sez. V, 11 giugno 2008, n. 31391.

[167] Cass. pen., sez. VI, 28 maggio 1997, n. 6687.

[168] Cass. pen., sez. VI, 7 gennaio 2008, n. 310.

[169] Cass. pen., sez. VI, 29 aprile 2004, n. 30799.

[170] Cass. pen., sez. VI, 14 gennaio 2009, n. 7496. Nello stesso senso Cass. pen., sez. VI, 5 luglio 2006, n. 38877, che ha escluso la configurabilità del reato di cui all'art. 337 c.p., in quanto l'imputato aveva cagionato lesioni ad un Ausiliario

– allo Stradino cantoniere dell'Anas, «che svolge attività di controllo del territorio di sua spettanza per prevenire ed individuare pericoli ed abusi»[171];

– all'Amministratore della Compagnia portuale, in quanto il lavoro portuale si concreta «in un'attività economica esercitata per un fine pubblico […] soggetto ad una particolare disciplina contenuta in norme di diritto pubblico ed in atti autoritativi, che ne determina i programmi e i controlli e provvede al suo indirizzo ed al suo coordinamento (artt. 108-112 c. nav., 140 ss. d.p.r. 15 febbraio 1952 n. 328)»[172];

– ai Funzionari dell'Alitalia, ente concessionario del servizio pubblico di trasporto aereo, disciplinato da norme di diritto pubblico, che provvedano all'aggiudicazione della gara di assegnazione di lavori di ristrutturazione dell'officina motori e dell'hangar di un aeroporto, trattandosi di lavori inerenti ad un bene che si trova in rapporto di strumentalità necessario con il servizio pubblico in questione[173];

– ai Cassieri dell'Alitalia, che concorrono allo svolgimento delle attività di tale ente concessionario[174].

G) *nel settore delle comunicazioni*:

– all'Impiegata «in un Ufficio postale, nell'ambito delle mansioni svolte di addetta ai pagamenti delle pensioni», perché «le Poste Italiane, nonostante la trasformazione in società per azioni formalmente disciplinata dal codice civile, e nonostante la perdita della posizione monopolistica nella gestione di alcuni servizi, svolgono pur sempre un servizio pubblico»[175];

---

del traffico, al fine di impedire la contestazione da parte di costui di una violazione del codice della strada in materia di circolazione dei veicoli, non rientrante nelle competenze a lui affidate dalla legge.

[171] Cass. pen., sez. VI, 4 aprile 2007, n. 20441.

[172] Cass. pen., sez. VI, 20 gennaio 1992, n. 464.

[173] Cass. pen., sez. VI, 27 giugno 1996, n. 2568.

[174] Cass. pen., sez. VI, 2 febbraio 1996, n. 4383.

[175] Cass. pen., sez. VI, 27 febbraio 2009, n. 17256, «Le Poste Italiane, nonostante la trasformazione in società per azioni formalmente disciplinata dal codice civile, e nonostante la perdita della posizione monopolistica nella gestione di alcuni servizi, svolgono pur sempre un servizio pubblico, da ciò consegue, come del resto confermato dall'espressa previsione dell'art, 18 d.lgs.. 30 luglio 1999 n. 261, che le persone addette ai servizi postali sono considerate incaricate del pubblico servizio

– all'Addetto al servizio di bancoposta, non rilevando le disposizioni del d.p.r. n. 144 del 2001 (c.d. regolamento bancoposta) sul regime pubblicistico dei servizi postali, che comprende pure le attività inerenti al risparmio postale[176];

– all'Impiegato dell'Ente Poste addetto alla selezione e allo smaltimento della corrispondenza in arrivo o in partenza[177]; o addetto alla regolarizzazione, mediante affrancatura, dei bollettini mod. 267 dei pacchi da restituire al mittente e alla tenuta di apposito registro nel quale annotare i dati identificativi di ogni operazione, trattandosi di attività di natura non meramente applicativa od esecutiva, «ma al contrario contraddistinta da una certa autonomia e discrezionalità tipiche delle mansioni di concetto»[178].

– al Dipendente di un Ufficio postale addetto allo svolgimento delle funzioni di tesoriere, a causa «del ruolo servente del reparto di amministrazione finanziaria cui è preposto e del rapporto di diretta complementarietà rispetto al buon funzionamento dell'erogazione dei servizi postali»[179];

– al Dipendente di Poste Italiane s.p.a. che si appropri di somme di denaro afferenti al risparmio postale, in quanto l'attività di raccolta del risparmio mediante libretti postali e buoni fruttiferi, contemplata dall'art. 2, comma 1, lett. b), d.p.r. n. 144 del 2002

---

in conformità all'art. 358 c.p.». Per l'effetto, si è ritenuta corretta la contestazione del reato di peculato in relazione all'indebita appropriazione da parte dell'Impiegata dell'Ufficio postale dei ratei di pensione destinati a vari utenti del servizio.

Similmente Cass. pen., sez. VI, 15 giugno 2004, n. 37007, «In tema di qualificazione soggettiva degli addetti ai servizi postali, la trasformazione dell'Amministrazione postale in ente pubblico economico, non ha determinato la sottrazione al regime pubblicistico non solo dei servizi postali propriamente detti, ma neppure della specifica attività inerente al servizio postale. (In applicazione di tale principio, la Corte ha riconosciuto la qualità di incaricato di pubblico servizio in conformità all'art. 358 c.p., ai sensi dell'art. 18 d.lgs. n. 261 del 1999, a un Impiegato postale addetto al servizio di bancoposta, nei cui confronti, pertanto, correttamente era stato ravvisato il reato di peculato)».

[176] Cass. pen., sez. VI, 15 giugno 2004, n. 36007; Cass. pen., sez. VI, 21 giugno 2010, n. 33610.

[177] Cass. pen., sez. VI, 9 luglio 1998, n. 10138.

[178] Cass. pen., sez. VI, 7 maggio 2004, n. 37102; Cass. pen., sez. VI, 2 novembre 2010, n. 39591.

[179] Cass. pen., sez. VI, 9 giugno 2009, n. 42098.

ed effettuata per conto della Cassa depositi e prestiti, ha natura pubblicistica»[180];

– al Dipendente di Poste Italiane S.p.A. addetto alla riscossione dei pagamenti su bollettino postale[181].

H) *in riferimento ad enti di vario tipo*:

– all'interprete chiamato a svolgere per conto del Ministero degli Interni la propria opera presso una Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale[182];

– al Presidente di una Cassa edile di mutualità o al funzionario della stessa addetto alla gestione degli accantonamenti di percentuali delle retribuzioni dei lavoratori del settore, a prescindere dalla natura privata dell'ente e dalla mancanza di uno specifico atto normativo o amministrativo di attribuzione del pubblico servizio, perché le Casse sono enti di fatto dotati di autonomia, che hanno quale scopo primario proprio tale accantonamento in vista della successiva erogazione ai lavoratori alle naturali scadenze quali trattamento economico per ferie, gratifiche e festività, così da essere destinate a svolgere un'attività di tipo previdenziale, «in genere assunta dallo Stato o da Enti pubblici come propria, riconducibile alla categoria del pubblico servizio»[183];

– al Gestore di una discarica pubblica, in regime di autorizzazione, che, per le prescrizioni che la regolano e per il rilievo di interessi collettivi coinvolti, costituisce servizio pubblico in senso oggettivo[184];

---

[180] Cass. pen., sez. VI, 20/11/2018, n. 993; Cass. pen., sez. VI, 4 giugno 2021, n. 27674, «L'attività di raccolta del risparmio postale effettuata per conto della Cassa Depositi e prestiti, attraverso libretti di risparmio postale e buoni postali fruttiferi, riveste natura pubblicistica ragion per cui il dipendente di Poste Italiane S.p.A. che si appropri di somme di denaro afferenti al risparmio postale assume la qualità di incaricato di pubblico servizio e risponde del reato di peculato e non di appropriazione indebita».

[181] Cass. pen., sez. VI, 05/04/2018, n. 21314, «Fattispecie relativa a condotta appropriativa posta in essere mediante l'indebito annullamento dal registro informatico dell'operazione di pagamento del bollettino, in cui la Corte ha chiarito che il denaro, una volta consegnato all'impiegato, entra a far parte del patrimonio della pubblica amministrazione e non già in quello del funzionario, che ne consegue la disponibilità per ragioni del servizio e non "*intuitu personae*"».

[182] Cass. pen., sez. VI, 12 luglio 2012, n. 33920.

[183] Cass. pen., sez. V, 9 febbraio 1998, n. 4666; Cass. pen., sez. VI, 7 marzo 2012, n. 39359.

[184] Cass. pen., sez. VI, 8 novembre 2000, n. 12556.

– ai Presentatori-conduttori delle trasmissioni della Rai, società concessionaria per la trasmissione via radio e televisione in ambito nazionale, che svolge un pubblico servizio, in quanto il rapporto di concessione del pubblico servizio radiotelevisivo comprende, non solo «le attività accessorie ed autonome a quelle connesse alla messa in onda dei programmi (come quelle economiche, editoriali, librarie, discografiche, di supporti audiovisi, di vendita di programmi e di utilizzazione dei diritti da loro derivati)», ma anche «le telepromozioni messe in onda nel corso dei programmi, che sono a questi collegate da una stretta relazione dal punto di vista gestionale, organizzativo e tecnico», così da rientrare nell'attività di esplicazione del servizio pubblico[185];

– al Ricevitore autorizzato dal CONI o dall'UNIRE a riscuotere l'importo delle poste relative alle giocate effettuate nei concorsi pronostici connessi con le manifestazioni sportive[186];

– al Raccoglitore di scommesse ippiche che ometta il versamento delle somme riscosse alla SNAI s.p.a., concessionaria dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato per l'esercizio di tali giochi, in quanto il denaro incassato dall'agente, che riveste la qualità di incaricato di pubblico servizio, è di pertinenza della pubblica amministrazione sin dal momento della sua riscossione[187];

– al Cassiere dell'Ente autonomo orchestra sinfonica siciliana, ente dotato di personalità giuridica di diritto pubblico con il fine di promuovere iniziative atte a diffondere la cultura musicale in Sicilia;

– al Responsabile del magazzino del deposito provinciale del Monopolio dello Stato, perché svolge una attività accessoria alla funzione pubblica svolta dal Monopolio[188].

– al Presidente della fondazione "Lombardia Film Commission", in quanto tale ente, pur se con gli strumenti privatistici, persegue finalità pubbliche, quali la promozione del territorio lombardo e dello sviluppo del suo comparto industriale nonché dei servizi nel settore delle nuove tecnologie[189].

---

185 Cass. pen., sez. V, 27 gennaio 1997, n. 5508.
186 Cass. pen., sez. VI, 2 aprile 1997, n. 7315.
187 Cass. pen., sez. VI, 2 ottobre 2019, n. 51582.
188 Cass. pen., sez. VI, 20 maggio 2005, n. 24412.
189 Cass. pen., sez. VI, 21 giugno 2021, n. 33779.

– al Gestore del gioco del lotto, quale concessionario dell'amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato, così che il denaro dal medesimo incassato è di pertinenza della pubblica amministrazione sin dal momento della sua riscossione, sicché il mancato versamento delle somme riscosse per l'esercizio di tale gioco può integrare il delitto di peculato: l'agente, infatti, non è un mero debitore dello Stato, ma suo "agente contabile", appartenendo il denaro sin dal momento della riscossione alla pubblica amministrazione[190].

7. *La problematica ricostruzione dell'elemento dell'esercizio abusivo delle potestà pubbliche amministrative nei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*

Per gli agenti pubblici del potere esecutivo il legislatore costituzionale non ha previsto alcuna forma di immunità per le opinioni espresse ed i voti dati nell'esercizio delle loro funzioni o servizi pubblici, con l'effetto che nei loro confronti risultano pienamente applicabili i reati previsti per la repressione delle loro condotte antidoverose.

In questo ambito i problemi nascono, invece, dalla constatazione che, alla necessità di preservare lo spazio della discrezionalità amministrativa sottratto, in forza del principio della separazione dei poteri, al sindacato dell'autorità giudiziaria penale, che non può mai toccare il merito dell'azione amministrativa, il legislatore penale non ha fornito un'adeguata risposta, perché ha elaborato molteplici fattispecie di reato che presentano il comune elemento dell'esercizio illecito del potere conferito da parte dell'agente pubblico, utilizzando formule diverse, che non sempre sono idonee ai impedire all'autorità giudiziaria di sviluppare interpretazioni lesive dell'intangibile spazio di autonomia riservato alla discrezionalità della pubblica amministrazione.

In questa direzione si possono, ad esempio, richiamare:

– il reato di concussione *ex* art. 317 c.p., che sanziona il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando della

[190] Cass. pen., sez. VI, 29 settembre 2022, n. 38339.

sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o a promettere indebitamente a lui o a un terzo, denaro o altra utilità;

– il reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio *ex* artt. 319 e 320 c.p., che punisce il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa;

– il reato di induzione indebita a dare o promettere utilità *ex* art. 319 *quater* c.p., che sanziona il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro o altra utilità;

– il reato di abuso d'ufficio *ex* art. 323 c.p., che punisce il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atto avente forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi previsti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un ingiusto danno;

– il reato di rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio, che sanziona il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio, che, violando i doveri inerenti alle funzioni o al servizio, o comunque abusando della sua qualità, rivela notizie di ufficio le quali debbano rimanere segrete o ne agevola in qualsiasi modo la conoscenza.

La varietà delle formule utilizzate dal legislatore per reprimere l'uso indebito dei poteri da parte degli amministratori pubblici spesso ingenera sul territorio nazionale il sorgere di interpretazioni diverse delle norme penali da parte delle molteplici autorità giudiziarie competenti, non sempre risolte dall'intervento nomofilattico della Corte di Cassazione.

Ciò comporta che talora sorge negli amministratori pubblici un senso di insicurezza e di incertezza sulla concreta applicazione da parte dell'autorità giudiziaria di quelle norme penali a loro specificamente rivolte, al punto che in alcuni casi, soprattutto quando la

disciplina del potere da esercitare è particolarmente complessa, gli amministratori, se non adeguatamente preparati, arrivano a bloccarsi dall'assumere decisioni per la paura di essere ingiustamente inquisiti, finendo con il rallentare l'azione amministrativa con grave danno per la comunità sociale.

Appare, allora, opportuno cercare di operare una ricostruzione della normativa in vigore prevista per la repressione dei reati degli agenti pubblici, diretta a chiarire che cosa effettivamente intenda il legislatore penale per esercizio abusivo delle pubbliche potestà.

Sul punto la Cassazione, a Sezioni Unite penali, ha sostenuto che non sarebbe «rinvenibile, nella parte speciale del codice penale, una definizione organica ed omogenea del concetto di abuso, essendo tale termine adoperato per descrivere situazioni profondamente diverse tra loro». E a sostegno dell'assunto, il Giudice di legittimità ha citato gli esempi: del reato di abusivo esercizio di una professione, nel quale, ai sensi dell'art. 348 c.p., si prevede una situazione in cui «difetta il diritto all'esercizio, ma questo viene comunque praticato»; del reato di usurpazione di titoli o di onori, nel quale, per l'art. 498 c.p., si punisce «l'abusivo utilizzo da parte di un determinato soggetto di una divisa o di segni distintivi che non gli spettano»; del reato di circonvenzione di incapaci, che, *ex* art. 643 c.p., reprime lo «sfruttamento a proprio vantaggio dello stato di minorazione psichica di un determinato soggetto, abusando, nel senso di approfittare, di tale particolare situazione di fatto»[191].

Il ragionamento svolto dal pur autorevole consesso appare, però, il frutto di una distorta interpretazione del codice penale, effettuata comparando norme con diversa oggettività giuridica, perché il concetto penale di abuso di pubblici poteri non può che essere logicamente ricostruito all'interno del capo I del titolo II del libro II del codice penale, riservato ai reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, che appresta la tutela organica del corretto esercizio delle funzioni pubbliche e dei servizi pubblici, senza dover fare riferimento a norme poste a protezione di beni diversi come il patrimonio o la fede pubblica svincolata dall'esercizio di una pubblica funzione o di un pubblico servizio.

[191] Cass. pen., S.U., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 12228.

E, difatti, in quella parte del codice penale si ritrova l'art. 323 c.p., intitolato "abuso d'ufficio", quasi a significare che la fattispecie prevista contenga il paradigma normativo, valevole per tutto il diritto penale, delle condotte dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio consistenti nel compimento delle attribuzioni pubbliche in violazione delle regole vigenti, così che la sua analisi dovrebbe permettere di meglio delimitare il sindacato che l'autorità giudiziaria ordinaria può esercitare sui comportamenti illeciti degli operatori pubblici nel rispetto dell'autonomia costituzionalmente rilevante degli altri pubblici poteri.

Il reato di abuso d'ufficio, pur presentando «congeniti margini di elasticità, generatori di persistenti problemi di compatibilità con il principio di determinatezza»[192], svolge, comunque, la funzione "di chiusura" del sistema dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, «votata per sua natura a catturare episodi di malaffare in odore penalistico non inquadrabili in altre fattispecie dai contorni meglio definiti»[193], come la corruzione, la concussione, l'induzione indebita, il peculato o la turbativa d'asta, e per questo costituisce «il punto saliente di emersione della spigolosa tematica del sindacato del Giudice penale sull'attività amministrativa», che è una «tematica percorsa da una perenne tensione tra istanze legalitarie, che spingono verso un controllo a tutto tondo, atto a fungere da freno alla *mala gestio* della cosa pubblica, e l'esigenza di evitare un'ingerenza pervasiva del Giudice penale sull'operato dei pubblici amministratori, lesiva della sfera di autonomia ad essi spettante»[194].

[192] Corte cost., sent. 18 gennaio 2022, n. 8.

[193] Gatta, *L'annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: tra paura della "firma", esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, in *Sist. pen.*, 19 maggio 2023, 2.

[194] Corte cost., sent. 18 gennaio 2022, n. 8.

Capitolo VI

DALL'ABUSO D'UFFICIO INNOMINATO DEL 1930 A QUELLO BIFORME DEL 2020

Sommario: 1. L'abuso d'ufficio nel codice penale Rocco. – 2. L'abuso d'ufficio secondo la riforma del 1990. – 3. L'utilizzazione dell'art. 323 c.p. del 1990 nelle indagini di Tangentopoli. – 4. La riforma dell'abuso d'ufficio del 1997. – 5. Le modifiche all'art. 323 c.p. disposte con la legge Severino del 2012 e poi con il decreto "Semplificazioni" del 2020.

1. *L'abuso d'ufficio nel codice penale Rocco*

Nella formulazione prevista dal codice penale del 1930, l'art. 323 c.p., nel disciplinare la fattispecie di «abuso di ufficio in casi non preveduti specificamente dalla legge», si inseriva nel variegato reticolo dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, predisposto dal Ministro della Giustizia Rocco con il preciso intento di rafforzare il prestigio dello Stato fascista, monisticamente inteso come il supremo regolatore della vita della Nazione[1].

[1] In proposito De Vergottini, *Diritto costituzionale*, cit., 119 ss., ha evidenziato che, in contrapposizione alla forma di stato liberale reputata inadeguata a tutelare gli interessi nazionali a causa del frazionamento «del potere di indirizzo politico fra più organi e al tipo di rapporti esistenti fra tali organi e la base sociale», il fascismo operò la concentrazione «della somma dei poteri di indirizzo, tramite l'assegnazione della funzione legislativa ed esecutiva ad un unico organo», sulla base della concezione dello Stato totalitaria per la quale lo Stato era l'unica organizzazione «in cui avrebbe dovuto identificarsi la società nazionale», trovando in tale organizzazione la cura totale dei suoi interessi.

Nel sistema penale della dittatura mussoliniana, la fattispecie dell'abuso d'ufficio svolgeva la funzione residuale di reprimere le condotte dei pubblici ufficiali (con esclusione degli incaricati di pubblico servizio) connotate da favoritismo o da prevaricazione, che non fossero riconducibili ad una diversa e più grave dimensione lesiva, dimodoché non era applicabile quando il fatto abusivo avesse concretizzato un peculato, una malversazione, una concussione, una corruzione, un interesse privato in atti d'ufficio, un'omissione in atti d'ufficio o altro reato aggravato ai sensi dell'art. 61 n. 9 c.p.[2].

Allo scopo di rendere più penetrante il controllo sull'operato dei pubblici agenti per garantirne la fedeltà allo Stato, la norma in esame definiva il fatto di reato in modo volutamente generico, ossia "innominato" come si soleva dire in dottrina[3] ed in giurisprudenza[4], sottoponendo a pena il pubblico ufficiale che, «abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni», commetteva, «per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto dalla legge come reato da una particolare disposizione di legge»[5].

Sulla forma di governo del regime fascista si consultino: Panunzio, *Teoria generale dello Stato fascista*, Padova, Cedam, 1937; De Francesco, *Il governo fascista nella classificazione delle forme di governo*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, Cedam, 1940, 478 ss.; Acquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, Einaudi, 1965; Paladin, *Fascismo (dir. costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, Giuffrè, 1986, 7 ss.; Cassese, *Lo Stato fascista*, Bologna, Il Mulino, 2010; Gustapane, *Il Pubblico ministero nel regime fascista*, in *Nuova Storia Contemporanea*, 2015, n. 6, 107 ss.

[2] Per tutte: Cass. pen., sez. VI, 10 novembre 1971, Tartaro, «il delitto di abuso innominato di ufficio ha carattere sussidiario ed è ipotizzabile solo quando l'abuso commesso dal pubblico ufficiale non sia elemento costitutivo di un diverso reato»

[3] Riccio, *Abuso di ufficio*, in *Nuoviss. dig. it.*, vol. I, Torino, Utet, 1957, 17 ss.; Contieri, *Abuso innominato di ufficio*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1958, 187 ss.; Scarpa, *L'abuso d'ufficio*, Bologna, Il Resto del Carlino, 1970; Parodi Giusino, *Abuso innominato d'ufficio*, in *Dig. pen.*, vol. I, Torino, Utet, 1987, 41 ss. Infantini, *Abuso innominato d'ufficio*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, Roma, Treccani, 1988; Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 345 ss.; Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen.*, 2020, 7-8, 3 ss.; Mattevi, *L'abuso d'ufficio una questione aperta*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, 6 ss.; Manes, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Percorsi di parte speciale*, cit., 138 ss.

[4] Cass. pen., sez. VI, 10 novembre 1971, Tartaro.

[5] Ruggiero, *L'abuso d'ufficio fra potere discrezionale e legalità vincolante*, in *Arch. Pen.*, 2021, 3, 5 ss., ha ricordato che il codice penale Zanardelli del 1889, nel libro II, al capo IV intitolato «dell'abuso di autorità e della violazione dei doveri

Questa formulazione, allo stesso tempo semplice ed estremamente comprensiva, conferiva alla fattispecie penale un ruolo sussidiario e marginale nel sistema, nel quale era stretta tra le due fattispecie delittuose cui risultava allora «precipuamente affidato il controllo di legalità sull'attività amministrativa», ossia il peculato per distrazione e l'interesse privato in atti d'ufficio (*ex* artt. 314 e 324 cod. pen.), che pure erano figure «dai contorni assai labili, che permettevano alla magistratura penale penetranti incursioni sulle scelte della pubblica amministrazione»[6].

La Suprema Corte era ferma nel ritenere che per abuso d'ufficio doveva intendersi l'uso illegittimo da parte del pubblico ufficiale dei poteri, delle facoltà o dei mezzi posti a sua disposizione dall'ordinamento giuridico[7], che esercitava in violazione dei limiti stabiliti dai

---

inerenti ad un pubblico ufficio», all'art. 175 sanzionava «Il pubblico ufficiale, che, abusando del suo ufficio, ordina o commette contro gli altrui diritti qualsiasi atto arbitrario non preveduto come reato da una speciale disposizione di legge, è punito con la detenzione da quindici giorni ad un anno; e, qualora agisca per un fine privato, la pena è aumentata di un sesto, sostituita alla detenzione la reclusione. – Alla stessa pena soggiace il pubblico ufficiale che, nell'esercizio delle proprie funzioni, eccita alcuno a trasgredire alle leggi od ai provvedimenti dell'Autorità». Tale figura si accompagnava ad altre fattispecie che reprimevano l'interesse privato in atto della pubblica amministrazione (art. 176); la violazione del segreto d'ufficio (art. 177); l'omissione o il rifiuto di un atto d'ufficio (art. 178); il rifiuto o l'indebito ritardo nell'esecuzione di una richiesta legalmente fatta dall'Autorità competente da parte del Militare o dell'Agente della Forza pubblica (art. 179); l'omesso rapporto all'Autorità di una notizia di reato (art. 180); l'abbandono indebito del proprio ufficio (art. 181). Nella Relazione Ministeriale al progetto di codice penale si diceva che l'art. 175 «contiene una disposizione generale e complementare diretta a reprimere tutti quegli abusi commessi dai pubblici ufficiali contro l'altrui diritto, che non sono contemplati da una speciale disposizione di legge. Siccome non tutti gli abusi che si possono commettere dai pubblici ufficiali sono specialmente preveduti e repressi dal codice, è giusto, per evitare deplorevoli lacune, che una norma generale provveda a tutte le possibili contingenze. Parve poi questa la sede opportuna di tale disposizione per due considerazioni. In primo luogo, perché collocata in uno od in altro dei Capi compresi nel Titolo dei delitti contro la libertà, sarebbe rimasta troppo ristretta la cerchia degli abusi ai quali la disposizione stessa si sarebbe riferita; in secondo luogo, perché, mentre gli abusi ai quali si vuol provvedere possono ledere il libero esercizio di diritti individuali, ledono però sempre la pubblica amministrazione, appunto per il motivo che il mezzo con cui si commette la lesione è l'abuso di quell'autorità di cui scuotono il prestigio».

[6] Corte Cost., sent. 18 gennaio 2022, n. 8.

[7] Cass. pen., sez. VI, 7 aprile 1971, Genda, «Perché ricorra il delitto di abuso di ufficio è necessario, anzitutto, che il fatto sia commesso abusando dei poteri

principi generali del diritto pubblico, con l'effetto che i vizi tipici di legittimità degli atti amministrativi costituivano altrettante misure per riconoscere «l'abusività oggettiva» dei fatti realizzati dal pubblico ufficiale[8].

Secondo la giurisprudenza di legittimità, il reato di abuso di potere ricorreva nei casi in cui il pubblico ufficiale, eccedendo dai limiti della sua competenza; oppure non osservando le norme giuridiche che regolavano in modo obbligatorio l'attività funzionale conferitagli; oppure, l'esercizio dei poteri discrezionali attribuitigli, compiva «atti per uno scopo diverso da quello previsto dalla legge»[9].

L'elemento psicologico del reato in discussione consisteva nel dolo specifico, ossia nella coscienza e nella volontà del pubblico ufficiale di agire «al di là dei limiti consentiti dalle facoltà discrezionali» attribuitegli, al fine di arrecare ad altri un danno o di procurargli un vantaggio, che la Cassazione, nel silenzio della norma, si sforzava di qualificare come ingiusti, ossia come non spettanti secondo l'ordinamento giuridico[10].

Per il Giudice di legittimità, il dolo specifico poteva essere escluso dall'ignoranza del pubblico ufficiale, solo quando questa non fosse ricaduta sulle norme inerenti ai limiti dei poteri pubblici esercitati[11], in quanto l'errore su tali norme non poteva escludere la punibilità, perché si traduceva in un errore sulla legge penale, inescusabile ai sensi dell'art. 5 c.p., vertendo su norme extra-penali che erano im-

---

inerenti alla propria funzione, vale a dire servendosi illegittimamente delle facoltà o dei mezzi posti dall'ordinamento giuridico a disposizione del p.u.».

[8] Cass. pen., sez. VI, 20 novembre 1970, Cosentino.

[9] Cass. pen., sez. VI, 19 gennaio 1976, Cornelli.

[10] Cass. pen., sez. VI, 7 aprile 1971, Genda: «L'elemento psicologico del reato consiste nel dolo specifico, con necessità quindi che il fatto sia posto in essere al fine specifico di arrecare ad altri un danno o di procurargli un vantaggio si intende ingiusto». Manes, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Percorsi di parte speciale*, cit., 139, ha fatto notare che nella versione del 1930 era il dolo specifico di recare ad altri un danno o un vantaggio «che finiva per svolgere, di fatto, non solo il ruolo portante di elemento connotativo dell'intero tipo criminoso, ma, per di più, la funzione di autentico *discrimen* fra illecito penale ed illecito amministrativo», divenendo l'unico elemento che qualificava il disvalore della fattispecie.

[11] Cass. pen., sez. VI, 16 novembre 1978, Bonaccorsi.

plicitamente richiamate dalla norma incriminatrice dell'abuso d'ufficio, al punto da divenirne parte integrante[12].

Secondo la Corte di Cassazione, per accertare l'arbitrarietà della condotta del pubblico ufficiale, era irrilevante che l'attività della pubblica amministrazione fosse vincolata o discrezionale, perché l'abuso d'ufficio consisteva, fondamentalmente, nell'atteggiamento psichico del pubblico ufficiale, che, volontariamente e consapevolmente, sostituiva il proprio intento e i propri obiettivi personali «alla volontà della legge e all'interesse pubblico, anche quello più discrezionale».

Da ciò ne derivava che il Giudice aveva sempre il potere di indagare sull'attività vincolata o discrezionale del pubblico ufficiale, allo scopo di verificare se il potere attribuito a quest'ultimo dalla legge era stato esercitato per i fini di interesse pubblico normativamente stabiliti; oppure se, nel caso concreto, il vero motivo dell'agire dell'agente pubblico era stato «quello di raggiungere, attraverso l'esercizio del pubblico potere, uno scopo privato»[13].

Incentrandosi l'antigiuridicità essenzialmente sull'elemento psicologico di dolo specifico, il delitto previsto dall'art. 323 c.p. era un reato di pericolo, che veniva a consumazione nel momento in cui il fatto abusivo era commesso, a prescindere dalla realizzazione della finalità perseguita di arrecare ad altri un danno od un vantaggio ingiusto[14].

Si deve ricordare che l'art. 323 c.p., pur con la formulazione utilizzata originariamente dal codice Rocco, superò il vaglio della Corte Costituzionale che, a metà degli anni Sessanta, affermò che la norma non era in contrasto con il comma 2 dell'art. 25 Cost., perché la fattispecie prevista era disegnata in modo tale da non rimettere alla discrezionalità dell'interprete la configurazione del reato.

Osservava, difatti, il Giudice della legge che quell'articolo del codice penale faceva consistere il fatto di reato nell'inosservanza da parte del pubblico ufficiale di un dovere inerente all'uf-

---

[12] Cass. pen., sez. VI, 20 novembre 1970, Cosentino.

[13] Cass. pen., sez. VI, 20 novembre 1970, Cosentino; Cass. pen., sez. VI, 19 gennaio 1976, Cornelli, «Il Giudice penale può indagare sempre sull'attività anche se discrezionale del p.u. per accertare se il potere conferitogli fu esercitato per scopi di interesse pubblico o al fine di raggiungere una finalità privata».

[14] Cass. pen., 20 giugno 1952, Guglielmi.

ficio assegnatogli, che si doveva concretizzare in un atto o in un comportamento assunto dall'agente sia in modo non legittimo, ossia in contrasto con lo statuto giuridico dei suoi poteri (costituito non solo da norme di legge o di regolamento, ma anche da istruzioni, norme interne o dai principi generali di diritto pubblico, non espressamente indicati in norme primarie o secondarie); e sia con il dolo specifico di arrecare ad altri un danno o un vantaggio non dovuto.

Per la Corte, per la sussistenza del reato si richiedeva sia la violazione di norme inerenti all'esercizio della funzione pubblica svolta ovunque fossero contenute, senza che ciò potesse porre problemi di costituzionalità; sia l'elemento soggettivo del dolo specifico, consistente nell'intenzione di recare ad altri un danno o un vantaggio, che, secondo l'ordinamento giuridico, non gli spettava subire o ricevere.

Effettuata questa ricostruzione degli elementi del reato in esame, sulla base della giurisprudenza della Corte di Cassazione, per la Corte Costituzionale si poteva affermare che l'art. 323 c.p., nel mentre corrispondeva alla ratio di punire i comportamenti dei pubblici ufficiali, che, pur essendo illegittimi, non rientravano in uno specifico titolo di reato, al contempo, garantiva al pubblico ufficiale la copertura dal rischio «di arbitrarie applicazioni della legge penale, il timore delle quali» avrebbe nuociuto «anch'esso al buon andamento della pubblica amministrazione e al sollecito perseguimento dei suoi fini»[15].

2. *L'abuso d'ufficio secondo la riforma del 1990*

Nel 1990, il Parlamento repubblicano operò con la legge n. 86 una profonda riforma dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione per cercare di meglio adeguarli ai valori democratici e pluralistici espressi dalla Costituzione in tema di organizzazione dei pubblici poteri, che non potevano non riflettersi anche

[15] Corte Cost., sent. 19 febbraio 1965, n. 7, con nota di Bricola, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in *Riv. it.*, 1966, 985 ss.

nelle fattispecie penali poste a tutela del corretto esercizio dei pubblici poteri[16].

Per effetto dell'art. 13 della legge di riforma, l'art. 323 c.p. venne modificato nei seguenti termini «Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni. – Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due anni a cinque anni».

La riscrittura dell'art. 323 c.p. costituiva il fulcro della riforma, perché effettuava una migliore tipicizzazione delle condotte abusive degli agenti pubblici, alla luce del criterio fondamentale che non vi poteva essere illecito penale senza "abuso del potere pubblico", in modo da impedire certi sconfinamenti nel merito amministrativo da parte del sindacato giurisdizionale penale ai danni della discrezionalità della pubblica amministrazione, che si erano verificati in precedenza nella giurisprudenza di merito nella parte in cui non aveva seguito la Corte di Cassazione nel riconoscere il carattere dell'ingiustizia al vantaggio o al danno avuto di mira dall'agente[17].

Reprimendo al comma 1 le condotte prevaricatrici e quelle favoritrici, e al comma 2 quelle affaristiche, l'art. 323 c.p. acquistava, all'interno dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, una dimensione non più marginale, in quanto assorbiva le precedenti fattispecie dell'interesse privato in atti di ufficio[18], del pe-

---

[16] Si rinvia a Segreto, De Luca, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 1 ss.

[17] Mazzone, *Abuso d'ufficio*, in *Dig. pen. Appendice*, vol. VIII, Torino, Utet, 1994, 587 ss.; D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, cit.; Segreto, De Luca, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 475 ss.; Antolisei, *Manuale di diitto penale. Parte Speciale II*, cit., 322 ss.; Manes, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 4, 1202 ss.; Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 346 ss.; Mattevi, *L'abuso d'ufficio una questione aperta*, cit., 30 ss.

[18] Per Cass. pen., S.U., 20 giugno 1990, n. 7, l'interesse privato in atti d'ufficio era ricompreso nell'art. 323 c.p., come riformulato dalla l. n. 86, perché la struttura del reato prima previsto nell'art. 324 c.p. si adattava alla nuova figura di reato, con l'effetto che nel caso di interesse privato patrimoniale era applicabile, perché più favorevole, il trattamento sanzionatorio dell'art. 324 c.p.; nel caso di interesse

culato per distrazione e della malversazione, in modo da diventare tutela centrale rispetto alle condotte abusive teleologicamente caratterizzate dal favoritismo, dalla prevaricazione o dall'indebito profitto, che non avessero una più grave dimensione lesiva, come si desumeva dalla clausola di sussidiarietà «se il fatto non costituisce più grave reato»[19].

L'interesse tutelato dalla norma in questione era, ai sensi dell'art. 97 Cost., il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, come precisato in giurisprudenza, dove si sostenne che il reato consisteva nella violazione delle finalità di imparzialità e/o di buon andamento dell'agire dell'amministrazione, realizzata mediante l'inosservanza delle norme specificamente volte ad assicurare il perseguimento di quelle imprescindibili finalità.

Allo scopo di accertare la sussistenza del reato occorreva, da un lato, individuare le norme procedurali violate; e, dall'altro lato, dimostrare in modo preciso in quali termini le violazioni normative riscontrate avevano determinato il tradimento delle finalità di imparzialità e di buon andamento proprie dell'azione amministrativa[20], al punto che in caso di mancata dimostrazione di questo tradimento «anche l'individuazione di scopi privati, connotanti il comportamento», non sarebbe bastata «ad integrare l'oggettività dell'abuso»[21].

Soggetto passivo del reato, che, a seguito della riforma, poteva essere commesso non più dal solo pubblico ufficiale ma anche dall'incaricato di pubblico servizio, era il titolare dell'interesse tutelato dalla norma come oggetto giuridico del reato, ossia la pubblica

---

privato non patrimoniale si applicava, perché più favorevole, il trattamento sanzionatorio dell'art. 323 c.p. introdotto nel 1990.

[19] Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 5 ss. Si ricorda che per Corte Cost., sent. 18 gennaio 2022, n. 8, con la riforma del 1990, l'abuso d'ufficio «acquistava di colpo una centralità applicativa in precedenza ignota, non accompagnata, però, da un reale incremento di determinatezza della fattispecie tipica, la quale restava incentrata su una condotta in sé vaga – quale quella di «abusa[re] del[l]'ufficio» – senza che il requisito dell'ingiustizia del vantaggio o del danno, oggetto del dolo specifico, si rivelasse capace di delimitare adeguatamente i confini del tipo. – Il rivisitato art. 323 cod. pen. divenne, così, il nuovo strumento per un penetrante sindacato della magistratura penale sull'operato dei pubblici funzionari, adombrando il costante spettro dell'avvio di indagini in loro danno».

[20] Per tutte Cass. pen., sez. VI, 8 luglio 1997, n. 983.

[21] Cass. pen., sez. VI, 201088/95.

amministrazione, con esclusione di colui che aveva subito un danno dal reato, che diveniva eventualmente danneggiato civile, in quanto il danno ingiusto altrui non costituiva elemento materiale del reato ma rientrava nell'elemento psicologico dello stesso come finalizzazione della condotta.

Sul punto la giurisprudenza era uniforme nel precisare che nel reato in questione persona offesa era unicamente la pubblica amministrazione, in quanto titolare dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice, rappresentato dal buon andamento, dall'imparzialità e dalla trasparenza dell'azione degli agenti pubblici, come previsto dall'art. 97 Cost. Pertanto, il privato, che avesse eventualmente subito un danno dal reato, non rivestendo la qualità di persona offesa, non era legittimato a proporre opposizione avverso la richiesta del Pubblico ministero di archiviazione nei confronti dei soggetti indagati per il suddetto reato[22].

Come si rilevava chiaramente dai lavori preparatori, la legge del 1990 voleva far consistere l'elemento materiale del reato nell'abuso, cioè nell'uso non legittimo del potere pubblico, in modo da meglio delimitare le possibilità di intervento dell'autorità giudiziaria penale nei confronti della pubblica amministrazione, della quale si voleva preservare l'ambito di discrezionalità della sua azione.

L'abuso doveva, quindi, concretizzarsi esclusivamente nell'esercizio illegittimo dell'azione amministrativa, cosicché, se l'abuso si fosse estrinsecato in un atto amministrativo, l'illegittimità di questo sarebbe stato elemento costitutivo della fattispecie; se l'abuso si fosse manifestato in un comportamento materiale, l'illegittimità di questo avrebbe integrato l'ipotesi di reato.

In entrambi i casi, si doveva considerare la strumentalizzazione oggettiva dell'ufficio, inteso come il complesso delle facoltà e dei poteri di compiere un atto o un'azione giuridica, perché l'abuso era

[22] Cass. pen., sez. VI, c.c. 15 novembre 1996, n. 3513; Cass. pen., sez. VI, 203326/95: «Nel delitto di abuso di ufficio, titolare dell'interesse specifico direttamente protetto dalla norma, e quindi parte offesa, è la p.a. Conseguentemente nessun avviso della fissazione dell'udienza preliminare deve essere notificato al denunciante, eventualmente danneggiato di riflesso, qualora l'azione dei soggetti attivi del reato sia stata contestata come finalizzata a procurare vantaggi a sé o ad altri e non a danneggiare il denunciante».

l'uso del potere di azione giuridica in violazione della disciplina giuridica vigente rappresentata dalla legge, dal regolamento, dalla consuetudine, dalla circolare.

In proposito era costante l'orientamento della Cassazione nel dire che la nuova figura disciplinata dall'art. 323 c.p. si incentrava sul concetto di abuso d'ufficio, che ricomprendeva tutti quei comportamenti, anche non estrinsecatisi in atti, che comportavano un uso deviato o distorto dei poteri funzionali, o un cattivo esercizio dei compiti inerenti un pubblico servizio, che metteva a repentaglio il buon funzionamento e/o l'imparzialità dell'azione amministrativa, dimodoché l'abuso represso era quello che sfociava «in una strumentalizzazione oggettiva dell'ufficio tale da frustrare o alterare le finalità istituzionali perseguite»[23].

In giurisprudenza si faceva notare che nell'ambito dei reati contro la pubblica amministrazione, la nozione di atto di ufficio era più ampia di quella di provvedimento amministrativo, perché comprendeva in sé, a prescindere dalla forma, qualunque specie di atto, posto in essere dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio nello svolgimento delle funzioni o del servizio, sia esso interno od esterno, decisionale o anche meramente consultivo, preparatorio e non vincolante, fino a comprendere pure le semplici operazioni, le condotte materiali, le attività tecniche e, quindi, anche quei comportamenti che soltanto in connessione con altri formavano un qualcosa di giuridicamente rilevante nella sua riferibilità alla pubblica amministrazione, in quanto capace di produrre delle conseguenze giuridiche[24].

E poiché l'abuso d'ufficio consisteva nella condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio assunta violando il parametro della doverosità, come definito dalle regole normative improntate ai principi di legalità, imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, esso era integrato sia dall'adozione di atti o di provvedimenti amministrativi nell'espletamento di un'attività volitiva ed intellettiva tipica; sia dall'assunzione di attività materiali,

[23] Cass. pen., 27 maggio 1993, Talarico; così, pure, Cass. pen., 14 giugno 1990, Muraglia.

[24] Cass. pen., sez. VI, 192874/92.

quali le operazioni tecniche e i comportamenti, che si sostanziavano «nei fatti costituenti manifestazioni dell'attività amministrativa e quindi dell'ufficio»[25].

Nella giurisprudenza di legittimità si affermò, pure, che il reato di abuso d'ufficio poteva essere configurato in riferimento ad attività svolte dall'agente pubblico e soggette al diritto privato, perché anche nell'esercizio di tali attività il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio perseguiva delle finalità pubbliche, che il legislatore aveva ritenuto che potevano essere raggiunte con più facilità con l'utilizzo degli strumenti propri del diritto privato. In questa direzione, la Corte di Cassazione osservava che, in tal caso, nella quotidianità amministrativa, quanto meno la scelta del contraente veniva realizzata esercitando un potere pubblico, dovendo la pubblica amministrazione individuare il contraente secondo una corretta valutazione dell'interesse pubblico sussistente[26].

Ai fini della integrazione dell'abuso d'ufficio erano, allora, rilevanti tutte le attività di carattere commissivo od omissivo realizzate dall'agente pubblico nell'esercizio della funzione o del servizio conferitogli, dirette ad incidere sulla specifica attività della pubblica amministrazione, indirizzandola non verso le finalità pubbliche istituzionali ma verso scelte che si risolvevano in un vantaggio o in un danno ingiusti[27].

L'abuso richiesto per l'integrazione del fatto di reato previsto dall'art. 323 c.p. doveva concepirsi come l'esercizio del potere pubblico per scopi diversi da quelli imposti dalla natura della funzione esercitata, o del servizio svolto, in modo tale da far conseguire all'atto o al comportamento posto in essere dall'agente pubblico un fine estraneo rispetto a quello stabilito dalla norma regolatrice della funzione o del servizio, in modo da originare «un vero eccesso del mezzo rispetto al fine tipico da essa presupposto»[28].

---

[25] Cass. pen., 30 aprile 1992, Favale.

[26] Cass. pen., sez. VI, 187566/90.

[27] Cass. pen., sez. VI, 192874/92.

[28] Cass. pen., 25 ottobre 1991, Giunta: «Ai fini della prova dell'abuso di ufficio di cui all'art. 323 c.p., […], assumono rilievo sia l'atto o il comportamento singolarmente valutato (qualora questo esprima *ex* se il perseguimento di un fine diverso rispetto al fine tipico) sia quegli elementi sintomatici che, apparentemente estrinseci all'atto o al comportamento, consentono una verifica di più ampio con-

Sotto la vigenza della legge n. 86 del 1990 l'abuso d'ufficio era, principalmente integrato dall'eccesso di potere, inteso come il vizio di legittimità dell'atto amministrativo consistente nell'esercizio del potere amministrativo in violazione delle regole disciplinanti la discrezionalità amministrativa[29], come si desumeva dalla Relazione al d.d.l. Vassalli, nella parte in cui si diceva che «qualunque atto commesso con abuso delle funzioni, o comunque per perseguire un fine diverso da quelli istituzionali (con un profitto o un danno ingiusti) è affetto da eccesso di potere […] ed è di conseguenza, per definizione, un atto illegittimo. In tal senso, il requisito in questione (l'illegittimità dell'atto), se può lasciare ingiustificatamente scoperti taluni illeciti che non danno vita ad atti amministrativi, rispetto a questi ultimi è superfluo, in quanto non aumenta in alcun modo la tipicità della fattispecie».

La Corte di Cassazione sosteneva, di conseguenza, che per la sussistenza del reato di abuso di ufficio non erano di per sé sufficienti i vizi di legittimità dell'incompetenza e della violazione di legge, che potevano essere valutati solo come elementi sintomatici dello sviamento di potere, in cui il reato, fondamentalmente, si sostanziava[30].

Il pensiero della Cassazione sulla rilevanza dell'eccesso di potere ai fini dell'integrazione della fattispecie in esame venne ben compendiato in una importante sentenza adottata lo stesso giorno in cui il Parlamento approvava la legge n. 234, con la quale si cercò, invece, di espungere tale vizio di legittimità dagli elementi costitutivi del reato, come meglio si vedrà *infra*[31].

La Corte metteva in rilievo che la fattispecie di cui all'art. 323 c.p. si incentrava sul concetto di abuso d'ufficio, che ricomprendeva i comportamenti e gli atti amministrativi che comportavano un uso

---

testo. Il che si verifica dando rilievo al presupposto da cui si esprime l'abuso, attraverso il coinvolgimento di singoli comportamenti (o di singole serie comportamentali) antecedenti, contestuali od anche successivi all'atto o al comportamento che designa l'abuso stesso…». Così pure Cass. pen., sez. VI, 1 febbraio 1995, Gadani.

[29] Ledda, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, 433 ss.; Paolantonio, *Il sindacato di legittimità sul processo amministrativo*, Padova, 2000; Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008.

[30] Cass. pen., 1 ottobre 1992, n. 9588; Cass. pen., sez. VI, 20084/94.

[31] Cass. pen., sez. VI, 8 luglio 1997, n. 983.

non legittimo dei poteri funzionali o dei compiti inerenti ad un pubblico servizio, che ledevano il buon funzionamento o l'imparzialità dell'azione amministrativa.

E poiché il bene tutelato da quella figura di reato era costituito dai valori di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa espressi dall'art. 97 Cost., per comprendere in cosa consisteva l'abusività ci si doveva logicamente rapportare alla nozione di illegittimità formatasi nell'ambito dell'ordinamento tipico della pubblica amministrazione, che, all'art. 26 del t.u. c. di s., raggruppava, sia pure ai soli fini della validità degli atti amministrativi, le tre categorie della incompetenza, della violazione di legge e dell'eccesso di potere.

Di conseguenza, l'abuso d'ufficio previsto dall'art. 323 c.p. consisteva nell'uso non legittimo della funzione pubblica o del servizio pubblico da parte dell'agente pubblico mediante l'assunzione di un atto o di un comportamento viziato *in primis* per eccesso di potere e subordinatamente per incompetenza o per violazione di legge.

Richiamandosi alla lunga elaborazione giurisprudenziale in sede amministrativa, la Corte metteva in evidenza che l'eccesso di potere era una categoria di illegittimità autonoma (detta anche illegittimità funzionale) rispetto a quelle di incompetenza e violazione di legge e che essa, quando lo sviamento di potere, cioè la constatata divergenza dell'uso del potere dalla sua funzione istituzionale, non appariva evidente, poteva essere individuata anche sulla base di figure sintomatiche, che dovevano richiamare l'attenzione dell'operatore del diritto sulla necessità di verificare se, nel caso concreto, alla riscontrata figura sintomatica, si accompagnava realmente una divergenza tra risultato effettivo e risultato istituzionale e potenziale dell'atto.

Secondo la Corte di Cassazione, il vizio dello sviamento di potere poteva sussistere in rapporto sia ad un atto vincolato sia ad un atto discrezionale. In particolare, per stabilire se un atto discrezionale presentasse o meno detto vizio, occorreva accertare se fossero state violate le regole inerenti l'uso della discrezionalità, in quanto anche il potere discrezionale obbediva ai precisi vincoli costituiti dall'interesse pubblico, dalla causa del potere (ossia il fine specifico per il quale il potere era stato conferito, che era sempre ed esclusivamente un fine pubblico), e dai precetti di diritto e di logica.

Se i vincoli propri della discrezionalità amministrativa non erano rispettati, nel senso che l'atto discrezionale non era stato adottato esclusivamente per la realizzazione dell'interesse pubblico stabilito e del fine specifico del potere esercitato e nel rispetto dei precetti di diritto e di logica, anche l'atto discrezionale era viziato da eccesso di potere e come tale poteva essere sottoposto al sindacato dell'autorità giudiziaria penale.

Osservava la Corte che, in questo caso, non si trattava di sottoporre al sindacato penale l'attività discrezionale della pubblica amministrazione, perché, essendo l'atto o il comportamento amministrativo oggetto di contestazione parte essenziale della condotta repressa dall'art. 323 c.p., nel caso in cui si fosse riscontrata «la strumentalizzazione del potere d'ufficio per un fine personale», non esisteva più un merito amministrativo, ma esclusivamente un merito privato.

Sulla base dell'articolato ragionamento, la Corte giungeva alla conclusione che integrava il reato di abuso di ufficio la condotta dell'agente pubblico viziata da eccesso di potere, che si estrinsecava nell'uso dell'ufficio o del servizio pubblico per realizzare una finalità privata e non per realizzare la finalità pubblica normativamente imposta[32].

Si deve, poi, sottolineare che il comma 2 dell'art. 323 c.p. prevedeva una fattispecie più grave qualora l'uso illegittimo del potere di azione giuridica fosse stato commesso al fine di arrecare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, inteso come l'incremento non dovuto del complesso dei diritti soggettivi aventi un contenuto economicamente valutabile.

Nell'interpretazione della Cassazione, al comma 2 dell'art. 323 c.p. il legislatore faceva riferimento ad un'accezione di patrimonio che non era comprensiva di qualunque situazione giuridica soggettiva, ma era limitata solo a quelle situazioni suscettibili di valutazione economica, in quanto il più grave disvalore previsto dalla norma non poteva che connettersi, come fatto in generale dal codice penale, al fine di lucro, che altrimenti, in modo irragionevole, sarebbe stato «equiparato a diversi e meno ignobili intenti»[33].

---

[32] Cass. pen., sez. VI, 8 luglio 1997, n. 983.

[33] Cass. pen., sez. V, 201887/95.

Nell'ipotesi di cui al comma 2 dell'art. 323 c.p. l'abuso poteva consistere o nel procurare a sé o ad altri denaro o beni non dovuti o nell'evitare a sé o ad altri esborsi dovuti o nell'instaurazione non corretta di un rapporto giuridico da cui derivavano diritti patrimoniali (come la stipulazione di un contratto, il conferimento di un appalto o di una concessione, l'instaurazione di un rapporto di lavoro presso la pubblica amministrazione).

La Cassazione precisò, inoltre, che il comma 2 dell'art. in esame non costituiva una circostanza aggravante dell'ipotesi di abuso d'ufficio prevista al comma 1 ma un'autonoma fattispecie, in quanto prevedeva per il fatto contemplato una pena determinata in modo autonomo invece del mero aumento di quella prevista al comma 1. L'art. 323 c.p., perciò, conteneva due autonome figure di reato, che presentavano una comunanza sia in relazione al soggetto attivo sia in riferimento alla condotta materiale[34].

Nella formulazione dell'art. 323 c.p. modificata dalla legge n. 86, la condotta consistente nell'uso illegittimo del potere di azione giuridica poteva realizzarsi anche mediante omissione solo quando la legge non ricollegava degli effetti giuridici equivalenti all'atto amministrativo alla condotta omissiva, come nei casi del silenzio-rifiuto o del silenzio-accoglimento, nei quali il silenzio era una forma di esercizio del potere amministrativo.

Sul punto, la Cassazione precisò che l'art. 323 c.p., come riformulato dalla legge del '90, delineando la condotta di abuso d'ufficio mediante l'utilizzazione dell'espressione «abusa del suo ufficio», invece della precedente «abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni», risultava compatibile con il comportamento illegittimo del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio consistente in una omissione non qualificabile come rifiuto o accoglimento.

La Corte faceva, però, notare che, in questo caso, poiché l'art. 323 c.p. conteneva la clausola di sussidiarietà «se il fatto non costituisce più grave reato», nell'ipotesi di abuso di ufficio realizzato mediante omissione o rifiuto, si doveva fare applicazione della fattispecie di cui all'art. 328, comma 1, in quanto più grave, quando l'abuso omissivo era stato commesso al fine di arrecare un vantag-

[34] Cass. pen., sez. VI, 186403/90.

gio o un danno ingiusto; mentre doveva trovare applicazione l'art. 323, comma 2, c.p., in quanto reato più grave, quando quel tipo di abuso era stato commesso al fine di arrecare un ingiusto vantaggio patrimoniale[35].

Quanto all'elemento soggettivo, si ricorda che, per la sussistenza del reato previsto dall'art. 323 c.p. come riformulato nel 1990, era necessario sia il dolo generico che quello specifico, come si desumeva dalla formula usata «al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio […] o di arrecare ad altri un ingiusto danno».

Il dolo generico consisteva nella coscienza e nella volontà di esercitare illegittimamente il potere di azione giuridica; quello specifico nello scopo di recare a sé o ad altri un vantaggio ingiusto o ad altri un danno ingiusto, cioè nello strumentalizzare i poteri d'ufficio per raggiungere un vantaggio per sé o per altri ingiusto o un danno per altri ingiusto, dando origine ad una situazione amministrativa non spettante per l'ordinamento giuridico[36]. Da qui la conseguenza che l'abuso consisteva sempre e solo nel comportamento tenuto illegittimamente per raggiungere un danno o un vantaggio ingiusto, la cui realizzazione fuoriusciva, però, dalla previsione normativa.

In giurisprudenza si rilevava che la modifica apportata all'art. 323 c.p., con l'aver espressamente previsto che il vantaggio proprio o di altri o il danno di altri doveva essere ingiusto, imponeva all'interprete di compiere sul risultato preso di mira dall'agente una valutazione di ingiustizia distinta e autonoma rispetto a quella che, attraverso l'abusività, coinvolgeva il mezzo impiegato, ossia l'atto amministrativo o il comportamento materiale assunto dall'agente pubblico: perciò il fatto non poteva integrare il delitto di abuso di ufficio

[35] Cass. pen., sez. VI, 1/2/1994, n. 1480.

[36] Cass. pen., sez. VI, 198253/94, «Nel reato di abuso di ufficio previsto dall'art. 323 c.p. l'elemento psicologico è costituito non soltanto dal cosciente e volontario uso illegittimo dei poteri di ufficio, ma anche dalla strumentalizzazione dell'atto a vantaggio del destinatario, in modo da creare una situazione amministrativa e giuridica di vantaggio alla quale lo stesso non avrebbe diritto»; Cass. pen., sez. VI, 202168/95, «Il dolo specifico deve essere finalizzato all'ingiusto vantaggio. Non basta, pertanto, la coscienza e volontà nell'agente di porre in essere una condotta antidoverosa e la illegittimità, pur macroscopica, dell'atto di ufficio, ma è necessario che l'abuso sia stato indirizzato a determinare una situazione di vantaggio contrario al diritto».

qualora, pur essendo illegittimo il mezzo impiegato, il risultato perseguito non era di per sé ingiusto, così da escludere dall'area dell'illecito penale i comportamenti abusivi finalizzati a procurare un vantaggio od uno svantaggio conforme al diritto[37].

Detto in altri termini, l'ingiustizia del vantaggio o del danno, quale componente del dolo specifico richiesto dalla norma incriminatrice consistente nella loro non spettanza secondo l'ordinamento giuridico, doveva essere valutata autonomamente rispetto alla illegittimità della condotta, in quanto poteva accadere che l'abuso sussistesse come elemento materiale, ma che il vantaggio o il danno avuto di mira dall'agente non fossero di per sé ingiusti.

La Corte, tuttavia, precisava che ad escludere l'ingiustizia del vantaggio o del danno non era sufficiente che il destinatario della condotta abusiva fosse titolare di una posizione giuridica astrattamente tutelabile, perché occorreva che questa fosse tale nel contesto concreto, ossia considerando le condizioni normativamente previste, anche per le ipotesi di concorso con la posizione di altri titolari di diritti analoghi[38].

Il reo, quindi, doveva agire con la coscienza e la volontà di abusare dei poteri inerenti alle sue funzioni, al fine di procurare a sé o

---

[37] Cass. pen., sez. VI, 198748/94.

[38] Cass. pen., sez. VI, 201262/95. Nello stesso senso: Cass., sez. VI, 198253/94, «Nel reato di abuso di ufficio previsto dall'art. 323 c.p. l'elemento psicologico è costituito non soltanto dal cosciente e volontario uso illegittimo dei poteri di ufficio, ma anche dalla strumentalizzazione dell'atto a vantaggio del destinatario, in modo da creare una situazione amministrativa e giuridica di vantaggio alla quale lo stesso non avrebbe diritto»; Cass. pen., sez. VI, 198748/94, «In materia di abuso di ufficio […] l'art. 323 c.p. dispone espressamente […] che il vantaggio proprio o di altri perseguito dal soggetto attivo deve essere ingiusto. Questa modifica comporta che sul risultato preso di mira dall'agente occorre compiere una valutazione di ingiustizia distinta e autonoma rispetto a quella che, attraverso l'abusività, coinvolge il mezzo impiegato, sia quest'ultimo un atto amministrativo o un comportamento materiale del soggetto; ne consegue che il fatto non può costituire il delitto di abuso di ufficio qualora, pur essendo illegittimo il mezzo impiegato, il risultato perseguito non sia di per sé ingiusto. In altri termini, l'aggiunta dell'aggettivo ingiusto esclude dall'area dell'illecito penale i comportamenti abusivi finalizzati a procurare un vantaggio conforme al diritto»; Cass. pen., sez. VI, 202168/95, «Il dolo specifico deve essere finalizzato all'ingiusto vantaggio. Non basta, pertanto, la coscienza e volontà nell'agente di porre in essere una condotta antidoverosa e la illegittimità, pur macroscopica, dell'atto di ufficio, ma è necessario che l'abuso sia stato indirizzato a determinare una situazione di vantaggio contrario al diritto».

ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o di arrecare ad altri un ingiusto vantaggio. Se poi il fine avuto di mira era l'ingiusto vantaggio patrimoniale di sé o di altri si concretizzava l'ipotesi prevista dal comma 2 dell'art. 323 c.p.

Anche nella formulazione introdotta nel 1990, come in quella del 1930, il delitto si consumava con la realizzazione dell'atto o del comportamento illegittimo, caratterizzandosi come reato istantaneo e di pericolo, per la cui integrazione non si richiedeva il verificarsi in concreto del danno o del vantaggio ingiusto avuto di mira dall'agente[39].

3. *L'utilizzazione dell'art. 323 c.p. del 1990 nelle indagini di Tangentopoli*

Dal punto di vista storico, si ricorda che, a partire dall'entrata in vigore della legge di riforma del 1990, ossia nel periodo più caldo di "Tangentopoli", le procure competenti utilizzarono con ampiezza il nuovo art. 323 c.p. per l'iscrizione nell'apposito registro previsto dall'art. 335 c.p.p. e per il conseguente avvio delle indagini di quelle notizie di reato che avevano ad oggetto condotte degli agenti pubblici che presentavano profili di illegittimità finalizzati a produrre vantaggi o danni ingiusti, senza, però, avere ancora quelli ulteriori profili di illiceità propri delle più gravi fattispecie contemplanti, pur sempre, l'esercizio abusivo del potere pubblico, ossia, in quel periodo, la concussione e la corruzione.

In particolare, la rinnovata formulazione dell'art. 323 c.p. ben si prestava per indagare e reprimere i gravi fenomeni di collateralismo politico-economico tra gli amministratori locali di una determinata area politica e le società economiche, anche di tipo cooperativistico, affini politicamente, che si traducevano nel conferimento a queste ultime da parte degli amministratori di appalti di opere o di servizi in modo illegittimo, ottenendo in cambio gli amministratori quanto meno sponsorizzazioni o altri benefit per le loro iniziative di partito.

[39] Cass. pen., sez. VI, 1 febbraio 1994, n. 1480; Cass. pen., sez. VI, 14 novembre 1995, n. 11.

Oltretutto, la sussistenza nel caso concreto di più gravi reati contro la pubblica amministrazione poteva successivamente emergere a seguito dello sviluppo delle indagini avviate per il reato di abuso d'ufficio, in quanto la riformulazione dell'art. 323 c.p., al comma 2, prevedeva limiti edittali (la reclusione da due a cinque anni), che all'epoca consentivano all'organo requirente di ottenere dal Giudice per le indagini preliminari:

– le intercettazioni telefoniche, mezzo di ricerca della prova estremamente importante nell'ambito delle indagini per reati contro la pubblica amministrazione ai fini della ricostruzione degli effettivi rapporti intercorrenti tra l'agente pubblico inquisito, i suoi colleghi e gli utenti dell'amministrazione[40];

– l'adozione di misure cautelari personali, utili per interrompere la capacità dell'amministratore pubblico inquisito sia di ostacolare l'acquisizione degli ulteriori elementi di prova da parte dell'autorità inquirente (ad esempio condizionando le persone informate sui fatti o alterando gli elementi di prova presenti in ufficio o all'esterno); sia di reiterare le condotte illecite.

Si può, per questo, affermare che nel periodo delle grandi inchieste di Tangentopoli, che si svilupparono in Italia anche grazie al combinarsi della riforma dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione del 1990 con l'introduzione del nuovo processo penale di tipo accusatorio (che rafforzava il ruolo del Pubblico ministero nella conduzione delle indagini preliminari, sino a riconoscergli il potere di incidere sulla definizione anticipata del processo mediante la imprescindibile formulazione del suo consenso non solo per il rito del patteggiamento ma anche per quello abbreviato), il reato di abuso d'ufficio svolse il ruolo cardine di fattispecie tendenzialmente basilare per l'avvio delle indagini preliminari sui fatti illeciti di esercizio abusivo delle pubbliche potestà, che venivano portati a conoscenza del Pubblico ministero con notizie di reato che, almeno inizialmente, non presentavano più gravi aspetti di illiceità.

---

[40] Salcuni, *Abuso d'ufficio ed eccesso di potere: «fine di un amore tormentato»?*, in *Arch. Pen.*, 2021, 3, 27.

4. *La riforma dell'abuso d'ufficio del 1997*

Le inchieste di Tangentopoli ebbero un effetto devastante sugli assetti del sistema politico che si era sviluppato dal 1948 in avanti, imperniato, fondamentalmente, per quasi il 70%, da un lato, sul partito della Democrazia Cristiana, che era stato ininterrottamente al governo nazionale ed in gran parte degli enti locali, formando alleanze con gli altri partiti di centro e di centrosinistra (PSI, PRI, PSDI, PLI); e, dall'altro lato, sul Partito Comunista, che, tranne il breve periodo della solidarietà nazionale, era sempre rimasto all'opposizione a livello nazionale, conquistando, però, il governo di numerose regioni e di tantissimi enti locali.

Tra il 1992 ed il 1994 si assistette, sotto l'incalzare dei processi di Tangentopoli, alla dissoluzione dei partiti di centro e centrosinistra e alla trasformazione del Partito Comunista, che riuscì a tamponare le falle aperte da alcune indagini che in parte lo avevano colpito, grazie anche ai rapporti storicamente stretti che aveva instaurato con le componenti di sinistra della magistratura associata, che si mostrarono meno severe nel reprimere gli illeciti commessi dai suoi esponenti.

La crisi dei partiti tradizionali determinò la formazione di nuove aggregazioni politiche, formate in gran parte da rappresentanti dei vecchi partiti, che si sforzarono di riequilibrare i rapporti con il potere giudiziario, cercando di limitarne la capacità di controllo sulle loro attività, sia a livello di diritto sostanziale e sia a livello di diritto processuale.

Sul piano processuale le riforme furono sostanziose perché portarono alla modifica del rito del giudizio abbreviato con l'eliminazione, in particolare, del consenso condizionante del Pubblico ministero (v. l. 16 dicembre 1999, n. 479); e alla affermazione delle c.d. regole sul giusto processo a livello costituzionale (v. l. cost. 23 novembre 1999, n. 2), con la conseguente eliminazione del potere riconosciuto dalla versione originaria dell'art. 513 c.p.p. al Pubblico ministero di produrre in dibattimento, senza il consenso dell'imputato, le dichiarazioni accusatorie verso terzi rese nel corso delle indagini preliminari dal coimputato di reato connesso, che avesse nel frattempo definito separatamente la propria posizione e che si fosse

avvalso della facoltà di non rispondere in dibattimento (art. 18, l. 1 marzo 2001, n. 63, sul giusto processo)[41].

Con il chiaro intento di porre un freno al sindacato dell'autorità giudiziaria penale sulle condotte affaristiche degli amministratori pubblici, che si era sviluppato negli anni precedenti sul territorio nazionale spesso partendo proprio dalla contestazione del reato di abuso d'ufficio, la stragrande maggioranza delle forze politiche presenti in Parlamento approvò la legge 16 luglio 1997, n. 234, che, all'art. 1, riscrisse profondamente la fattispecie prevista dall'art. 323 c.p., utilizzando la seguente formula: «Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. – La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità»[42].

In questo modo, la fattispecie veniva trasformata da reato di pericolo, di pura condotta e a dolo specifico, come era stata sia nella formulazione del 1930 che in quella del 1990, in reato di evento ingiusto e a dolo intenzionale[43], con la stranezza, però, che pur pre-

---

[41] Si ricorda che prima dell'emanazione della legge n. 63 del 2001 di attuazione della l. cost. n. 2 del 1999 di riforma dell'art. 111 Cost. con le regole del giusto processo, in due occasioni il legislatore ordinario aveva cercato di modificare la versione originaria dell'art. 513 c.p.p., venendo per due volte censurato dalla Corte Costituzionale con le sentt. n. 254 del 1992 e n. 361 del 1998, entrambe ispirate dal principio della non dispersione del mezzo di prova per il miglior accertamento della verità sostanziale.

[42] Per Cass. pen., sez. II, 4 dicembre 1997, n. 1279, il fine dichiarato della riforma del 1997 «è quello di limitare il controllo penale sull'attività dei pubblici amministratori entro confini compatibili con il principio costituzionale della divisione dei poteri». La sentenza, una delle prime ad intervenire dopo la riforma, è stata ben commentata da Tesauro, *La riforma dell'art. 323 al collaudo della Cassazione*, in *Foro it.*, II, 1998, 258 ss. Nello stesso senso pure Cass. pen., sez. fer., 17 agosto 2021, n. 42640.

[43] Garofoli, *Manuale di diritto penale. Parte speciale I*, cit., 273 ss. In giurisprudenza: Cass. pen., sez. VI, 17 ottobre 1997, n. 952, «L'attuale formulazione dell'art. 323, […], al fine di procedere a maggiore tipicizzazione della condotta del

sentando elementi di maggiore gravità, prevedeva limiti edittali più bassi rispetto alla previsione del 1990, ossia la reclusione da sei mesi a tre anni, aumentabile di un terzo nei casi previsti al comma 2.

Per giustificare la nuova legge, i Parlamentari che intervennero nel dibattito sostennero che la riformulazione dell'art. 323 c.p. era imposta dall'eccessiva dilatazione della fattispecie disciplinata dalla legge del 1990, che si sarebbe prestata ad interpretazioni, come quelle imperniate sulla valorizzazione del vizio dell'eccesso di potere (da alcuni Parlamentari definito addirittura vizio del merito), che avrebbero finito con il consentire un sindacato sul merito dell'attività amministrativa da parte dell'autorità giudiziaria, con l'effetto di determinare una paralisi dell'azione dei pubblici amministratori, spaventati dal rischio di essere ingiustamente inquisiti[44].

---

p.u., richiede specificamente che questi abbia agito in violazione di leggi o di regolamenti; inoltre, essa configura un reato di evento, postulando che il comportamento dell'agente abbia determinato un ingiusto vantaggio patrimoniale per sé o per altri ovvero un danno ingiusto per altri, evento il cui verificarsi era invece indifferente ai sensi della previgente previsione sanzionatoria, per la quale era sufficiente che al vantaggio o al danno fosse finalizzata l'azione; infine, viene sempre richiesto il carattere patrimoniale per quanto concerne il vantaggio ingiusto, mentre tale carattere, in precedenza, valeva solo a caratterizzare un'ipotesi più grave, prevista nel comma 2». Così pure Cass. pen., sez. VI, 12 agosto 1997, n. 8107.

[44] Anche per Corte Cost., sent. 11 marzo 1999 n. 69, la l. n. 234 del 1997 era stata voluta «per porre un argine al proliferare di procedimenti penali a carico di pubblici amministratori […] intentati in relazione a scelte e comportamenti rientranti nella sfera della discrezionalità amministrativa», per colpa, non tanto di un reale deficit di determinatezza della struttura astratta della precedente fattispecie, quanto per l'uso patologico di tale fattispecie ad opera della magistratura inquirente e di merito, ampiamente contrastato dalla prevalente giurisprudenza di legittimità.

Similmente Corte Cost., sent. 18 gennaio 2022, n, 8, secondo la quale «Nel risagomare la figura, il legislatore del 1997 aveva agito con il trasparente intento di renderne più nitidi i confini, impedendo, in specie, un sindacato del Giudice penale sull'esercizio della discrezionalità amministrativa. Il riferimento alla "violazione di norme di legge o di regolamento", evocando uno dei vizi tipici dell'atto amministrativo, doveva servire infatti a metter fuori, a contrario, l'eccesso di potere, non menzionato. – Le intenzioni del legislatore hanno dovuto, però, fare i conti con le soluzioni della giurisprudenza, la quale, dopo una fase iniziale di ossequio allo spirito della novella, è virata verso interpretazioni estensive degli elementi di fattispecie, atte a travalicare i rigidi paletti che la novella legislativa aveva inteso fissare e a riaprire ampi scenari di controllo del Giudice penale sull'attività amministrativa discrezionale», attraverso la valorizzazione dell'inosservanza «del generalissimo prin-

Ad un più attento e smaliziato esame, invece, risultava evidente che la riforma del reato di abuso di ufficio operata con la l. n. 234 del 1997 era in realtà una reazione del potere politico alle indagini di Tangentopoli, nelle quali quel reato, con la disciplina introdotta nel 1990, aveva giocato un ruolo determinante, perché, tra l'altro, come si è sopra visto, consentiva all'autorità giudiziaria, nei casi più gravi di tipo affaristico previsti dal comma 2, l'uso sia delle intercettazioni telefoniche sia delle misure cautelari coercitive[45], che avevano permesso un consistente sviluppo delle indagini sino alla scoperta di reati più gravi.

Riducendo il trattamento sanzionatorio alla pena da sei mesi a tre anni di reclusione (con l'aumento di un terzo per la circostanza aggravante comune), nonostante il sostanziale aggravamento del fatto di reato, che per la sua sussistenza richiedeva l'evento di danno ingiusto e il dolo intenzionale, la riforma del reato in esame non

---

cipio di imparzialità della pubblica amministrazione enunciato dall'art. 97 Cost.» e dell'eccesso di potere per sviamento, come parametri normativi per la valutazione dell'abusività della condotta.

In dottrina: Fiandaca, *Verso una nuova riforma dell'abuso di ufficio?*, in *Quest. giust.*, 1996, 315 ss.; Seminara, *sub artt. 323, 324*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, coordinato da Padovani, Torino, Utet, 1996, 248 ss.; Gambardella, *Considerazione sulla "violazione di norme di legge" nel nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 1998, 2335 ss.; Grosso, *Condotte ed eventi del delitto di abuso di ufficio*, in *Foro it.*, 1999, V, c. 331 ss.; De Francescio, *La fattispecie di abuso d'ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, in CE, 1999, 1634 ss.; Manna, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2004, 29 ss.; Parodi Giusino, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2009, 879 ss.; Merli, *Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16 novembre 2012; Id., *Sindacato penale sull'atto amministrativa e abuso d'ufficio*, Napoli, Jovene, 2012; Massi, *Parametri formali e "violazione di legge" nell'abuso d'ufficio*, in *www.archiviopens*, 2019; Merlo, *L'abuso d'ufficio tra legge e Giudice*, Torino, Giappichelli, 2019, 27 ss.; Mattevi, *L'abuso d'ufficio una questione aperta*, cit., 44 ss.; Manes, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Percorsi di parte speciale*, cit., 141 ss.

[45] Secondo Seminara, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in *Studium iuris*, 1997, 1251 ss., la riforma di cui alla l. n. 234, perseguendo «esclusivamente l'obiettivo di delimitare l'azione giudiziaria (negli ultimi anni davvero invadente e pervasiva) nei confronti dei pubblici funzionari», ha creato «una fattispecie dichiaratamente volta alla tutela del "diritto della politica", così da essere «espressiva di un grado di conflittualità tra i poteri dello Stato che non può non condurre alla soccombenza del diritto stesso».

consentiva più la possibilità all'autorità inquirente né di far ricorso al mezzo della ricerca della prova delle intercettazioni telefoniche; né di chiedere le misure coercitive personali.

Per le eventuali esigenze cautelari riscontrate, anche in presenza di gravi distorsioni affaristiche dell'azione amministrativa, il Pubblico ministero poteva richiedere al competente Giudice per le indagini preliminari unicamente la misura interdittiva della sospensione dalle funzioni o dal servizio per la durata non superiore a due mesi, che, per effetto dell'art. 2, comma 1, l. n. 234 del 1997, poteva essere decisa solo dopo che il Giudice aveva interrogato l'indagato: veniva, così, introdotta esclusivamente per l'indagato pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio la garanzia di poter esporre la propria linea difensiva al Giudice prima della sua decisione sulla richiesta di misura avanzata dal Pubblico ministero, che era una tutela difensiva che per ragioni di uguaglianza di fronte alla legge sarebbe stato bene estendere a qualsiasi altro indagato a prescindere dalla sua qualifica.

Merita di essere ricordato che la riforma del reato in esame del 1997 fu sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 447 del 1998, dichiarò:

– «inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 323 del codice penale (Abuso d'ufficio), come sostituito dall'art. 1 della legge 16 luglio 1997, n. 234 (Modifica dell'art. 323 del codice penale, in materia di abuso d'ufficio, e degli artt. 289, 416, 555 del codice di procedura penale), sollevata, in riferimento agli articoli 3 e 97 della Costituzione»;

– «la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 323 del codice penale (Abuso d'ufficio), come sostituito dall'art. 1 della predetta legge n. 234 del 1997, sollevata, in riferimento all'art. 79 della Costituzione»[46].

[46] Secondo i Giudici rimettenti (Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Bolzano e Tribunale di Firenze), il testo dell'art. 323 c.p. introdotto dall'art. 1, l. 16 luglio 1997, n. 234 (Modifica dell'art. 323 c.p. in materia di abuso d'ufficio, e degli artt. 289, 416, 555 c.p.p.), «limitando la punibilità alle condotte di abuso commesse in violazione di norme di legge o di regolamento o in violazione di obblighi di astensione, che procurino intenzionalmente ingiusti vantaggi patrimoniali all'agente o a terzi, ovvero rechino intenzionalmente ingiusto danno ad altri», avrebbero lasciato «sguarnite di sanzione penale condotte altrettanto o più gravemente riprovevoli dal punto di vista sociale, e lesive dei principi di imparzia-

Ad avviso della Corte, le prospettazioni del remittente non erano idonee a fondare una questione di legittimità costituzionale relativamente ad una norma incriminatrice, che si assumeva troppo restrittiva nella individuazione delle condotte punite, al fine di ottenere una pronuncia che estendesse la portata della norma sottoposta al vaglio di costituzionalità.

La Corte sottolineava, difatti, che, ai sensi dell'art. 25, comma 2, Cost., era principio essenziale in campo penale, e garanzia fondamentale per la persona, che non si potesse addebitare a titolo di reato alcuna condotta diversa ed ulteriore rispetto a quelle in tal senso esplicitamente qualificate da una legge in vigore al momento della commissione del fatto.

Per la Corte, esclusivamente il legislatore poteva, «nel rispetto dei principi della Costituzione, individuare i beni da tutelare mediante la sanzione penale, e le condotte, lesive di tali beni, da assoggettare a pena, nonché stabilire qualità e quantità delle relative pene edittali», in forza del principio «nullum crimen, nulla poena sine lege», che si declinava non solo nel principio della riserva di legge in materia penale, ma anche nel principio di determinatezza delle fattispecie penali, diretto ad impedire l'individuazione della condotta incriminata da parte delle valutazioni discrezionali del Giudice, di per sé non prevedibili da parte del destinatario della legge penale (come statuito con la sentenza n. 364 del 1988); e nel divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici.

La Corte precisava che, al di fuori dei confini delle fattispecie di reato, come definiti dalla legge, tornava in vigore il generale divieto di incriminazione, anche qualora fosse stato possibile configurare altre ipotesi di illecito o di responsabilità non penalmente sanzionate, con l'effetto che l'eventuale contestazione mossa al legislatore ordinario di «avere omesso di sanzionare penalmente determinate condotte, in

---

lità e buon andamento della pubblica amministrazione», in tal modo realizzando una disparità di trattamento di situazioni analoghe, sulla base di elementi distintivi irrazionali, ed una disuguaglianza fra i cittadini, con violazione dell'art. 3, comma 1, nonché dell'art. 3, comma 2, Cost.; e dell'art. 97 della Cost. – Ad avviso del solo Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Bolzano, inoltre, la modifica avrebbe violato l'art. 79 della Costituzione, in quanto il legislatore avrebbe, in sostanza, realizzato un'amnistia mascherata, senza i presupposti di ordine procedimentale richiesti dalla norma costituzionale.

ipotesi socialmente riprovevoli o dannose, o anche illecite sotto altro profilo, ovvero di avere troppo restrittivamente definito» la fattispecie incriminatrice, «lasciandone fuori condotte siffatte», non poteva, «in linea di principio, tradursi in una censura di legittimità costituzionale della legge», e ancor meno in una richiesta alla Corte stessa di emettere una pronuncia di "addizione" al contenuto della legge penale scrutinata, anche in riferimento all'ipotetico pregiudizio che poteva «discendere a beni costituzionalmente tutelati, quali, nella specie, l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione», che, secondo il Giudice della legge, erano, «peraltro evocati dall'art. 97 della Costituzione in relazione alla organizzazione dei pubblici uffici».

Osservava, difatti, la Corte che le esigenze costituzionali di tutela non si esaurivano nella eventuale tutela penale, «ben potendo invece essere soddisfatte con diverse forme di precetti e di sanzioni», dovendo l'incriminazione costituire una *extrema ratio*, alla quale il legislatore poteva ricorrere quando, nel suo discrezionale apprezzamento, lo riteneva necessario per l'assenza o la insufficienza o la inadeguatezza di altri mezzi di tutela.

Quanto all'asserita violazione dell'art. 79 Cost., la Corte osservava che l'art. 1 della legge n. 234 del 1997, nel modificare l'art. 323 c.p., aveva ridefinito in senso più restrittivo la fattispecie dell'abuso d'ufficio (tenendo anche conto dei dubbi di insufficiente determinatezza che venivano sollevati sulla fattispecie descritta nel testo previgente) in via stabile e non già in vista di una eccezionale cancellazione di reati già commessi in un determinato periodo di tempo, così che siffatta scelta, non avendo nulla a che fare con una amnistia, mascherata o meno, non violava l'art. 79 della Costituzione[47].

5. *Le modifiche all'art. 323 c.p. disposte con la legge Severino del 2012 e poi con il decreto "Semplificazioni" del 2020*

Seguendo le oscillazioni della politica sullo scottante tema della disciplina dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica ammini-

[47] Corte Cost., sent. 15 dicembre 1998, n. 447.

strazione, tra tendenze repressive c.d. giustizialiste e tendenze permissive c.d. garantiste, il legislatore ordinario è intervenuto altre tre volte sul reato di abuso d'ufficio come riformulato nel 1997.

Con la l. 3 agosto 2009, n. 116 è stata autorizzata la ratifica e si è data piena ed intera esecuzione alla Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata a Medina dall'Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con la risoluzione n. 58/4, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003, che all'art. 13, intitolato "Abuso d'ufficio", impone a ciascuno Stato Parte di esaminare «l'adozione delle misure legislative e delle altre misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale, quando l'atto è stato commesso intenzionalmente, al fatto per un pubblico ufficiale di abusare delle proprie funzioni o della sua posizione, ossia di compiere o di astenersi dal compiere, nell'esercizio delle proprie funzioni, un atto in violazione delle leggi al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un'altra persona o entità».

Sulla base dell'interpretazione sistematica della Convenzione, si comprende facilmente che la condotta definita come "abuso d'ufficio" dovrebbe essere repressa dallo Stato parte perché manifestazione di degenerazione affaristica della funzione pubblica esercitata o della posizione pubblica rivestita dal pubblico ufficiale.

Nella legge di ratifica ed esecuzione non è stata, ovviamente, prevista alcuna norma in materia di "abuso d'ufficio" in quanto era già vigente l'art. 323 c.p., che, nella formulazione della l. n. 234 del 1997, aveva un contenuto che recepiva le indicazioni della Convenzione inerenti le condotte di tipo affaristico, pur configurando il reato come di evento e non di pericolo a dolo specifico, come nella Convenzione, e punendo in più anche le condotte di discriminazione, alle quali la Convenzione invece non fa riferimento.

Successivamente, con l'art. 1 della l. 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. legge Severino, dal nome del Ministro della Giustizia proponente del Governo Monti), si è elevata la pena prevista al comma 1 dell'art. 323 c.p. portandola da un minimo di un anno ad un massimo di quattro anni di reclusione, in modo da consentire all'autorità giudiziaria l'adozione, in presenza di gravi esigenze cautelari, delle misure coercitive diverse dalla custodia in carcere.

Infine, con l'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (convertito dalla l. 11 settembre 2020, n. 120), recante misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale (c.d. decreto "Semplificazioni"), voluto con forza dal secondo governo di Giuseppe Conte, fondato sull'alleanza tra Movimento 5 Stelle, Partito Democratico, LeU e Italia Viva, le parole «di norme di legge o di regolamento», utilizzate dall'art. 323 c.p. per definire la prima delle condotte di abuso tipizzate, sono state sostituite da quelle «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità»[48].

[48] Sulla riforma del 2020: 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 *Sist. pen.*, 17 luglio 2020, 4.1; Gambardella, *Simul stabunt simul cadent – Discrezionalità amministrativa e sindacato del Giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, 2020, 7, 133 ss.; Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen.*, 7-8/2020, 14 ss.; Aprile, *Una riforma in controtendenza: l'abuso d'ufficio «depotenziato»*, in Fidelbo, *Il contrasto ai fenomeni corruttivi. Dalla spazzacorrotti alla riforma dell'abuso d'ufficio*, Torino, Giappichelli, 2020, 441 ss.; Perongini, *L'abuso d'ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2020, 66, che è arrivato ad affermare, dopo un'attenta esegesi, che la modifica del 2020 «rende il reato in questione astrattamente inconfigurabile», per l'estrema difficoltà di definire quali siano le specifiche regole di condotta espressamente previste e da cui non residuino margini di discrezionalità; Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sist. pen. it.*, 20 novembre 2020, 1 ss.; Barletta, Cappellini, *Il sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell'agire pubblico*, in *La legislazione penale.eu*, 18/6/2021, 1 ss.; Bartoli, Pelissero, Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, Giappichelli, 2021, 511 ss.; Castaldo, Naddeo (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Torino, Giappichelli, 2021; D'Avirro, *L'abuso d'ufficio*, Milano, Giuffrè-Lefebre, 2021; Merlo, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, in *Sist. pen. it.*, 1 marzo 2021, 1 ss.; Pisani, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2021, 1, 9 ss.; Ricciarelli, *Il nuovo abuso d'ufficio: un difficile punto di equilibrio*, in *Arch. pen.*, 2021, 2, 1 ss.; B. Romano (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Pisa, Pacini Giur., 2021; Salcuni, *Abuso d'ufficio ed eccesso di potere: "fine di un amore tormentato"?*, cit., 1 ss.; Bottino, *Il conflitto tra il legislatore e la giurisprudenza come causa della "burocrazia difensiva": la responsabilità penale per "abuso d'ufficio" come paradigma*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2022, 2, 241 ss.; Catenacci, *Abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*, in Catenacci (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 167 ss.; Mattevi, *L'abuso d'ufficio. Una questione aperta*, cit., 100 ss.; Ruggiero, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Pisa, Pisa University Press, 2022; Corleto, *La re-*

La formula utilizzata, nel restringere consistentemente lo spettro normativo dell'art. 13 della Convenzione dell'ONU contro la corruzione, sembra riecheggiare l'art. 31 del codice del processo amministrativo (di cui al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), che, nel disciplinare l'azione diretta all'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere, al comma 3 stabilisce che «il Giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione».

Dall'esame del preambolo, dei lavori preparatori e delle dichiarazioni ufficiali che ne hanno accompagnato l'approvazione, si comprende che il decreto "Semplificazioni" ha introdotto un insieme di norme eterogenee, che hanno come comune denominatore la finalità di stimolare la ripresa economica del Paese dopo il blocco delle attività produttive che aveva caratterizzato la prima fase dell'emergenza pandemica, intervenendo in diversi ambiti, quali molteplici semplificazioni di vario ordine per le imprese e per la pubblica amministrazione, la diffusione dell'amministrazione digitale e la ridefinizione della responsabilità degli amministratori pubblici, da un lato, mediante l'esclusione di quella erariale per colpa per un solo anno dall'entrata in vigore del decreto; e dall'altro lato, attraverso la riscrittura, in senso restrittivo, della fattispecie prevista dall'art. 323 c.p., ma solo nella parte inerente all'abuso per violazione di regole di condotta.

Pur non essendo inserita nel titolo del provvedimento, la riforma parziale dell'art. 323 c.p. è richiamata nel preambolo «in modo cursorio ed ambiguo», ossia «con il secco riferimento alla ritenuta

---

sponsabilità penale per abuso d'ufficio dopo il decreto "Semplificazioni": effetti e implicazioni sull'attività degli amministratori pubblici, in *Federalismi.it*, 2023, n. 10, 73, secondo cui «La nuova previsione normativa ambisce […] ad una maggiore connotazione della condotta tipica, incrementando la capacità selettiva della fattispecie legale e garantendo una maggiore prevedibilità delle conseguenze degli illeciti nell'attività amministrativa», ma si risolve, ad un più attento esame, in una «modifica frettolosa e di scarsa fattura: formulata e attuata da un legislatore distratto, poco attento ai dettagli e più preoccupato di restringere la sfera di responsabilità penale degli amministratori, piuttosto che ideare una norma tassativa nei suoi criteri di selezione, normativamente sensata e dai confini non fraintendibili».

«straordinaria necessità e urgenza di introdurre», tra gli altri, «interventi di semplificazione in materia di responsabilità del personale delle amministrazioni», venendo giustificata nella relazione al disegno di legge di conversione A.S.1883, con la mera esigenza «di definire in maniera più compiuta la condotta rilevante ai fini del reato di abuso di ufficio», senza fornire ulteriori precisazioni[49].

Il collegamento tra la modifica settoriale dell'art. 323 c.p. e gli obiettivi di fondo perseguiti con il d.l. si desume, ancor meglio, da quanto detto dal Presidente del Consiglio Conte nella conferenza stampa del 7 luglio 2020 di presentazione del provvedimento, quando espresse il convincimento che la ripresa socio-economica del Paese sarebbe stata facilitata da una più puntuale delimitazione delle responsabilità degli amministratori pubblici, perché la "paura della firma" e la "burocrazia difensiva", indotte dal timore di incorrere ingiustamente in un'imputazione per abuso d'ufficio, si sarebbero tradotte in inefficienza e immobilismo, e, quindi, in un ostacolo al rilancio economico, che avrebbe richiesto, all'opposto, una azione pubblica dinamica ed efficiente[50]: senza, però, spiegare in alcun modo il motivo per il quale la modifica introdotta riguardava unicamente la modalità della condotta per violazione di norme e non quella dell'abuso d'ufficio per violazione dell'obbligo di astensione per conflitto di interessi.

Anche con questi non casuali silenzi, sembra chiaro che la riforma dell'art. 323 c.p. è diretta a cercare di restringere l'ambito di applicazione della fattispecie, che si era affermata per via giurisprudenziale, in modo da "tranquillizzare" i pubblici amministratori[51], molti dei quali, in particolare attraverso l'azione dell'Associazione Nazionale Comuni d'Italia, presieduta da un esponente del PD, da tempo esprimevano vibrate proteste verso le inchieste per abuso d'ufficio sparse un po' in tutta Italia, che avevano investito

---

[49] Corte Cost., sent. 18 gennaio 2022, n. 8.

[50] Bottino, *Il conflitto tra il legislatore e la giurisprudenza come causa della "burocrazia difensiva": la responsabilità penale per "abuso d'ufficio" come paradigma*, cit., 248 ss., ha sostenuto che la «burocrazia difensiva» sia un atteggiamento che si è diffuso tra gli amministratori pubblici in conseguenza delle interpretazioni estensive fornite dalla giurisprudenza dell'art. 323 c.p.

[51] Per riprendere le parole usate da Corte Cost., sent. 18 gennaio 2022, n. 8.

anche Sindaci di importanti Comuni (come Roma, Milano, Torino, Pisa), eletti dal Movimento 5 Stelle o dagli altri partiti della composita maggioranza come pure dai partiti di centro-destra, giungendo a lamentare che, per lo più, i processi per abuso d'ufficio si concludevano con l'assoluzione degli inquisiti, che, per questo, erano stati inutilmente danneggiati nella loro immagine pubblica. Si dimenticava, però, di rilevare, al contempo, che le assoluzioni, nella stragrande maggioranza dei casi erano intervenute o per prescrizione o per mancanza dell'elemento psicologico di dolo intenzionale, assai difficile da provare a dire il vero, come si vedrà più avanti.

Considerando i dati statistici forniti dal Ministero della Giustizia sul reato di abuso d'ufficio, si deve considerare che, al momento della riforma dell'estate del 2020, a fronte di oltre 3.500.000 di dipendenti pubblici (risultanti dall'ultimo censimento permanente delle Istituzioni pubbliche del 2017, pubblicato il 17 dicembre 2019), su una popolazione di oltre 59 milioni di abitanti, si registrava mediamente un numero di procedimenti avviati per tale reato attorno ai 4000 all'anno (ossia pari allo 0,11 dei dipendenti pubblici), a fronte di oltre 3600 condanne e un numero molto più elevato di assoluzioni o di proscioglimenti registrati tra il 1997 e quell'estate del 2020.

Questi numeri, da un lato, denotavano una quantità consistente di cittadini che ritenevano, a torto o a ragione, di aver subito un abuso da parte di un amministratore pubblico; e, dall'altro lato, rivelavano che molto forte era il filtro nell'individuare «i soli fatti meritevoli di repressione penale» effettuato, innanzitutto, dalla magistratura requirente, che era arrivata a presentare richiesta di archiviazione con una media di otto casi su dieci[52]; e, poi, da quella giudicante, particolarmente attenta nel definire le richieste di rinvio a giudizio ricevute dal Pubblico ministero con una sentenza di condanna, che erano state: 117 nel 2016; 111 nel 2017; 98 nel 2018; 104 nel 2019[53].

---

[52] Gatta, *L'annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: tra paura della "firma", esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, cit., 4 ss.

[53] 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?)*, cit., 4.3, ha ricordato che sulla base dei da-

Ora, davanti a questi dati di statistica giudiziaria, appare di facile comprensione che gli atteggiamenti di "burocrazia difensiva" e di "paura della firma" registrati all'interno della pubblica amministrazione, più che essere generati dal timore di essere inquisiti per abuso d'ufficio, sono essenzialmente il frutto della difficoltà degli amministratori pubblici a destreggiarsi tra gli apparati delle norme disciplinanti i poteri loro conferiti e la varietà dei casi loro assegnati senza commettere errori o veri e propri illeciti. È da questa miscela che si sono originate diffuse situazioni di contrasto con gli utenti, i quali, in assenza di adeguati controlli interni all'amministrazione o in presenza di costi elevati per fare ricorso al Giudice amministrativo, hanno preferito rivolgersi all'autorità giudiziaria penale quando hanno avvertito di trovarsi in presenza di condotte assunte da un amministratore pubblico in modo abusivo.

A fronte di un largo malcontento dei cittadini verso l'amministrazione pubblica, oltretutto filtrato con forza dalla magistratura penale facendo applicazione dell'art. 323 c.p. come modificato nel 1997[54], il secondo Governo Conte, con l'art. 23 del d.l. "Semplificazioni", invece di cercare soluzioni al malgoverno meglio semplificando l'azione amministrativa ed adeguatamente responsabilizzando gli agenti pubblici, anche con più adeguati controlli interni, ha preferito fondamentalmente mirare a restringere il sindacato dell'autorità giudiziaria penale sull'attività amministrativa, tentando di espungere quella discrezionale con il pretesto di meglio preservare l'autonomia della pubblica amministrazione[55] e «liberare gli amministratori

---

ti statistici risultava che negli anni 2016/2017 su circa 7000 procedimenti avviati per violazione dell'art. 323 c.p. solo meno di 100 si erano conclusi con la condanna dell'imputato. Per un'attenta analisi dei dati statistici sull'applicazione giudiziaria dell'art. 323 c.p. si veda Garofoli, *La annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: le preoccupazioni dei Sindaci tra PNRR e rilancio della macchina dello Stato*, in *Sist. pen. it.*, 27 marzo 2023, 1 ss.

[54] Gatta, *L'annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: tra paura della "firma", esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, cit., 6 ss.

[55] Ruggiero, *L'abuso d'ufficio fra potere discrezionale e legalità vincolante*, cit., 28 ss., ha evidenziato che la formula usata dal d.l. n. 76 del 2020 «oltre ad importare un'inespressiva sovrastruttura linguistica nuoce al corretto intendimento della realtà giuridica, giacché riduce la "discrezionalità" ad una esangue categoria concettuale dove finiscono per essere sistemate classi di fenomeni assolutamente eterogenei».

pubblici dalla preoccupazione di incorrere in responsabilità penali», sull'assunto, frutto di una visione populistica della pubblica amministrazione, che la paura di prendere decisioni e la tendenza ad assumere atteggiamenti difensivi, avrebbe finito con il rallentare l'efficienza dell'azione complessiva della pubblica amministrazione[56]: come se tutto questo potesse essere il prodotto dei circa 4000 procedimenti penali per abuso d'ufficio avviati mediamente all'anno a fronte delle attività pubbliche esercitate da oltre 3 milioni e mezzo di dipendenti pubblici!

E bisogna riconoscere che gli obiettivi perseguiti dall'alleanza giallorossa sono stati presto raggiunti, perché la riforma del 2020 ha determinato nel 2022 l'archiviazione del 79% dei procedimenti, ossia 3.536 su 4481; una diminuzione del 40% dei procedimenti iscritti nei Tribunali ordinari; la riduzione a 62 condanne (delle quali 35 per patteggiamento), contro le 546 del 1997 e le 104 del 2019[57].

Si deve, inoltre, rimarcare che questo disegno politico è stato sviluppato dalla maggioranza giallorossa, in quel momento alla guida del Paese, in un modo del tutto farisaico, perché con il decreto "Semplificazioni" ha scelto di incidere, esclusivamente, sulla condotta di abuso per violazione delle norme disciplinanti l'esercizio delle attività pubbliche, e non su quella per violazione dell'obbligo di astensione, la cui modifica in senso restrittivo sarebbe stata mal digerita dagli elettori di riferimento. Questi, infatti, essendo in netta prevalenza sostenitori del principio del controllo di legalità sui poteri pubblici da parte della magistratura ordinaria, non avrebbero, di certo, condiviso la modifica, oltre tutto effettuata al preciso scopo di limitare lo spazio di intervento dell'autorità giudiziaria pena-

---

[56] Gambardella, *Simul stabunt simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del Giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, cit., 136, ha ricordato che nel comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 54 del 2020, si diceva che con il d.l. n. 76 «viene definito in modo più puntuale il reato di abuso d'ufficio, affinché i funzionari pubblici abbiano certezza, su quali sono gli specifici comportamenti puniti dalla legge»; Parodi Giusino, *In memoria dell'abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, 2021, 7-8, 72.

[57] Garofoli, *La annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: le preoccupazioni dei Sindaci tra PNRR e rilancio della macchina dello Stato*, cit., 5 ss.; Gatta, *L'annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: tra paura della "firma", esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, cit., 4 ss.

le, di quella che era l'unica fattispecie penale sanzionante l'attività illegittima realizzata per conflitto di interessi da un amministratore pubblico e diretta a produrre degli ingiusti vantaggi patrimoniali o dei danni ingiusti.

La voglia, allora, della maggioranza "giallorossa" di restringere il sindacato penale sui limiti di legalità dell'azione amministrativa esclusivamente in riferimento all'abuso per violazione di regole di condotta, in modo da ridurre il rischio per i pubblici amministratori di essere sottoposti ad indagini, senza, però, toccare la suscettibilità del proprio elettorato verso ogni forma di malaffare per conflitto di interessi, ha finito con il produrre la vigente figura di reato di abuso d'ufficio "biforme", che presenta molteplici aspetti controversi, sui quali ci si soffermerà nelle pagine successive, evidenziando l'interpretazione datane dalla giurisprudenza costituzionale e da quella di legittimità e le principali posizioni espresse dalla dottrina.

Capitolo VII

LA STRUTTURA BIFORME DELL'ABUSO D'UFFICIO DEL 2020

Sommario: 1. Il bene giuridico tutelato dall'art. 323 c.p. – 2. L'elemento oggettivo biforme del vigente reato di abuso d'ufficio. – 3. La prima modalità oggettiva per violazione di regole di condotta. – 4. I parametri di valutazione dell'abusività della condotta per violazione di norme primarie. – 5. Le regole di condotta con margini di discrezionalità. – 6. L'incompetenza come parametro dell'abusività. – 7. L'abusività per violazione di regole di condotta in materia urbanistica.

1. *Il bene giuridico tutelato dall'art. 323 c.p.*

Come rilevato dalla Corte Suprema nelle prime pronunce successive alla riforma del luglio 2020, «la ragion d'essere della figura di reato delineata da una norma di chiusura, come l'art. 323 cod. pen.», va ravvisata nella finalità di assicurare tutela al dovere di adempimento delle pubbliche funzioni con disciplina ed onore, sancito dall'art. 54 Cost., ed ai «valori fondanti dell'azione della pubblica amministrazione, che l'art. 97 della Costituzione indica nel buon andamento e nella imparzialità»[1], nella legalità e nell'accesso all'impiego pubblico mediante concorso.

[1] Cass. pen., sez. VI, 9 dicembre 2020, n. 442; Cass. pen., sez. VI, 9 dicembre 2020, n. 1146; Cass. pen., sez. fer., 17 agosto 2021, n. 42640, secondo la quale l'art. 323 c.p. va inserito «nel quadro della tutela costituzionale di valori di significativo rango, rappresentati dal buon andamento e dall'imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) e dal dovere di adempimento delle pubbliche funzioni con disciplina e onore (art. 54 Cost.)».

Anche con l'attuale formulazione, appare chiaro che l'art. 323 c.p. mira a tutelare:

– sia i valori fondamentali della legalità, del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione[2], unitariamente intesa, e dell'assunzione al pubblico impiego mediante concorso, stabiliti dall'art. 97 Cost., in base ai quali la pubblica amministrazione, ha l'obbligo di effettuare, secondo le modalità legali di esercizio del potere, una valutazione oggettiva degli interessi contrapposti, in modo da evitare discriminazioni o favoritismi[3];

– sia il dovere imposto dall'art. 54 Cost. a coloro ai quali sono affidate funzioni pubbliche di adempierle con disciplina e onore[4].

---

[2] Cass. pen., sez. VI, 24 giugno 1998, n. 10136, per la quale l'interesse garantito dalla norma, «continua a essere il bene giuridico tutelato dall'art. 97 Cost., ossia il buon andamento e l'imparzialità della p.a.»; Cass. pen., sez. VI, 7 maggio 1998, n. 695; Cass. pen., sez. VI, 2 ottobre 1998, n. 11984.

[3] Stortoni, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 133 ss.; Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 351 ss.; Bartoli, Pelissero, Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 512; Benussi, *Art. 323*, in *Codice penale commentato*, a cura di Dolcini, Gatta, Milano, Ipsoa, 2021, 468, per il quale il buon andamento rileva quale interesse alla legalità dell'azione amministrativa nell'ambito della funzione o del servizio svolto; l'imparzialità rileva quale interesse a che l'attività amministrativa non sia improntata ad atteggiamenti preferenziali o discriminatori; D'Avirro, *L'abuso d'ufficio*, cit., 61; Castaldo, Naddeo (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 82, secondo i quali «il nucleo dell'oggetto giuridico […] è rappresentato dal buon andamento, dalla imparzialità e dalla trasparenza cui deve essere improntata l'azione dei pubblici ufficiali, appunto destinatari di poteri da esercitare nell'interesse della pubblica amministrazione»; Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 251; Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale, II*, a cura di A. Rossi, cit., 302, secondo cui «i beni tutelati dall'incriminazione sono rappresentati dal buon andamento e dall'imparzialità della pubblica amministrazione»; Gamberini (a cura di), *Manuale di diritto penale*, cit., 725; Manes, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Percorsi di parte speciale*, cit., 144, secondo cui l'attuale formulazione dell'art. 323 c.p. risultante dalla riforma del 2020 è focalizzata, oggi come ieri, «sulla tutela dei valori del "buon andamento" e dell'"imparzialità" dell'amministrazione (art. 97 Cost.)»; Catenacci, *Abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*, in Catenacci (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 298 ha ritenuto che la configurazione della fattispecie porterebbe a concludere «che bene effettivamente tutelato dalla norma sia propriamente quello della imparzialità della P.A.», intesa come «parità di accesso a risorse e ad oneri di carattere pubblico», che verrebbe leso attraverso «la fraudolenta deviazione dell'attività pubblica a scopi privati».

[4] Ricciarelli, *Il nuovo abuso d'ufficio: un difficile punto di equilibrio*, cit., 4 ss., ha sottolineato che l'art. 323 c.p. si inserisce nell'ambito dei reati contro la pubblica amministrazione, che sono volti «a tutelare un interesse che trova riscontro

L'art. 323 c.p., difatti, da un lato, prevede, come elemento oggettivo del reato, l'esercizio dell'ufficio o del servizio pubblico in contrasto con norme di legge o di atti aventi forza di legge o con l'obbligo giuridico di astensione, che costituisce violazione delle regole costituzionali della legalità e del buon andamento dell'azione pubblica (legislativa, giudiziaria o amministrativa); e dall'altro lato, contempla, come evento del reato, l'intenzionale produzione di un danno o di un vantaggio patrimoniale ingiusto, che comporta la lesione del principio costituzionale dell'imparzialità dell'azione pubblica[5].

Secondo alcuni, soggetto passivo del reato in esame sarebbe esclusivamente il titolare dell'interesse tutelato dalla norma come oggetto giuridico del reato, ossia la pubblica amministrazione, con esclusione di colui che subisca un danno dal reato, che diverrebbe eventualmente danneggiato civile, in quanto «la tutela della imparzialità è una tutela della pubblica amministrazione», e solo indirettamente del privato[6].

E in questa direzione era intervenuta la Cassazione, nei primi tempi dell'entrata in vigore della riforma del 1997, quando, ricalcando i precedenti orientamenti, aveva sostenuto che nel reato in esame la persona offesa sarebbe stata unicamente la pubblica am-

---

nella Costituzione, sia sotto il profilo della tutela del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) sia sotto il profilo del dovere di adempimento delle pubbliche funzioni con disciplina ed onore (art. 54 Cost.). Parimenti Aprile, *Una riforma in controtendenza: l'abuso d'ufficio "depotenziato"*, in Fidelbo, *Il contrasto ai fenomeni corruttivi. Dalla spazzacorrotti alla riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 454.

[5] Così pure D'Avirro, *L'abuso d'ufficio. La legge di riforma 16 luglio 1997 n. 234*, cit., 33 ss.; Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte speciale, I*, cit., 244 ss.

In senso difforme Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 229 ss., ha sostenuto che il bene tutelato è l'imparzialità della pubblica amministrazione (intesa come interesse a che i poteri della pubblica amministrazione non siano adoperati per alterare il diritto alla eguaglianza dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione), in quanto la fattispecie dell'abuso di ufficio «richiede solo un evento di ingiusto vantaggio per sé od altri oppure di ingiusto danno per altri, senza richiedere necessariamente il danno della pubblica amministrazione», elemento che invece avrebbe permesso di configurare anche la lesione del bene del buon andamento.

[6] Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 231.

ministrazione, perché titolare dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice, rappresentato dal buon andamento, dall'imparzialità e dalla trasparenza dell'azione degli agenti pubblici, con la conseguenza che il privato, che aveva subito un danno ingiusto, sarebbe stato un mero danneggiato, legittimato a costituirsi parte civile nel processo penale, ma destinato a rimanere assente nella fase delle indagini preliminari, e quindi non legittimato a proporre opposizione avverso la richiesta di archiviazione eventualmente presentata dal Pubblico ministero nei confronti di soggetto indagato per il reato suddetto[7].

Da tempo, però, si è affermato, sia in dottrina che in giurisprudenza, un diverso e più corretto orientamento, che ha portato a ritenere che il reato in questione ha un contenuto plurioffensivo, quando la condotta illecita si qualifica come prevaricatrice, ossia produttiva di un ingiusto danno, perché in tal caso, oltre a ledere i principi di imparzialità e di buon andamento della pubblica amministrazione, offende, pure, l'interesse del privato a non essere turbato nei suoi diritti costituzionalmente garantiti[8], così che quest'ultimo deve essere considerato soggetto passivo del reato, abilitato a presentare opposizione all'eventuale richiesta di archiviazione avanzata dall'organo requirente[9].

---

[7] Tra le altre: Cass. pen., sez. VI, 15 novembre 1996, n. 3513; Cass. pen., sez. VI, 13 gennaio 1998, n. 17. Da ricordare è pure: Cass. pen., sez. VI, 10 aprile 1997, n. 3967, «Nei reati conto la pubblica amministrazione la persona danneggiata di riflesso dal reato non è l'offeso titolare dell'interesse specifico direttamente protetto dalla norma incriminatrice. In particolare nel delitto di abuso d'ufficio ipotizzato a carico del Pubblico ministero denunciato per aver omesso obbligatorie indagini nei confronti di esponenti politici al fine di recare vantaggio al partito di appartenenza degli stessi, non è persona offesa del reato il rappresentante, penalmente inquisito, di altra coalizione politica, né la coalizione medesima, che assumano di aver tratto un danno da conseguente perdita di consensi in virtù dell'operata discriminazione».

[8] Benussi, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 14 ss.; Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 352.

[9] Cass. pen., sez. VI, 13 marzo 1997, n. 1106; Cass. pen., sez. VI, 11 novembre 1998, Infantino; Cass. pen., sez. VI, 11 novembre 1998, Messineo; Cass. pen., sez. VI, 8 aprile 1999, n. 1236, «Il reato di abuso di ufficio […] sussiste solo se, per effetto di indebita condotta posta in essere mediante un comportamento tipico, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio abbiano effettivamente procurato a sé o ad altri un ingiusto profitto di carattere patrimoniale ovvero abbiano arrecato ad altri un danno ingiusto (di natura non necessariamente patrimoniale). Nell'attuale previsione, pertanto, il reato di abuso di ufficio non si configura come

2. *L'elemento oggettivo biforme del vigente reato di abuso d'ufficio*

Nella formulazione introdotta nel 1997 e poi modificata nel 2020, l'abuso di ufficio è un reato proprio a condotta tipicizzata e causalmente orientata a produrre l'evento ingiusto, perché l'elemento materiale del reato consiste nella violazione delle modalità tipiche di svolgimento delle funzioni o del servizio fissate in modo specifico dall'ordinamento giuridico con norme di legge o di atti aventi forza di legge, che deve essere di per sé idonea a provocare un ingiusto vantaggio patrimoniale per sé o per altri o un danno ingiusto ad altri[10].

Il legislatore si è mosso nella prospettiva di contenere il controllo penale sulle attività dei pubblici amministratori, da un lato, descrivendo le modalità tipiche attraverso le quali la condotta incriminatrice deve produrre l'evento di danno o di vantaggio ingiusto, ossia la violazione di legge o di atto avente forza di legge, ovvero l'inosservanza di un obbligo di astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti; e, dall'altro lato, ristrutturando oggettivamente il reato con il trasformarlo da delitto a consumazione anticipata e a dolo specifico in delitto di azione e di evento e a dolo generico

---

reato formale di mera condotta, finalizzato a realizzare un pregiudizio per il privato, ma quale vero e proprio reato di evento in cui la realizzazione dell'altrui danno ingiusto concreta il momento consumativo del delitto in questione. Ne consegue che il soggetto al quale tale condotta abbia arrecato il predetto danno riveste la qualità di persona offesa dal reato, legittimata, in quanto tale, a proporre opposizione avverso la richiesta di archiviazione del Pubblico ministero ai sensi del combinato disposto degli artt. 408 e 410 c.p.p.»; Cass. pen., sez. VI, 1 aprile 2003, n. 25891, «Nel caso di danno patrimoniale, si è in presenza di un reato plurioffensivo, nel senso che, oltre alla pubblica amministrazione, assume il ruolo di persona offesa anche la persona danneggiata: la quale, nel caso ne abbia fatto richiesta, deve essere avvisata *ex* art. 408 c.p.p. della richiesta di archiviazione presentata dal Pubblico ministero». Viceversa «nel caso di abuso di ufficio con evento di vantaggio patrimoniale, l'interesse tutelato dalla norma è soltanto quello costituito dal buon andamento, dall'imparzialità e dalla trasparenza del comportamento dei pubblici ufficiali. Poiché quindi l'unica persona offesa è la pubblica amministrazione, il denunciante non ha diritto all'avviso *ex* art. 408 c.p.p.»; Cass. pen., sez. VI, 28 novembre 2007, n. 329; Cass. pen., sez. VI, 24 settembre 2008, n. 38135; Cass. pen., sez. VI, 16 dicembre 2010, n. 1231.

[10] Stortoni, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 133 ss.

intenzionale[11], in quanto elementi necessari della fattispecie materiale sono sia la condotta illegittima dell'agente pubblico integrante l'abuso, sia il vantaggio o il danno ingiusto prodotto da quella condotta[12].

La condotta tipica si articola in due modalità alternative:

I) come esercizio delle funzioni o del servizio in violazione di «specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità»[13];

II) come esercizio delle funzioni o del servizio in violazione dell'obbligo di astensione: o in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto; o negli altri casi prescritti.

Si deve sin da subito rilevare che dalla lettura della norma risultante a seguito della modifica parziale effettuata dal decreto "Semplificazioni" solo in riferimento alla prima modalità, emerge abbastanza chiaramente che le due modalità della condotta presentano delle diversità marcate in riferimento tanto all'oggetto della condotta, quanto alle fonti del diritto che regolano la condotta considerata, nonostante i due tipi di condotta, all'interno della medesima fattispecie penale, debbano essere idonee a produrre lo stesso evento ingiusto ed abbiano lo stesso disvalore, con il risultato, messo in luce da Padovani, che la riforma del 2020 ha dato origine ad «una curiosa configurazione normativa», che può definirsi un «ircocervo»[14].

3. *La prima modalità oggettiva per violazione di regole di condotta*

Iniziando l'esame dell'elemento oggettivo del reato dalla condotta realizzata in violazione di regole specifiche di comportamento, si precisa che l'inciso «violazione di specifiche regole di condotta

[11] Cass. pen., sez. II, 4 dicembre 1997, n. 1279.

[12] Cass. pen., sez. VI, 27 aprile 1998, Celico.

[13] La nuova formula sembra riecheggiare la distinzione tra "principi" e "regole" fatta in relazione alla fattispecie del 1997 da Manes, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro it.*, 1998, II, 392.

[14] Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 10.

espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge» indica quale sia la fonte del diritto contenente la norma che, in modo specifico, definisce il contegno che deve essere, nel caso concreto, assunto dall'agente pubblico nell'esercizio della funzione o del servizio svolto, così da esprimere un concetto più ampio di quello contenuto nell'espressione «violazione di legge» utilizzata per individuare i vizi di validità dell'atto amministrativo, ossia la violazione di legge, l'incompetenza e l'eccesso di potere, rispettivamente dagli artt. 26 r.d. n. 1054 del 1924 (t.u. C. di S.), 2, l. n. 1034 del 1971 (l. TAR), 21 *octies* l. n. 241 del 1990 come succ. mod., l'art. 29 del codice del processo amministrativo (di cui al d.lgs. n. 104 del 2010)[15].

L'espressione introdotta dal legislatore nel 2020, a correzione di quella del 1997, definisce il parametro normativo di valutazione dell'abusività della condotta del soggetto attivo del reato, facendo riferimento alle fonti del diritto di produzione delle norme, che consistono unicamente nella legge o nell'atto avente forza di legge[16], e che disciplinano in modo cogente l'esercizio delle funzioni e dei servizi pubblici da parte dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio. Ovviamente, il riferimento del sintagma introdotto dal decreto "Semplificazioni" all'art. 323 c.p. è riferibile anche alla legge regionale e a quella delle Provincie autonome di Trento e di Bolzano, che sono atti aventi forza di legge, come si desume dall'art. 117 Cost. e dallo Statuto autonomo del Trentino Alto Adige[17].

---

[15] Così Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 239 ss.; e nello stesso senso: Gambardella, *Il controllo del Giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2002, 44; Seminara, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 1251 ss. In senso contrario: Leoni, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, Padova, Cedam, 1998, 52; Manna, *Luci e ombre nella nuova fattispecie di abuso d'ufficio*, in *Ind. pen.*, 1998, 13 ss.; Benussi, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 35, che hanno ritenuto che l'espressione usata nell'art. 323 c.p. coincida con il vizio tipico dell'atto amministrativo.

[16] Corleto, *La responsabilità penale per abuso d'ufficio dopo il decreto "Semplificazioni": effetti e implicazioni sull'attività degli amministratori pubblici*, cit., 74, ha osservato che «la violazione di regole di condotta previste da "atti aventi forza di legge" rappresenta una casistica superflua già ricompresa nell'attuale "violazione di legge", nonché nel sintagma "violazione di norme di legge" della precedente formulazione», così che «non si coglie la portata innovativa della suddetta precisazione normativa».

[17] Cass. pen., sez. III, 21 febbraio 2023, n. 17397 con specifico riguardo alle leggi regionali.

Il parametro normativo per la valutazione della regolarità della condotta del pubblico amministratore costituisce un presupposto di fatto per l'integrazione del delitto in discussione, nel senso che il contenuto proprio della regola violata viene non cristallizzato una volta e per sempre con rinvio recettizio, ma richiamato dall'art. 323 c.p. in modo non recettizio, per determinare la legittimità o meno del comportamento dell'agente pubblico al momento della realizzazione del reato, che si consuma con il verificarsi dell'evento ingiusto.

L'individuazione della norma di fonte primaria, disciplinante l'attività pubblica svolta, deve, perciò, essere effettuata dall'interprete in riferimento al momento in cui si svolge l'attività, applicando la disciplina in quel frangente in vigore, che regola l'esercizio della funzione pubblica o del servizio pubblico oggetto di contestazione, che ha prodotto l'ingiusto vantaggio patrimoniale per sé o per altri o l'ingiusto danno ad altri, al punto che non rileva in alcun modo l'abrogazione sopravvenuta della disposizione di legge o di atto avente forza di legge disciplinante l'attività pubblica esercitata[18].

Logico corollario di questa asserzione è la conseguenza che, nel caso di una modificazione successiva alla commissione del reato della regola di diritto pubblico richiamata dall'art. 323 c.p. per parametrare la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio causativa dell'evento ingiusto, non si applicano i principi sulla successione di leggi penali enunciati dall'art. 2 c.p., perché la nuova legge di riferimento non comporta alcuna variazione di valutazione in relazione alla fattispecie legale astratta disegnata dalla norma incriminatrice e al suo significato di disvalore (rimanendo immutato il presupposto della violazione di legge), ma introduce una nuova disciplina dell'attività pubblica considerata, andando ad incidere sulla concreta applicazione futura della stessa norma incriminatrice, nel senso che la sussistenza del requisito della violazione di legge va verificata alla luce della nuova regola[19].

---

[18] Cass. sez. VI, 7 aprile 2005, n. 18149.

[19] Così: Cass. pen., sez. VI, 15 gennaio 2003, n. 10656, che ha pure sostenuto che la norma di diritto pubblico richiamata dall'art. 323 c.p. «non si incorpora nella norma penale e non va ad integrare la relativa fattispecie», con l'effetto che «la sussistenza di tale requisito di fatto deve essere ricercata nel momento stesso del reato e la valutazione del Giudice non può che essere rapportata al contenuto che quella rego-

In una delle prime pronunce successive alla riforma del 2020, la Cassazione ha messo in rilievo che la modifica dell'art. 323 c.p., con il definire l'illiceità della condotta con il richiedere la violazione, non più di indeterminate norme di legge o di regolamento come era nella formulazione del 1997, ma di «specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità», richiede che il comportamento dell'agente pubblico, assunto nell'effettivo esercizio delle funzioni o del servizio, per essere penalmente rilevante, sia contraddistinto dalla inosservanza di regole cogenti per l'azione amministrativa, specificamente fissate o dalla legge o da atti aventi forza di legge, in termini così completi e puntuali da non far residuare margini di discrezionalità.

Dalla formulazione della norma sembra palese che l'abuso d'ufficio si sostanzia necessariamente nell'esercizio della funzione pubblica o del servizio pubblico in violazione di specifiche regole di condotta dettate da norme di legge o di atti aventi forza di legge, «formulate in termini da non lasciare alcun margine di discrezionalità all'agente»[20], dovendo la regola di condotta riguardare «le modalità

---

la possedeva al tempo in cui il reato fu commesso». Nello stesso senso sono, poi, intervenute: Cass. pen., sez. VI, 13 febbraio 2006, n. 22242; Cass. pen., sez. VI, 9 novembre 2006, n. 41365, che ha altresì affermato che «l'apprezzamento da parte del Giudice di merito, della violazione di legge costituente il presupposto del reato di cui all'art. 323 c.p. è questione di mero fatto, la cui valutazione è censurabile in sede di giudizio di legittimità sotto il profilo esclusivo del vizio di motivazione, e non già sotto quello di cui all'art. 606, co. I, lett. b), c.p.p.)» (cfr. violazione di legge).

In materia di governo e dell'assetto del territorio, Cass. pen., sez. VI, 7 aprile 1998, n. 4707, ha affermato che, nel caso in cui l'abuso di ufficio sia stato contestato al componente di una Commissione edilizia comunale, che aveva espresso parere favorevole al cambio di destinazione di un immobile realizzato in mancanza della concessione edilizia, è irrilevante il fatto che il fabbricato avesse successivamente ottenuto la concessione edilizia in sanatoria, in quanto «l'ingiustizia del vantaggio deve essere valutata con riferimento alla situazione esistente all'epoca della condotta, conformemente alla ratio della norma che è diretta ad assicurare la retta applicazione della legge al momento delle scelte discrezionali del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio».

[20] Cass. pen., sez. VI, 17 febbraio 2022, n. 13136, dove si è posto in risalto che «il delitto di abuso di ufficio per violazione di legge, in conseguenza delle indicate modifiche introdotte nell'art. 323 c.p., è ora configurabile solamente nei casi in cui la violazione da parte dell'agente pubblico abbia avuto ad oggetto "specifiche regole di condotta" e non anche regole di carattere generale; solo se tali specifiche

di esercizio della funzione pubblica o del servizio», in modo da reputare penalmente irrilevanti «qualsiasi irregolarità formale a prescindere dall'esistenza di un nesso funzionale con l'attività espletata dall'agente»[21].

Così inteso, il reato può avere ad oggetto, indifferentemente, il compimento di atti di amministrazione attiva, la predisposizione del provvedimento decisorio[22], la formulazione di richieste o di proposte, l'emissione di pareri[23], la tenuta di una condotta meramente materiale o il compimento di atti di diritto privato, dimodocché, mancando l'elemento dell'esercizio del potere[24], è da escludere la confi-

---

regole sono dettate "da norme di legge o da atti aventi forza di legge" […]; e, in ogni caso, a condizione che le regole siano formulate in termini da non lasciare alcun margine di discrezionalità all'agente, restando perciò esclusa l'applicabilità della norma incriminatrice laddove quelle regole di condotta rispondano in concreto, anche in misura marginale, all'esercizio di un potere discrezionale (in questo senso, tra le altre, sez. 6, n. 8057 del 28 gennaio 2021, Asole, Rv. 280965; sez. 6, n. 442 del 9 dicembre 2020, dep. 2021, Garau, Rv. 280296)».

[21] Manes, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Percorsi di parte speciale*, cit., 144.

[22] Cass. pen., sez. VI, 25 febbraio 2021, n. 10067, «In tema di abuso di ufficio, possono assumere rilievo anche i comportamenti e le attività preparatorie rispetto all'atto tipico che integra il reato. (Fattispecie relativa alla violazione dell'obbligo di astensione da parte di una Dipendente comunale che, pur non essendo la responsabile del servizio o la titolare del potere di firma del provvedimento finale, gestiva di fatto, in via esclusiva, le pratiche di finanziamento mediante la predisposizione dei provvedimenti per il dirigente)».

[23] Cass. pen., sez. fer., 25 agosto 2020, n. 32174, secondo la quale il reato «è configurabile anche con riferimento ad atti del procedimento amministrativo privi di rilevanza esterna (come i pareri anche non vincolanti), cui possono assimilarsi gli atti di mero impulso politico…, essendo tali atti idonei ad arrecare un danno o un ingiusto profitto, attraverso il concorso con l'atto esterno». Come pure può integrare il reato l'atto «interno al procedimento amministrativo, non rilevando la circostanza che il provvedimento definitivo sia emesso da altro pubblico ufficiale», come nel caso di rilascio di autorizzazione per la realizzazione di un alloggio antisismico temporaneo, la cui istruttoria era sta illecitamente svolta da un professionista esterno che sostituiva il tecnico comunale, mentre il relativo titolo edilizio era stato emesso dal Sindaco.

[24] Ad es. Cass. pen., sez. VI, 11 novembre 2021, n. 1606, ha ritenuto non configurabile il reato *ex* art. 323 c.p. come novellato «nel caso in cui il Responsabile unico del procedimento autorizzi il subappalto dei lavori omettendo di vigilare sull'esistenza di un conflitto di interessi tra l'affidatario delle opere e la società subappaltatrice, conseguente all'assetto societario di quest'ultima, atteso che, da un lato, né l'art. 10, co. 2, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 né l'art. 10, co. 1, lett. r), d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207 prevedono detta verifica tra i compiti del Responsabile del

gurabilità del reato[25], come quando l'agente pubblico agisca del tutto al di fuori dell'esercizio della funzione o del servizio[26].

Richiamando la locuzione «nello svolgimento della funzione o del servizio», l'art. 323 c.p. richiede che l'agente pubblico realizzi la condotta illecita operando nel suo ruolo di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio, rimanendo, invece, privi di rilievo penale quei comportamenti, che, anche se posti in violazione del dovere di correttezza, siano tenuti come soggetto privato senza servirsi in alcun modo dell'attività pubblica svolta[27].

Si è, perciò, statuito che per l'integrazione del presupposto dello «svolgimento delle funzioni o del servizio», si richiede che la condotta abusiva sia realizzata attraverso l'esercizio del potere pubblico attribuito all'agente, con conseguente esclusione del reato quando questi agisca senza servirsi in alcun modo della funzione svolta o del servizio espletato ovvero quando la condotta sia soltanto occasionata dallo svolgimento delle funzioni o del servizio, integrando i comportamenti non correlati all'attività funzionale o di servizio una mera violazione del dovere di correttezza, irrilevante ai sensi dell'art. 323 c.p., anche se realizzati in contrasto di interessi con l'attività istituzionale[28].

---

procedimento e, dall'altro, alcun onere di comunicazione alla stazione appaltante è espressamente previsto al riguardo a carico della detta ditta appaltatrice».

[25] Cass. pen., sez. VI, 2-18 ottobre 2013, n. 42836.

[26] Cass. pen., sez. VI, 25 febbraio 1998, n. 5118.

[27] Cass. pen., sez. VI, 4 novembre 2008, n. 6489. In dottrina Catenacci, *Abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*, in Catenacci (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 170 ss., ha sottolineato che il fatto di reato deve essere espressione del potere pubblico «nel cui ambito l'autore è inserito ed opera», in modo da considerare rilevanti solo quelle condotte «che si caratterizzano, da una parte, per l'attualità dell'ufficio svolto, dall'altra per l'oggettiva inerenza o pertinenzialità del comportamento rispetto all'ufficio medesimo, così da doversi escludere quei comportamenti che trovino nell'ufficio ricoperto la "mera occasione"».

[28] Cass. pen., sez. VI, 17 febbraio 2022, n. 14721, ha escluso «la sussistenza del reato in capo ad un Consigliere comunale che aveva assunto un incarico professionale presso un'azienda municipalizzata; la condotta di abuso dell'*intraneus* era stata contestata e accertata in sede di merito con riferimento alla sola violazione da parte del pubblico ufficiale di una norma comportamentale, posta a tutela del principio di imparzialità e di buona amministrazione, per prevenire conflitti di interessi tra l'attività istituzionale dei Consiglieri comunali e quella privata che questi potrebbero svolgere con incarichi e consulenze affidati da enti o istituzioni dipendenti o comunque sottoposti al controllo ed alla vigilanza del relativo Comune. Si trattava dunque di una condotta che non coinvolgeva da parte dell'*intraneus* lo svolgimento della sua attività funzionale pubblica».

Pertanto, non integra neppure tentativo di abuso d'ufficio, come si è visto nel capitolo III, la condotta del Parlamentare che, mediante articolate ed insistenti raccomandazioni, ha sollecitato altri pubblici ufficiali a compiere atti di competenza del loro ufficio, in quanto l'abuso contemplato dall'art. 323 c.p. si realizza attraverso l'esercizio del potere per scopi diversi da quelli imposti dalla natura della funzione attribuita, che, nel caso di quella legislativa, si estrinseca unicamente negli atti tipici svolti dal Parlamentare all'interno degli organi dell'Istituzione o dei Gruppi, ma non anche in altre attività, sebbene alle prime latamente connesse[29].

La fattispecie contemplata dall'art. 323 c.p. è un reato commissivo (o di azione) a forma vincolata, perché la norma indica le modalità con le quali l'azione deve estrinsecarsi, consistenti in un uso non legittimo del potere pubblico causalmente idoneo a produrre l'evento ingiusto.

Quindi, sia che l'azione amministrativa si estrinsechi in un atto, sia che si manifesti in un fatto, in ogni caso è l'illegittimità dell'atto o del fatto a integrare l'elemento costitutivo della fattispecie, che consiste nella strumentalizzazione oggettiva dell'ufficio, inteso come il complesso delle facoltà e dei poteri di compiere un atto o un'azione giuridica tesi a soddisfare un interesse pubblico.

Detto altrimenti, l'abuso è ontologicamente l'illegittimità dell'uso del potere di azione giuridica causalmente orientato alla realizzazione dell'evento illecito[30], ossia è lo «sviamento del potere dal perseguimento dei fini pubblici, per i quali è assegnato, verso le finalità private tipizzate nell'art. 323 c.p.»[31], come evento del reato.

---

[29] Cass. pen., sez. VI, 9 gennaio 2013, n. 5895.

[30] Manzione, *Le forme di manifestazione della condotta*, in Aa.Vv., *Modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, Giuffrè, 1997, 3 ss.; Russo, *La violazione di legge e di regolamento*, ivi, 21 ss.

[31] Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 240 ss. Nello stesso senso D'Avirro, *L'abuso d'ufficio. La legge di riforma 16 luglio 1997 n. 234*, cit., 39 ss. che ha osservato che il presupposto della condotta di abuso di ufficio, ossia l'esercizio delle funzioni o del servizio, permette di ricomprendere nella fattispecie penale ogni «trasgressione di un dovere inerente all'ufficio o al servizio, che si può concretare in un atto o in un comportamento illegittimo». Parimenti Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 253 ss., per il quale l'abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p. è un abuso di poteri, che «postula l'effettiva contestuale presenza

Si deve precisare che l'ambito applicativo dell'attuale testo dell'art. 323 c.p. non si può far coincidere con la sola violazione delle specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atto avente forza di legge senza che residuino margini di discrezionalità, perché proprio la modifica del reato di abuso d'ufficio effettuata prima nel 1997 e poi nel 2020 è diretta ad evitare un'indebita sovrapposizione tra vizio dell'atto amministrativo e area di rilevanza criminale, nell'ottica del rispetto del principio di sussidiarietà del diritto penale. E, difatti, ai fini della configurabilità del reato si richiede, sul piano oggettivo, che, in conseguenza della suddetta violazione, l'agente procuri, per sé o per altri, un vantaggio patrimoniale o ad altri un danno, che non spettano per l'ordinamento giuridico[32].

Nella giurisprudenza di legittimità si è, perciò, radicato l'orientamento, condiviso da autorevole dottrina[33], di ritenere che, essendo il reato di cui all'art. 323 c.p. causalmente orientato alla produzione di un evento di danno o di vantaggio patrimoniale ingiusto, occorre che la norma violata non si limiti a dettare norme di principio o genericamente strumentali alla regolarità dell'attività amministrativa[34], ma vieti con precisione il comportamento sostanziale dell'agente pubblico, nel senso di essere dotata di uno specifico contenuto prescrittivo, tale da incidere, direttamente ed immediatamente, sulla decisione finale[35], «non potendosi annettere rilevanza […] a disposizioni genericamente strumentali alla regolarità del servizio»[36]:

---

dei poteri…» e «deve inerire causalmente all'attività propria del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio. e al suo concreto esercizio».

[32] Cass. pen., sez. VI, 31 maggio 2022, n. 26625.

[33] Secondo Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 253 ss. per la configurazione della fattispecie di cui all'art. 323 c.p. «è essenziale la violazione di norme che abbiano un determinato rango formale e prescrivano modalità proprie delle attività della pubblica amministrazione, che vincolino il pubblico agente ad un dato contegno», disciplinando «espressamente funzioni e servizi, esigendone lo svolgimento entro un dato termine e/o con date modalità, nel rispetto dei diritti e legittimi interessi di terzi», non apparendogli però sufficiente la mera violazione di principi generali «cui pure deve conformarsi la pubblica amministrazione». Così pure: Parodi Giusino, *In memoria dell'abuso d'ufficio*, cit., 67 ss.

[34] Cass. pen., sez. II, 27 gennaio 1998, n. 877; Cass. pen., sez. VI, 11 ottobre 2005, n. 12769.

[35] Cass. pen., sez. VI, 13 febbraio 2006, n. 22242.

[36] Cass. pen., sez. VI, 24 settembre 2001, n. 45261.

la violazione della norma comportamentale deve essere in grado di determinare la lesione di posizioni soggettive sostanziali mediante la produzione di un evento ingiusto[37], dovendo sempre sussistere «un nesso di derivazione causale o concausale tra la violazione […] posta in essere dall'agente, e l'evento»[38].

Così ragionando, appare necessario verificare che la norma di legge o di atto avente forza di legge violata sia intrinsecamente dotata di un «sufficiente livello di significatività sul piano del disvalore criminale», nel senso di essere «specificamente orientata a vietare il comportamento sostanziale del soggetto pubblico e abbia un qualche riflesso sul contenuto dispositivo della determinazione finale».

All'interprete, perciò, si impone l'effettuazione di, un'indagine di tipo contenutistico-funzionale sul disposto della norma trasgredita, diretta a controllare, da un lato, se la sua violazione sia stata in grado di alterare gli effetti giuridici che, in base alla fattispecie normativa di conferimento del potere, il provvedimento adottato è tipicamente destinato a produrre all'esterno; dall'altro lato, se a tale

---

[37] Cass. pen., sez. VI, 28 aprile 1999, n. 9961, «In tema di abuso di ufficio, vengono in rilievo solo le violazioni di norme che si trovino in diretto rapporto causale con il vantaggio o il danno previsti dall'art. 323 c.p., norme che, essendo specificamente orientate a vietare il comportamento sostanziale del soggetto pubblico, dispiegano i loro effetti su posizioni soggettive. Non integrano pertanto l'elemento materiale del delitto sopra indicato quei comportamenti che si sostanziano nell'inosservanza di norme procedurali, destinate a svolgere la loro funzione solo all'interno del procedimento senza incidere sulla fase decisoria di composizione del conflitto di interessi materiali, oggetto della valutazione amministrativa».

[38] Cass. pen., sez. VI, 4 marzo 1999, n. 6274. Si veda pure Cass. pen., sez. VI, 24 settembre 2001, n. 45261, «In materia di abuso di ufficio, la condotta del p.u. o dell'incaricato di pubblico servizio che risulti lesiva del buon funzionamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa rileva alla duplice condizione che contrasti con norme specificamente mirate ad inibire o prescrivere la condotta stessa…, e che dette norme presentino i caratteri formali ed il regime giuridico della legge […] (Fattispecie nella quale è stata esclusa la sussistenza del reato per il fatto dell'agente postale che aveva accettato e spedito una raccomandata oltre l'orario di lavoro: la Corte ha escluso la pertinenza delle norme generali di cui agli artt. 13 e 14 d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3 sul rispetto dell'orario di lavoro e sull'interesse dell'amministrazione per il pubblico bene, nel contempo rilevando come il «Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni», formalizzato con DPCM 28 novembre 2000 e specificamente preclusivo di prestazioni non accordate alla generalità degli utenti, non sia stato emanato nelle forme previste per i regolamenti governativi dall'art. 17 della l. 23 agosto 1988, n. 400)».

norma possa essere attribuita anche una finalità sostanziale di tutela degli interessi pubblici e privati compresenti nella fattispecie oggetto della decisione amministrativa.

Difatti, solo l'accertamento di un'effettiva relazione tra la condotta assunta in violazione di specifiche regole (previste dalla legge o da atto avente forza di legge senza che residuino spazi di discrezionalità) e l'evento finale realizzatosi permette di poter considerare «l'evento come conseguenza naturale e adeguata, e non già fortuita o accidentale, della violazione di legge commessa dal pubblico funzionario»[39].

4. *I parametri di valutazione dell'abusività della condotta per violazione di norme primarie*

Si deve prestare attenzione sulla circostanza che la riformulazione della figura di reato, operata prima con la l. n. 234 del 1997 e poi con il d.l. n. 76 del 2020, ha cercato di superare i limiti della descrizione della fattispecie delineata nella l. n. 86 del 1990, nella quale l'elemento costitutivo consisteva nell'avere l'agente pubblico abusato dell'ufficio, che era una condotta «la cui concreta individuazione restava affidata alla previa ricostruzione, non semplice e forzatamente priva di adeguata certezza, delle linee caratterizzanti l'uso (corretto e fedele) dell'ufficio, quale parametro di valutazione della sospetta parzialità»[40].

Con l'attuale formula normativa, invece, il parametro di valutazione del carattere abusivo della condotta è stato configurato con più precisione, tipicizzandolo nella violazione degli specifici precetti comportamentali dai quali non residuino spazi di discrezionalità e contenuti esclusivamente nella legge e negli atti aventi forza di legge, che sono due categorie di atti produttivi di regole espressamente richiamati per il loro carattere di maggior valore formale e di maggiore certezza rispetto alle altre fonti subordinate.

L'elemento costitutivo dell'abuso d'ufficio per violazione di re-

[39] Cass. pen., sez. VI, 30 settembre 1998, n. 1207.
[40] Cass., sez. VI, 2 ottobre 1998, n. 11984.

gole di condotta, pertanto, oggi consiste, in modo tassativo, unicamente nella violazione di norme emanate con atti che abbiano i caratteri formali e il regime giuridico o della legge o dell'atto avente forza di legge, che sono le uniche fonti del diritto idonee a stabilire, *ex* art. 323 c.p., le regole di gestione degli interessi pubblici che il pubblico amministratore deve rispettare, per non incorrere nella responsabilità penale.

Sembrerebbe, allora, che il decreto Semplificazione abbia voluto escludere le fonti del diritto di tipo regolamentare dall'alveo della fattispecie in esame come parametri di valutazione dell'abusività della condotta dell'agente pubblico, nonostante i regolamenti, soprattutto a seguito dell'affermarsi della tendenza a delegificare l'attività della pubblica amministrazione[41], siano le fonti che maggiormente regolano l'azione amministrativa[42] in modo specifico, determinato e cogente[43], così che l'eliminazione del riferimento ai rego-

---

[41] Aprile, *Una riforma in controtendenza: l'abuso d'ufficio "depotenziato"*, in Fidelbo, *Il contrasto ai fenomeni corruttivi. Dalla spazzacorrotti alla riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 449.

[42] Bartoli, Pelissero, Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 517, hanno rilevato che «desta forti preoccupazioni» l'esclusione della rilevanza dei regolamenti, «in quanto l'azione delle amministrazioni pubbliche è disciplinata molto spesso da queste fonti». Nello stesso senso: 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?)*, cit., 4.1, che ha rimarcato che «il buon andamento della p.a. non può essere tutelato efficacemente se si consente di violare impunemente, con dolo intenzionale di ingiusto profitto patrimoniale o di danno ingiusto, i regolamenti che le amministrazioni si danno», perché proprio nei regolamenti, soprattutto quando sono il frutto di processi di delegificazione, «si rinvengono […] regole di condotta espresse e specifiche, relative alla funzione o al servizio esercitato in una determinata amministrazione pubblica e, pertanto, più vicine al caso concreto e capaci di orientare e uniformare l'operato degli amministratori»; Insolera, *Quod non fecerunt Barberini fecerunt Barbari. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76*, in *disCrimen*, 31 luglio 2020, 2; Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sist. pen.*, 2021, 7; Merlo, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, cit., 4; Manes, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Percorsi di parte speciale*, cit., 145.

[43] Corleto, *La responsabilità penale per abuso d'ufficio dopo il decreto "Semplificazioni": effetti e implicazioni sull'attività degli amministratori pubblici*, cit., 75, ha rimarcato che è «irragionevole eliminare drasticamente fonti che, seppur secondarie, sono dotate di specificità, determinatezza e assoluta cogenza relativamente a specifici settori dell'attività amministrativa».

lamenti sarebbe profondamente contraddittoria e sbagliata rispetto all'obiettivo «di politica criminale perseguito, perché è ben noto che la specificazione delle regole generali e la loro puntuale ed espressa descrizione avviene, nella maggior parte dei casi, proprio attraverso i regolamenti»[44], tanto che Catenacci è giunto a definire tale esclusione una «irragionevole compressione», «una cieca ed irragionevole «amputazione» della figura di reato, «tale addirittura da lanciare il messaggio […] di sostanziale *lassaiz faire* ai pubblici amministratori assai pericoloso dal punto di vista della tenuta dell'etica pubblica», a causa del ruolo fondamentale che le fonti secondarie rivestono per la disciplina dell'azione amministrativa[45].

Ritenendo pienamente fondate queste osservazioni, si condivide l'orientamento espresso dalla Cassazione, che, pur riconoscendo che la novella ha limitato lo spettro applicativo dell'art. 323 c.p. in riferimento al parametro di valutazione della condotta con l'esclusione della «rilevanza della violazione di norme contenute all'interno di regolamenti», ha, comunque, statuito che la norma di legge costituente il parametro di valutazione «nell'ambito della tipicità della fattispecie di cui all'art. 323 cod. pen.», si conforma ai canoni della tipicità e della tassatività propri del precetto penale, anche quando, per la specificazione tecnica del precetto comportamentale da essa stessa compiutamente definito, faccia rinvio a norme sub-primarie emanate in forza della legge, ed usate, quindi, come norme interposte[46].

---

[44] Parodi Giusino, *In memoria dell'abuso d'ufficio*, cit., 87, così pure Ricciarelli, *Il nuovo abuso d'ufficio: un difficile punto di equilibrio*, cit., 7.

[45] Catenacci, *Abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*, in Catenacci (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 172 ss.

[46] Cass. pen., sez. VI, 16 febbraio 2021, n. 33240, che ha considerato l'art. 45 reg. com. norma specificante dell'art. 7, comma 6, d.lgs. n. 165 del 2001, nella parte in cui spiegava cosa dovesse intendersi per comprovata specializzazione universitaria ai fini della individuazione degli esperti ai quali potevano essere conferiti incarichi dal Comune. La sentenza è stata positivamente accolta da Amato, *Non sussiste irrilevanza penale se il potere discrezionale è distorto*, in *Guida dir.*, 2021, 49/50, 96 ss.; Natalini, *Prosegue lo sforzo interpretativo da parte dei Giudici della Cassazione*, ivi, 91 ss. Si tenga presente, però, che questo orientamento non è stato ripreso successivamente da Cass. pen., sez. VI, 17 febbraio 2022, n. 13136, che ha escluso la rilevanza per l'integrazione della violazione di norme «fissate da meri regolamenti ovvero da altri atti normativi di fonte subprimaria».

Detto in altre parole, il regolamento, quando sia richiamato da una norma di legge o di atto avente forza di legge per specificare tecnicamente il precetto comportamentale compiutamente definito per l'agente pubblico dalla stessa norma primaria, divenendo norma integrativa mediata di quella primaria costituente parametro di valutazione della condotta di quell'agente, può a sua volta essere rilevante per l'integrazione della fattispecie prevista dall'art. 323 c.p., senza violare in alcun modo i principi della tipicità e della tassatività del precetto penale espressi dalla riserva di legge in materia penale, stabilita dall'art. 25 Cost.[47].

Secondo la migliore dottrina[48], infatti, tale riserva deve essere intesa come solo tendenzialmente assoluta, in modo da ammettere, per la definizione della fattispecie penale, il rinvio a norme regolamentari «abilitate a introdurre mere "specificazioni tecniche" di uno

---

[47] In dottrina, questa interpretazione è condivisa da Salcuni, *Abuso d'ufficio ed eccesso di potere: "fine di un amore tormentato"?*, cit., 1 ss., secondo il quale il rinvio operato dalla legge ad un atto sotto-ordinato per la specificazione del contenuto della condotta fissata dalla legge «soddisfa i requisiti della specificità e della espressa previsione legislativa» imposti dalla nuova formulazione dell'art. 323 c.p. introdotta dal decreto "Semplificazioni".

Si ricorda che prima della riforma del 2020, Cass. pen., sez. VI, 16 ottobre 2012, n. 43476, aveva precisato che i regolamenti richiamati nell'art. 323 c.p. erano «quelli adottati secondo il modello previsto dalla legge 23 agosto 1988, n. 400, e quelli che trovino fondamento in ogni altra disposizione di legge che attribuisca ad un organo il potere di adottare atti amministrativi a carattere generale». Nello stesso senso si vedano: Cass. pen., sez. VI, 16 ottobre 2012, n. 43476, per la quale integrava «la condotta di abuso d'ufficio la violazione delle prescrizioni dettate dal comandante del porto di Barletta attinenti alla sicurezza portuale, in quanto espressione del potere riconosciutogli dall'art. 81 del codice di navigazione e dall'art. 59 del relativo regolamento)»; Cass. pen., sez. VI, 17 marzo 2009, n. 26175; Cass. pen., sez. VI, 24 aprile 2001, n. 20282, secondo cui l'art. 323 c.p. faceva riferimento alle norme emanate nell'esercizio della potestà regolamentare da Province e Comuni ai sensi dell'art. 7 d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267; Cass. pen., sez. VI, 2 dicembre 1998, n. 1685, per la quale avevano natura regolamentare le disposizioni contenute nell'art. 32 d.p.r. n. 348 del 1985 e nell'art. 34 d.p.r. n. 270 del 1987, relative alla disciplina prevista dagli accordi sindacali per il trattamento del personale dipendente delle USL. Analogamente Cass. pen., sez. VI, 3 novembre 2005, n. 13511; Cass. pen., sez. VI, 25 settembre 2008, n. 5026, avevano affermato che le norme contenute nei contratti collettivi per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, non avendo natura regolamentare, non potevano essere presupposti necessari per la configurabilità del reato di abuso d'ufficio.

[48] Bricola, *Teoria generale del reato*, cit., 42 ss.; Fiandaca, Musco, *Diritto penale*, cit., 52 ss.

o più elementi già enucleati dalla norma primaria e sulla base di un criterio tecnico dalla stessa indicato»[49], come per l'appunto avviene nell'ambito dell'organizzazione dei pubblici uffici, dove, ai sensi dell'art. 97, comma 2, Cost., si riconosce alla pubblica amministrazione una potestà regolamentare da esercitare nei limiti stabiliti dalle disposizioni adottate dal legislatore «in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità» dell'azione amministrativa.

5. *Le regole di condotta con margini di discrezionalità*

Dalla formulazione della modifica introdotta con il decreto "Semplificazioni" risulta evidente che la condotta tenuta dall'agente pubblico non è penalmente rilevante se le regole di comportamento permettano di operare in un ambito di discrezionalità amministrativa[50], da intendere, secondo la Corte, essenzialmente «come autonoma scelta di merito – effettuata all'esito di una ponderazione comparativa tra gli interessi pubblici e quelli privati – dell'interesse primario pubblico da perseguire in concreto»[51].

---

[49] GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., 47.

[50] Per Cass. pen., sez. VI, 18 novembre 2020, n. 8036, «rappresenta una legittima scelta di politica criminale quella di limitare la rilevanza penale alle condotte tenute in violazione di disposizioni di legge dal contenuto puntuale, sì da non lasciare all'operatore pubblico margini di discrezionalità (salvo a verificare […] se e in che misura ciò sia concretamente possibile)».

[51] Cass. pen., sez. VI, 9 dicembre 2020, n. 442, che ha ritenuto non sussistente il reato di abuso d'ufficio nei confronti di un Commissario straordinario e Direttore generale dell'Azienda ospedaliera, al quale era stato contestato di avere, con vari atti organizzativi e fino alla conclusiva delib. 22 dicembre 2010, n. 1782 illegittimamente dequalificato il Servizio Prevenzione e Protezione da struttura complessa a struttura semplice, così demansionando la posizione giuridica ed economica del suo Direttore, F.B., a mero Responsabile della struttura, privandolo della indennità di posizione variabile e sottoponendolo gerarchicamente al dirigente del Servizio Tecnico. La Cassazione, in particolare, ha reputato che non era «estraneo alla sfera dei poteri di riorganizzazione dell'Azienda ospedaliera (OMISSIS), affidati a G. in veste di Commissario straordinario e Direttore generale, un margine consentito di discrezionalità amministrativa – oggi sottratto al sindacato di rilievo penale – nella decisione di far cessare una situazione di fatto consolidatasi nel tempo e però originariamente viziata da illegittimità. Trattasi, a ben vedere, di un atto di riorganizzazione delle strutture e dei servizi dell'Azienda ospedaliera che, siccome non adottato dal titolare del

In questo modo il decreto "Semplificazioni", con esclusivo riguardo alla modalità di condotta per violazione di regole, ha stabilito, come rilevato da Padovani, «con irta tassatività che l'abuso si deve risolvere nell'inosservanza di un dovere vincolato nell'*an*, nel *quid*, e nel *quomodo* dell'attività: per l'appunto, senza "margini di discrezionalità" in alcuno dei momenti qualificanti il comportamento definito dalla legge e dall'atto ad essa equiparato», così da restringere la responsabilità penale «ad una sfera minuta dell'attività amministrativa»[52] in

---

potere deliberativo in situazione di interessi in conflitto, né connotato da una oggettiva distorsione dai fini pubblici di buon andamento, efficienza ed economicità perseguiti dallo stesso ente, rientra fra quelle scelte di merito che, nel contesto della discrezionalità amministrativa, la nuova formulazione dell'art. 323 c.p. sottrae al sindacato del Giudice penale».

Similmente Cass. pen., sez. VI, 25 agosto 2020, n. 32174; Cass. pen., sez. VI, 18 maggio 2022, n. 21643 «In tema di abuso d'ufficio, dalla modifica introdotta dall'articolo 23 del d.l. 16 luglio 2020 n. 76, recante "misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale", convertito dalla legge 11 settembre 2020 n. 120, discende la limitazione di responsabilità penale del pubblico funzionario, qualora le regole comportamentali gli consentano di agire in un contesto di discrezionalità amministrativa, anche tecnica: intesa, questa, nel suo nucleo essenziale come autonoma scelta di merito – effettuata all'esito di una ponderazione comparativa tra gli interessi pubblici e quelli privati dell'interesse primario pubblico da perseguire in concreto. Il *novum*, in altri termini, sottrae al Giudice penale il sindacato del mero "cattivo uso" – la violazione dei limiti interni nelle modalità di esercizio – della discrezionalità amministrativa…».

In dottrina: Alberico, *Le vecchie insidie del nuovo abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, 2021, 4, 5 ss.; Tordini Cagli, *Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, in *www.penaledp.it*, 25 febbraio 2021, 1 ss.; Parodi Giusino, *In memoria dell'abuso d'ufficio*, cit., 90 ss., ha criticato la scelta del legislatore che restringerebbe sin troppo l'ambito del penalmente rilevante, in quanto «sarebbero davvero pochissimi i casi in cui dalla legge non residui proprio alcun margine di discrezionalità…» e, soprattutto, perché verrebbero puniti «soltanto gli atti meramente esecutivi, quelli connotati da un disvalore bagatellare, lasciando fuori dalla sfera dell'illecito le violazioni più gravi»; Corleto, *La responsabilità penale per abuso d'ufficio dopo il decreto "Semplificazioni": effetti e implicazioni sull'attività degli amministratori pubblici*, cit., 78, secondo cui «riservare al controllo del Giudice penale solo l'attività non discrezionale significa in sostanza svuotare il controllo stesso», al punto da arrivare «alle soglie di un sistema di impunità».

[52] Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 8, che ha richiamato uno dei maestri del diritto amministrativo: Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939, 207. Così pure, Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit., 8; Merlo, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, cit.,

modo irragionevole[53], «svuotando di fatto la previsione normativa e riducendola ai soli casi marginali e meno importanti»[54]; sostanzialmente sterilizzando l'art. 323 c.p., nato come «norma di chiusura di un articolato sistema finalizzato a garantire l'interesse al rispetto dei principi di imparzialità e correttezza da parte di chi esercita pubbliche funzioni»[55].

La riforma del 2020, pertanto, finisce con il restringere l'ambito del reato di abuso d'ufficio, considerando la discrezionalità amministrativa elemento negativo del fatto, nel senso che l'uso del potere discrezionale limiterebbe la condotta di abuso per violazione di regole, perché, per questa modalità della condotta repressa, non ci sarebbe esercizio abusivo del potere laddove sussistesse discrezionalità, con la conseguenza paradossale di sottoporre a sanzione penale coloro che compiono la minutaglia dell'attività amministrativa e di far, invece, assurgere «nell'empireo dei salvati coloro che, detenendo il potere di scegliere discrezionalmente se, come, quando o cosa decidere, sono […] nella condizione "ontologica" di abusarne, producendo i vantaggi e i danni ingiusti in cui si esprime l'evento lesivo[56].

Si deve osservare che la Cassazione, in uno dei primi interventi successivi alla riforma del 2020, ha statuito che la modifica introdotta all'art. 323 c.p. comporta che sono esclusi dalla sfera del

---

6 ss.; Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 256, che pure hanno messo in risalto che la riforma «finisce col coprire ipotesi di importanza marginale»; Manes, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Percorsi di parte speciale*, cit., 145.

[53] Bartoli, Pelissero, Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 515.

[54] Gambardella, *Simul stabunt simul cadent – Discrezionalità amministrativa e sindacato del Giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, cit., 143 ss.

[55] Aprile, *Una riforma in controtendenza: l'abuso d'ufficio "depotenziato"*, in Fidelbo, *Il contrasto ai fenomeni corruttivi. Dalla spazzacorrotti alla riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 442. Così pure Donini, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formalmente amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *Arch. pen.*, 2020, 2, 4, che ha affermato che la riforma del 2020 ha in buona sostanza «neutralizzato» l'abuso, comportando l'esclusione dalla tipicità del fatto di reato degli atti discrezionali e la rilevanza della violazione dei regolamenti.

[56] Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 9 ss. Similmente Gamberini (a cura di), *Manuale di diritto penale*, cit., 730, che pure ha evidenziato che «i fatti di abuso si annidano nella violazione di norme che attribuiscono ai decisori poteri discrezionali».

penalmente rilevante anche gli atti amministrativi connotati da un "margine di discrezionalità" tecnica, nei quali la scelta dell'Amministrazione viene effettuata mediante un complesso giudizio valutativo condotto sulla base di una regola tecnica.

Ad avviso della Corte, l'incoerenza del giudizio valutativo rispetto alla regola tecnica «non è più suscettibile di integrare la fattispecie tipica», salvo che «la regola tecnica non sia trasfusa in una regola di comportamento specifica e "rigida", di fonte primaria; ma anche in tal caso permane l'insindacabilità del "nucleo valutativo" del giudizio tecnico», per via della formula introdotta nell'art. 323 c.p[57].

In altra pronuncia, la Cassazione, pur avendo precisato che l'inciso introdotto nella novella del 2020 comporta che sono penalmente rilevanti solo i comportamenti illegittimi assunti nell'esercizio di un potere vincolato, che la legge o l'atto avente forza di legge ha delimitato nell'an, nel *quomodo*, nel quid e nel quando dell'azione amministrativa, ha, però, messo in evidenza che resta parimenti rilevante penalmente il comportamento illegittimo che intervenga nell'esercizio di «un potere che, astrattamente previsto dalla legge come discrezionale, sia divenuto in concreto vincolato per le scelte fatte dal pubblico agente» prima dell'adozione di quel comportamento.

E ciò in armonia con la costante giurisprudenza amministrativa che, richiamandosi all'art. 21 *octies* della legge n. 241 del 1990, come successivamente modificata, «ha riconosciuto che il provvedimento amministrativo è annullabile, per violazione delle norme sul procedimento o sulla forma degli atti, non solo quando sia espressione di un potere vincolato in astratto, cioè disciplinato da disposizioni che non contemplano alcuno spazio di discrezionalità deman-

[57] Cass. pen., sez. VI, 15 aprile 2021, n. 14214, inerente al caso dei «componenti della Commissione deputata alla selezione indetta dall'Università Ospedaliera del Policlinico di Messina il 28 ottobre 2010 per il conferimento di incarico CO.CO.PRO. per l'espletamento dell'attività di addetta stampa – di avere intenzionalmente procurato un ingiusto vantaggio patrimoniale ad A.V. che facevano risultare prima nella graduatoria di merito in violazione dell'art. 97 Cost. e del d.p.r. n. 487 del 1994, art. 14 (che prevede che il riconoscimento della identità del concorrente cui è riferibile una prova debba essere effettuata a conclusione dell'esame e del giudizio su tutti gli elaborati). Ciò a discapito di R.G., secondo classificato».

dato all'amministrazione, ma anche quando esso sia esplicazione di un potere, in astratto discrezionale, che sia divenuto vincolato in concreto: vale a dire di un potere che, per le scelte che il pubblico agente ha compiuto nell'ambito di quello stesso procedimento amministrativo, non poteva che essere quello indicato dalla legge perché oramai caratterizzato da un avvenuto esaurimento di ogni spazio di discrezionalità».

Per evitare possibili fraintendimenti, si ricorda che la fattispecie in cui la Corte di legittimità ha espresso tale principio afferiva alla scelta della procedura di gara per affidare una commessa pubblica.

In linea di principio, il potere di selezione fra le diverse procedure esistenti al fine di affidare appalti di forniture, servizi o lavori si configura quale astrattamente discrezionale, sussistendo un margine di valutazione, facente capo al Responsabile del procedimento, fra i diversi strumenti presenti, che sono tutti idonei sul piano positivo per conseguire il fine pubblico da perseguire.

Al tempo stesso, la normativa che regola gli appalti fissa parametri, relativi alla consistenza economica dell'appalto stesso, che in concreto guidano il funzionario nella scelta tra l'una o l'altra procedura, così di fatto vincolando il suo potere selettivo circa l'*iter* da seguire per soddisfare il fine pubblico. Nella considerazione di tali indici, il Responsabile del procedimento deve necessariamente considerare tutti i costi verosimilmente rilevanti, con la conseguenza che, laddove emergano *per tabulas* dei costi, anche meramente eventuali e ipotetici, che, tuttavia, vengono volutamente trascurati dal Responsabile del procedimento, la scelta viene ad assumere connotati che nulla hanno di discrezionale, e che, al contrario, sconfinano nell'arbitrario, rivelando una patente violazione di legge (circostanza verificatasi nella fattispecie all'esame della Corte). Da ciò discenderebbe, a ben vedere, che il potere di scelta indicato assume in concreto carattere vincolato, al di là di ogni precedente considerazione sulla sua astratta conformazione discrezionale[58].

[58] Cass. pen., sez. VI, 2 gennaio 2021, n. 8057, che, nell'affermare il principio richiamandosi, tra le altre, a Cons. Stato, 17 giugno 2019 n. 4089, ha rigettato il ricorso proposto avverso la sentenza di condanna del Responsabile della Polizia municipale di un Comune in relazione al reato di cui all'art. 323 cod. pen., per avere, in violazione di legge, affidato, con procedura diretta e senza alcuna preventiva

Nella medesima direzione, si è mossa la Cassazione in una successiva decisione, nella quale, dopo aver ribadito che la modifica al reato di abuso d'ufficio introdotta nel 2020, con il limitare la punibilità esclusivamente alla violazione di regole di condotta cogenti e specifiche per l'azione amministrativa (ossia tali da definire con precisione l'operato dell'agente pubblico senza lasciare margini di discrezionalità), mira all'evidenza a comprimere l'ambito del sindacato penale per evitare qualsiasi sconfinamento del controllo di legalità nella sfera della discrezionalità, ha, però, messo in luce che non si è in presenza di esercizio di un potere discrezionale, quando l'agente pubblico abbia rinunciato ad avvalersi del potere di comparazione e valutazione, in cui la discrezionalità consiste per il perseguimento dell'interesse pubblico prefissato dalla legge, avendo, invece, effettuato la scelta di perseguire interessi personali, che è una forma di rinuncia preventiva alla discrezionalità.

La discrezionalità, difatti, si sostanzia nella valutazione dell'*an*, del *quid*, del *quomodo* dell'azione amministrativa ma non concerne

---

determinazione della giunta municipale (intervenuta solo successivamente) alla società X il servizio di misurazione elettronica della velocità media dei veicoli lungo la strada statale: in particolare, per avere omesso di inserire – sia nel contratto, sia nella determinazione – un bilancio preventivo degli ulteriori costi di servizio (consistenti nella tariffa prevista a favore della società fissata in 24,00 euro più 6,00 euro, oltre iva, per ciascun verbale contestato) che, in ragione della prevedibile generazione di un alto numero di verbali di contestazione, da sommare al costo del canone annuo di noleggio delle apparecchiature di 30.000 euro oltre iva, avrebbero reso necessario un bando di gara; in tal modo l'imputato aveva procurato alla predetta società un ingiusto vantaggio patrimoniale derivante dall'affidamento diretto dell'appalto, con conseguente danno per la pubblica amministrazione.

La sentenza è stata positivamente valutata da Ricciarelli, *Il nuovo abuso d'ufficio: un difficile punto di equilibrio*, cit., 14; e criticata, invece, da Merlo, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, cit., 6 ss.; Castaldo, Naddeo (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 94 ss., che hanno definito l'orientamento «la plastica rappresentazione dell'insofferenza alla legalità della legge che spinge alla sostanziale riscrittura del precetto per via legislativa»; Serra, *La Cassazione e il "nuovo" abuso d'ufficio, ovvero del "senso imperfetto" della discrezionalità tecnica dell'amministrazione e dei c.d. autolimiti*, in *www.penaledp.it*, 6 aprile 2021, 1 ss., che ha contestato l'indirizzo espresso perché comportante un sindacato del Giudice penale sulla legittimità dell'attività amministrativa discrezionale che il decreto Semplificazione ha, invece, voluto escludere; Bottino, *Il conflitto tra il legislatore e la giurisprudenza come causa della "burocrazia difensiva": la responsabilità penale per "abuso d'ufficio" come paradigma*, cit., 255 ss.

la sussistenza o meno dei presupposti di fatto previsti dalla legge per l'esercizio del potere di azione assegnato all'agente pubblico, che può compiere le sue valutazioni sull'esercizio del potere solo in presenza di quei determinati presupposti.

Ciò comporta che non si può invocare l'esercizio di un potere discrezionale quando in radice non ne sussistano i presupposti, in quanto in tal caso si realizza la violazione di una specifica e coattiva regola di condotta, «avente ad oggetto il divieto dell'esercizio del potere, quand'anche connotato da un contenuto discrezionale», non essendosi in presenza di quella situazione di fatto che costituisce la causa attributiva del potere in funzione del perseguimento di un determinato interesse pubblico.

Detto in parole più semplici, non si può invocare «alcun margine di discrezionalità nell'apprezzamento dei presupposti per l'esercizio del potere, ma solo al fine di stabile se esercitarlo in concreto e di individuare l'oggetto e la modalità».

Nel caso specifico, si contestava al Sindaco di aver disposto la requisizione dell'immobile di proprietà di Tizio per destinarlo a Caio, nei confronti del quale stava per essere eseguito uno sfratto per morosità, commettendo una violazione dell'art. 7, l. 20 marzo 1865, n. 2247, all. e), disciplinante il potere di requisizione, perché nel caso concreto non poteva ravvisarsi «una situazione di grave necessità pubblica, men che mai caratterizzata da somma urgenza tale da legittimare l'intervento surrogatorio del Sindaco, nell'impossibilità di un tempestivo coinvolgimento del Prefetto».

In quella situazione concreta, non veniva in rilievo la verifica di come era stata esercitata da parte del Sindaco la sua discrezionalità in tema di requisizione, bensì la violazione da parte sua di una precisa regola di condotta, inerente all'attribuzione del potere svolto, che doveva ritenersi violata «per il solo fatto dell'utilizzo di quel potere al di fuori delle situazioni di grave necessità pubblica e dunque al di fuori dell'ambito applicativo […] coinvolgente anche il riparto di competenze tra Prefetto e Sindaco»[59].

[59] Cass. pen., sez. fer., 17 agosto 2021, n. 42640. Ugualmente anche Cass. pen., sez. III, 21 febbraio 2023, n. 17397, ha sostenuto che «l'interpretazione di una locuzione normativa, quando attiene all'individuazione dei presupposti per l'esercizio di un potere discrezionale, e non invece all'esercizio in concreto di tale po-

Da quanto si è detto, risulta incontestabile che la nuova versione dell'art. 323 c.p. presenta un ambito di operatività più ristretto in riferimento alla modalità del comportamento per violazione di norme di condotta, rispetto a quello definito con la previgente definizione, perché sottrae al sindacato giudiziario penale sia «l'apprezzamento dell'inosservanza di principi generali o di fonti normative di tipo regolamentare o subprimario» non richiamate dalla fonte primaria ad integrazione del proprio precetto, sia il controllo sul «mero "cattivo uso" – la violazione dei limiti interni nelle modalità di esercizio – della discrezionalità amministrativa»[60].

La riforma del 2020 ha, perciò, determinato una parziale abrogazione in relazione ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore, che non siano più riconducibili alla nuova versione dell'art. 323 cod. pen., siccome realizzati o mediante violazione di norme regolamentari (che non siano richiamate da norme primarie per la specificazione del loro contenuto comportamentale) «o di norme di legge generali e astratte, dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse o che comunque lascino residuare

---

tere, esula dall'area della discrezionalità amministrativa, con la conseguenza che, quando il potere amministrativo deve ritenersi esercitato in difetto dei presupposti di legge, è configurabile il reato di abuso d'ufficio, anche nella formulazione vigente a seguito della modifica recata dal d.l. n. 76 del 2000», non potendosi invocare «l'esercizio di un potere discrezionale di cui in radice non sussistano i presupposti, dovendosi in casi siffatti parlare piuttosto di violazione di una specifica regola di esclusione, cioè di una regola iuris, avente ad oggetto il divieto dell'esercizio del potere, quand'anche connotato da un contenuto discrezionale» (Fattispecie nella quale si contestava al Presidente della Giunta regionale di aver determinato e concorso ad adottare la nomina di Tizio, su sollecitazione dell'Onorevole Caio, a Direttore generale dell'Arpa regionale in difetto dello svolgimento di una procedura comparativa tra gli aspiranti, e quindi dell'indicazione delle ragioni per le quali il selezionato era stato preferito rispetto agli altri candidati, in violazione di quanto stabilito dall'art. 10, comma 2, l. reg. Sardegna n. 6 del 2006).

[60] Cass. pen., 9 dicembre 2020, n. 442; Cass. pen., sez. VI, 18 maggio 2022, n. 21643. Si ricorda che Cass. pen., sez. VI, 7 aprile 2022, n. 23794, ha ritenuto che la violazione del d.p.r. n. 3 del 1957, art. 13 (norme di comportamento del pubblico dipendente), che impone al pubblico dipendente statale di prestare la sua opera «in conformità delle leggi» non può integrare la violazione di legge sanzionata dall'art. 323 c.p., perché enuncia generici obblighi comportamentali.

margini di discrezionalità»[61]. Detto in altri termini, l'effetto abrogativo dell'entrata in vigore dell'art. 23 del d.l. n. 76 del 2020 riguarda «le condotte poste in essere con violazione di mere norme regolamentari o di norme di legge prive del connotato dell'immediata precettività»[62] o di principi generali dell'azione amministrativa[63].

6. *L'incompetenza come parametro dell'abusività*

Alla luce di quanto si è sin qui detto, tra i parametri normativi di valutazione della legittimità dell'operato dei pubblici amministratori, ai sensi dell'art. 323 c.p., può farsi rientrare il vizio di legittimità dell'incompetenza c.d. relativa, che ricorre quando il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio esorbita dai limiti della propria competenza, invadendo quella di altro soggetto appartenente allo stesso settore amministrativo[64].

Appare incontestabile che anche le norme, di legge o di atto avente forza di legge, che disciplinano le sfere di competenza dei pubblici uffici, hanno uno specifico contenuto prescrittivo, da cui non residuano margini di discrezionalità, ed idoneo ad incidere, direttamente ed immediatamente, sulla decisione amministrativa, come rilevato dalla Corte di Cassazione a partire dal 2006[65],

---

[61] Cass. pen., sez. VI, 9 dicembre 2020, n. 1146. Similmente: Cass. pen., sez. VI, 25 agosto 2020, n. 32174; Cass. pen., sez. VI, 9 dicembre 2020, n. 442; Cass. pen., sez. VI, 18 maggio 2022, n. 21643.

In dottrina: Bartoli, Pelissero, Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 518; Catenacci, *Abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*, in Catenacci (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 175.

[62] Cass. pen., 6 dicembre 2021, n. 2080.

[63] Cass. pen., sez. VI, 9 dicembre 2020, n. 442.

[64] A. Tesauro, *Violazione di legge e abuso d'ufficio*, cit., 176 ss.; Parisio, *Vizi formali, procedimento e processo*, Milano, Giuffrè, 2004; Garofoli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1170; Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 620; Salcuni, *Abuso d'ufficio ed eccesso di potere: "fine di un amore tormentato"?*, cit., 1 ss.

[65] Cass. pen., sez. VI, 13 febbraio 2006, n. 22242: «Per la sussistenza del reato di abuso d'ufficio la violazione di norme di legge rilevante è solo quella riferita a disposizioni dotate di uno specifico contenuto prescrittivo, e, quindi, aventi un'incidenza diretta e immediata sulla decisione amministrativa», tra le quali rientrano le norme che disciplinano la competenza. Nella stessa direzione

dopo un'iniziale e non sufficientemente motivata posizione contraria[66].

In dottrina si è osservato che, per la sussistenza del reato in questione non si richiede la specifica competenza del soggetto pubblico nel tenere la condotta incriminata, in quanto è sufficiente che l'agente eserciti, comunque, dei poteri spettanti al suo ufficio, pur violando le condizioni o i limiti posti all'esercizio della funzione pubblica o del servizio pubblico[67].

Ai fini della configurazione del reato di abuso di ufficio, si può, perciò, reputare rilevante anche la violazione delle norme che disciplinano la ripartizione dei poteri pubblici tra i diversi organi di un ente territoriale, in quanto quella ripartizione è operata dal legislatore in rapporto al grado di rappresentatività politica-amministrativa di ciascun organo, così da incidere in modo diretto ed immediato sul contenuto e sul grado di efficacia del provvedimento adottato[68].

---

sono intervenute, pure: Cass. pen., sez. VI, 29 gennaio 2009, n. 7105, «Integra l'elemento oggettivo del delitto di abuso d'ufficio la violazione delle norme di legge relative al vizio di incompetenza c.d. "relativa" prevista dall'art. 21 *octies* l. n. 241 del 1990, che determina l'illegittimità del provvedimento adottato e non la sua nullità che si verifica nell'ipotesi di difetto assoluto di attribuzione»; Cass. pen., sez. VI, 17 gennaio 2012, n. 15948, «Integra il delitto di abuso di ufficio l'autorizzazione ad effettuare lavoro esterno, rilasciata a Ricercatore universitario non confermato da parte di un organo incompetente (nella specie il Direttore del dipartimento universitario, in luogo del Preside, come previsto dal regolamento universitario) ed in contrasto con il divieto di svolgimento di libere professioni o attività esterne non saltuarie, previsto dagli artt. 1, co. primo, d.l. n. 57 del 1987 e 53, co. settimo, d.lgs. n. 165 del 2001». In dottrina: Furin, *I reati dei pubblici amministratori*, Piacenza, La Tribuna, 2007, 138; Di Martino, *Abuso d'ufficio*, in Di Martino, Bondi, Fornasari, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2008, 581; Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. Commentario sistematico al codice penale*, cit., 265.

[66] Cass. pen., sez. VI, 14 marzo 2000 n. 6245, «Nell'attuale sistema rilevano soltanto, ai fini della condotta di abuso d'ufficio punibile, la violazione di legge […] e l'inosservanza del dovere di astensione, in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti (da queste premesse, la Corte ha annullato con la formula perché il fatto non sussiste una sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 323 c.p. nella quale il reato era stato ritenuto solo sulla base dell'affermata sussistenza del vizio dell'incompetenza nell'adozione dell'atto incriminato)».

[67] D'Avirro, *L'abuso d'ufficio. La legge di riforma 16 luglio 1997 n. 234*, cit., 265 ss.; Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 243 ss.

[68] Cass. pen., sez. VI, 29 gennaio 2009, n. 7105, che ha ravvisato la sussistenza del reato *ex* art. 323 c.p. in relazione all'approvazione da parte della Giunta comunale di un atto riservato al Consiglio ai sensi dell'art. 42 t.u. enti locali; e all'a-

Si pensi, ad esempio, al caso di una Giunta comunale che abbia adottato una delibera per disporre in favore del partito di maggioranza di cui è espressione la locazione ultranovennale di un'area del demanio comunale a canone vantaggioso, con il voto favorevole dei soli componenti non eletti nelle liste di quel partito, violando in tal modo la legge n. 142 del 1990, che riserva, invece, tale delibera al Consiglio comunale, all'interno del quale non si sarebbe raggiunta la maggioranza necessaria per l'adozione di quella delibera, a causa dell'astensione che i Consiglieri eletti in quel partito avrebbero dovuto assumere.

A proposito delle competenze interne agli enti locali territoriali, la Cassazione ha precisato che «le responsabilità penali connesse alla violazione delle norme» che un ente «è tenuto a osservare sono ripartite tra gli organi elettivi e quelli burocratici secondo le rispettive attribuzioni quali ricostruite nella disciplina di settore».

Si deve ricordare che l'art. 107 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (t.u. enti locali) opera la distinzione tra i poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo, conferiti agli organi di governo degli enti locali, e quelli di gestione amministrativa, finanziaria e tecnica, assegnati, invece, ai dirigenti, che consistono in autonomi compiti di organizzazione delle risorse, strumentali e di controllo, compreso quello di adottare atti – non riservati espressamente dalla legge o dallo statuto agli organi di governo dell'ente – che impegnano l'amministrazione verso l'esterno.

Per la Suprema Corte, da questa disciplina, si desume che le attività conferite ai Dirigenti amministrativi rientrano in una sfera di competenza primaria, diretta ed esclusiva, rispetto alla quale il Sindaco esercita esclusivamente un potere di sorveglianza e di controllo collegato ai compiti di programmazione, che gi appartengono quale capo dell'amministrazione comunale, e alle funzioni di ufficiale di governo, legittimato all'adozione di ordinanze contingibili e urgenti.

Da ciò consegue che la violazione delle regole sulle sfere di competenza dei Dirigenti comunali può integrare il reato di abuso d'ufficio[69].

---

dozione, da parte di un Assessore comunale, di un provvedimento di competenza del Dirigente a norma dell'art. 6, l. n. 127 del 1997.

[69] Cass. pen., sez. VI, 21 aprile 2011, n. 22341.

E questo indirizzo è stato ribadito dalla Cassazione anche dopo la riforma del 2020, statuendo che in caso di abuso d'ufficio per violazione di specifiche regole di condotta persiste la rilevanza penale delle condotte viziate da incompetenza relativa, quando il potere di adottare l'atto emesso dall'agente sia attribuito in realtà ad altro soggetto, in maniera specifica e cogente, da norme di legge o da atti aventi forza di legge[70].

Il vizio di incompetenza, penalmente rilevante ai sensi dell'art. 323 c.p., ricorre, inoltre, quando ci si trovi in presenza di un difetto di legittimazione per mancanza del presupposto di fatto o di diritto normativamente imposto per il legittimo esercizio del potere da parte del soggetto agente, astrattamente competente ad esercitarlo ma in concreto privo delle condizioni richieste dalla legge, come nel caso del Sindaco che adotti un'ordinanza contingibile e urgente in assenza dei presupposti di necessità e di urgenza.

Si deve, invece, escludere che possa aver rilievo ai fini dell'applicazione dell'art. 323 c.p. l'incompetenza assoluta, che si ha quando l'amministratore pubblico giunga ad esercitare attribuzioni che la legge non assegna al plesso organizzativo di appartenenza, producendo atti privi di efficacia, come tali inidonei a produrre l'evento ingiusto necessario per la sussistenza del reato in esame[71].

La Cassazione, ha, in questo caso, statuito che, ai fini dell'integrazione del reato di cui all'art. 323 c.p., si richiede che l'abuso si realizzi attraverso l'esercizio da parte dell'agente pubblico di un potere per scopi diversi da quelli imposti dalla natura della funzione ad esso attribuita, cosicché, quando il pubblico ufficiale agisca del tutto al di fuori dell'esercizio delle sue funzioni, il reato non è configurabile[72].

In tale evenienza, si può ravvisare, ricorrendone i presupposti, il reato di usurpazione di pubbliche funzioni di cui all'art. 347 c.p., che punisce, al comma 1, chiunque usurpi una funzione pubblica o le attribuzioni inerenti ad un pubblico impiego; al

---

[70] Cass. pen., sez. V, 24 giugno 2022, n. 36001 (Fattispecie relativa ad atto di ricognizione di debito emesso dal Sindaco di un Comune, in violazione di quanto prescritto dagli artt. 50 e 107 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267).

[71] D'Avirro, *L'abuso d'ufficio*, *II*, *La legge di riforma 16 luglio 1997 n. 234*, cit., 139; Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 291.

[72] Cass. pen., sez. II, 9 febbraio 2006, n. 7600.

comma 2, il pubblico ufficiale o l'impiegato, che, avendo ricevuto la comunicazione del provvedimento di cessazione o di sospensione delle funzioni o delle attribuzioni, continui ad esercitarle. Si integra, perciò, il reato di cui all'art. 347 c.p., qualora le attività pubbliche siano in concreto svolte[73], «senza legittima investitura e per fini esclusivamente propri e in contrasto con quelli della pubblica amministrazione, da persona che non può esercitarle in alcun modo»[74].

E si consideri che può accadere che le fattispecie previste rispettivamente dall'art. 323 e 347 c.p. concorrano, come nel caso del Dirigente dell'Ufficio notifiche di un Tribunale che consenta illegittimamente al proprio coniuge di svolgere l'attività di presentazione per il pagamento dei titoli (nella specie, cambiali ed assegni), percependone i relativi emolumenti (ossia, diritti di protesto e indennità di accesso), in assenza di nomina ed autorizzazione da parte del Presidente della Corte d'Appello, ovvero del Presidente del Tribunale all'uopo delegato[75].

7. *L'abusività per violazione di regole di condotta in materia urbanistica*

Per comprendere in quali termini il Giudice di legittimità giunga a ritenere che una norma di legge o di atto avente forza di legge possa essa elevata al rango di parametro di valutazione dell'abusività della condotta di un agente pubblico per il suo specifico contenuto prescrittivo, la cui violazione è idonea a produrre l'ingiusta lesione di posizioni soggettive sostanziali, in cui si concreta il momento consumativo del reato previsto dall'art. 323 c.p., appare utile soffermarsi sulle principali pronunce sino ad ora intervenute in materia urbanistica.

---

[73] Cass. pen., sez. VI, 09/26178: «Per la configurabilità del reato di usurpazione di funzioni pubbliche è necessario che la condotta realizzi in concreto un indebito esercizio di funzioni pubbliche in assenza di una legittima investitura».

[74] Cass. pen., sez. VI, 95/9348.

[75] Cass. pen., sez. VI, 11/48475.

In questo settore si è consolidato l'orientamento giurisprudenziale che qualifica come rilevante per la sussistenza del reato di abuso di ufficio la violazione delle norme che disciplinano i compiti degli amministratori pubblici in materia di edilizia e di urbanistica, ossia, dapprima, il Sindaco ai sensi dell'art. 4, l. n. 47 del 1985; e poi, il Responsabile dell'Ufficio tecnico comunale, a partire dall'entrata in vigore dell'art. 107, comma 3, lett. g., del d.lgs. n. 267 del 2000 (t.u. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), che ha recepito e unificato le normative precedenti (a partire dall'art. 51, l. n. 142 del 1990), stabilendo che tutti gli interventi in materia di violazioni edilizie sono di competenza del Dirigente responsabile dell'Ufficio tecnico comunale, nel solco del disegno complessivo che ha inteso separare, nelle amministrazioni locali, l'attività di indirizzo e controllo, spettante agli organi elettivi, dai compiti di gestione amministrativa affidati ai Dirigenti[76].

Nello specifico, ai sensi degli artt. 27 e 31 del t.u. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, contenuto nel d.p.r. n. 380 del 2001, il Dirigente o il Responsabile dell'Ufficio tecnico comunale è attualmente titolare della posizione di garantire il corretto assetto dello sviluppo urbanistico del Comune, esercitando la vigilanza «sull'attività urbanistico-edilizia nel territorio comunale per assicurarne la rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi»; ed avendo l'obbligo di intervenire «ogni qualvolta venga accertato l'inizio o l'esecuzione di opere eseguite senza titolo o in difformità della normativa urbanistica, attraverso l'emanazione di provvedimenti interdittivi e cautelari»[77].

Da tempo si è affermato, che nel procedimento amministrativo di rilascio di un titolo abilitativo alla realizzazione di opere o allo svolgimento di attività coinvolgenti il governo del territorio, l'indagine sulla conformità dell'immobile alla disciplina urbanistica costituisce un momento istruttorio ineludibile, espressamente previsto

[76] Cass. pen., sez. VI, 9 aprile 2003, n. 39087, che, per effetto del principio riportato nel testo, ha rigettato il ricorso del Pubblico ministero avverso una sentenza che aveva mandato assolto il Sindaco di un Comune cui era stato addebitato di avere omesso scientemente di intervenire ai sensi dell'art. 4, l. n. 47/1985, pur essendo a conoscenza di lavori edilizi intrapresi in assenza di titolo concessorio.

[77] Cass. pen., sez. III, 26 gennaio 2011, n. 9281.

dal legislatore, sicché solo l'acquisizione di dati positivi, nel senso favorevole al richiedente, consente il legittimo rilascio del provvedimento abilitativo, con l'effetto che la mancata osservanza di tale procedimento concreta il vizio di violazione di legge rilevante ai sensi dell'art. 323 c.p., «trattandosi di norme che impongono all'amministrazione comportamenti specifici e puntuali la cui omissione ha l'effetto di procurare un vantaggio al beneficiario»[78].

Integra, perciò, il reato di abuso di ufficio il rilascio da parte dell'Amministratore pubblico di un permesso abilitativo (prima licenza di costruire, poi concessione edilizia, infine permesso di costruire) in violazione delle prescrizioni del piano regolatore, in quanto tale condotta si pone in contrasto con la disciplina normativa primaria di settore, che impone l'obbligo di conformarsi alle previsioni degli strumenti urbanistici, dando origine ad una violazione di legge, rilevante ai fini e per gli effetti dell'art. 323 c.p.[79].

Ha, difatti, osservato la Cassazione che l'art. 323 c.p., volendo punire solo la condotta dell'Amministratore pubblico che sia caratterizzata dall'inosservanza sostanziale di norme introdotte da leggi (o da atti aventi forza di legge), che sia idonea a produrre un danno ingiusto o un vantaggio ingiusto patrimoniale, tipicizza la fattispecie di reato, in parte «con elementi naturalistici determinati da espressioni e modi di uso comune»; ed in parte, «con rinvio alla valutazione posta da norme di legge […] che fungono da mediazione per la delimitazione materiale e di fatto, eliminando ogni incertezza della fattispecie», norme che, ovviamente, devono essere violate.

Nel caso delle attività edilizie ed urbanistiche, si può oggi dire che la mediazione conoscitiva e tipizzante, effetto del rinvio operato

---

[78] Cass. pen., sez. VI, 12 gennaio 1999, Dogali, a proposito del procedimento amministrativo di rilascio di licenza di commercio, che deve essere conforme agli strumenti urbanistici in vigore.

[79] Cass. pen., sez. VI, 11 maggio 1999, n. 8194, a partire dalla quale la Cassazione ha corretto l'iniziale assunto, sostenuto da Cass. pen., sez. VI, 2 ottobre 1998, n. 11984, che aveva escluso che la violazione degli strumenti urbanistici da parte dell'Amministratore pubblico preposto al rilascio di un titolo edilizio potesse integrare un vizio rilevante ai fini della configurazione del reato di abuso di ufficio, perché lo strumento urbanistico non poteva costituire parametro di apprezzamento del carattere abusivo della condotta, non avendo né la forma né l'efficacia della legge o del regolamento, gli unici atti produttivi di regole richiamati dall'art. 323 c.p. nella formulazione del 1997.

con i termini «in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge», a partire dall'attività abilitatoria svolta dall'Amministratore pubblico, è certa per il contenuto e incidente esaustivamente sulla connotazione materiale della condotta vietata.

Da ciò deriva, che, poiché la mediazione dell'elemento normativo fissato dalla legge si consuma per i titoli abilitativi edilizi nell'ambito di un circuito normativo di fonti primarie, l'apparato descrittivo degli strumenti urbanistici costituisce il presupposto di fatto della norma di legge violata, che delimita la possibilità di rilascio del titolo da parte dell'amministrazione competente alla conformità dell'intervento edilizio alle previsioni degli strumenti urbanistici, così che non possono restare margini di incertezza sulla individuazione della condotta vietata[80].

Il reato di abuso di ufficio può, quindi, essere integrato dalla condotta del pubblico Amministratore posta in essere in violazione degli strumenti urbanistici (piano regolatore, programma di fabbricazione, piano di recupero, ecc.), perché, se è pur vero che questi rientrano nella categoria degli atti amministrativi generali, la violazione delle relative previsioni rappresenta il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica[81], prevista dagli artt. 31, l. n. 1150 del 1942. 1 e 4, l. n. 10 del 1977 e ora 12 del d.p.r. n. 380 del 2001, secondo i quali ogni intervento edilizio deve essere conforme alle previsioni dei suddetti strumenti (ed in particolare del piano regolatore generale e dei regolamenti edilizi)[82],

---

[80] Cass. pen., sez. VI, 11 maggio 1999 n. 8194, le cui affermazioni sono state, successivamente, riprese da Cass. pen., sez. VI, 9 luglio 1998, n. 1078; Cass. pen., sez. VI, 16 ottobre 1998 n. 1354; Cass. pen., sez. VI, 24 giugno 1998, n. 393; Cass. pen., sez. VI, 14 marzo 2000 n. 6247; Cass. pen., sez. VI, 15 giugno 2000 n. 9422.

[81] Cass. pen., sez. VI, 25 gennaio 2007, n. 11620.

[82] Cass. pen., sez. VI, 8 ottobre 2003, n. 708. Simili considerazioni si ritrovano pure in: Cass. pen., sez. VI, 7 maggio 1998, n. 695; Cass. pen., sez. VI, 1 luglio 1998, n. 9116; Cass. pen., sez. VI, 6 ottobre 1999, n. 13794; Cass. pen., sez. VI, 18 ottobre 1999, n. 1333; Cass. pen., sez. VI, 4 marzo 1999, n. 6274; Cass. pen., sez. VI, 11 febbraio 1999, n. 5597. In senso contrario Cass. pen., sez. VI, 21 gennaio 1999, n. 786, per la quale l'autorizzazione a realizzare costruzione precaria di manufatti su aree oggetto di concessione di suolo pubblico, avendo effetti precari, non è suscettibile di porsi in contrasto con gli strumenti urbani-

così che è a quest'ultima normativa che deve farsi riferimento per ritenere concretata la violazione di legge quale dato strutturale della fattispecie delittuosa *ex* art. 323 c.p.[83].

«Né può ravvisarsi alcuna violazione dei principi di tassatività e di legalità nell'integrazione del precetto penale da parte di un provvedimento amministrativo, quando la legge determini con sufficiente specificazione, come fanno le norme innanzi richiamate, il fatto cui è riferita la sanzione penale»[84].

Sviluppando questo indirizzo interpretativo, la Corte di Cassazione ha ritenuto la sussistenza del reato di abuso:

– nel caso di rilascio di una concessione edilizia costituente variante di precedente concessione illegittima, in quanto la concessione di varianti a concessioni illegittime costituisce lo sviluppo necessario dell'originaria attività illecita[85];

– nel caso di rilascio di titolo abilitativo, senza i richiesti pareri e le necessarie autorizzazioni, in pendenza di una richiesta di condono edilizio per una costruzione edilizia accessoria (porticato) a un precedente fabbricato abusivo sul quale veniva a inserirsi, in quanto il titolo poteva essere legittimamente concesso «solamente nel corso dell'istruttoria di apposito procedimento di rilascio di concessione edilizia in sanatoria dell'abuso preesistente»[86];

– nel caso di rilascio di licenza di commercio, pur in assenza della conformità alla disciplina urbanistica di un locale, in quanto integra violazione di legge, idonea a procurare un ingiusto vantaggio patrimoniale al destinatario del provvedimento, il mancato coordinamento del procedimento amministrativo per il rilascio della licenza con quello urbanistico[87];

– nel caso di emissione di ordinanza per ragioni di igiene che prescriva la costruzione di un manufatto, pertinente ad altro soggetto, per

---

stici, essendo l'atto concessorio revocabile in ogni momento *ad nutum* dall'amministrazione.

[83] Cass. pen., sez. VI, 25 gennaio 2007, n. 11620; Cass. pen., sez. III, 19 giugno 2012, n. 39462.

[84] Cass. pen., sez. VI, 8 ottobre 2003, n. 708, fattispecie in cui era applicabile la legge regionale Abruzzi del 12 aprile 1983 n. 18.

[85] Cass. pen., sez. VI, 18 novembre 1999, n. 910.

[86] Cass. pen., sez. VI, 30 ottobre 1998, n. 1169.

[87] Cass. pen., sez. VI, 12 gennaio 1999, n. 144.

il quale «non possa essere rilasciata l'autorizzazione edilizia richiesta dall'interessato in quanto non consentita dal piano regolatore»[88];

– nel caso di rilascio di concessione edilizia in sanatoria, «allorché rimanga accertata l'assenza del requisito della conformità agli strumenti urbanistici generali»[89];

– nel caso di rilascio di concessione edilizia ad un soggetto non proprietario né titolare di altro diritto reale sull'area da edificare, ma soltanto di un contratto preliminare di vendita, in contrasto con l'art. 11 d.p.r. n. 380 del 2001[90];

– nel caso in cui «il Funzionario dell'Ufficio tecnico Comunale esprime parere favorevole al rilascio di una concessione edilizia in violazione delle disposizioni di un piano di bacino, le cui norme integrano quelle contenute negli strumenti urbanistici, eventualmente derogandole qualora incompatibili»[91].

E si noti che l'orientamento formatosi dopo la legge n. 234 è stato ribadito dalla Cassazione anche dopo la riforma del 2020[92], statuendo:

– che «il rilascio di permessi di costruire illegittimi integra il reato di abuso d'ufficio dal momento che la violazione di legge è integrata dall'inosservanza dell'art. 12 d.p.r. n. 380/2001, secondo il quale il permesso a costruire, quale atto non discrezionale, è rilasciato in conformità alle previsioni urbanistiche, ai regolamenti edilizi e alla disciplina urbanistica, che il Dirigente del settore è tenuto a rispettare»[93];

---

[88] Cass. pen., sez. VI, 15 giugno 2000, n. 9422.

[89] Cass. pen., sez. VI, 2 aprile 2001, n. 16241. Viceversa, per Cass. pen., sez. VI, 30 ottobre 2001, n. 39932, «non è configurabile il reato di abuso d'ufficio a carico di Amministratori comunali, in relazione al rilascio di una concessione edilizia in sanatoria che si assuma non conforme agli strumenti urbanistici vigenti al momento della realizzazione dell'opera abusiva, quando non risulti che la non conformità sussista anche rispetto agli strumenti vigenti al momento dell'accoglimento della domanda di concessione in sanatoria».

[90] Cass. pen., sez. VI, 27 giugno 2005, n. 33047.

[91] Cass. pen., sez. VI, 13 ottobre 2009, n. 46503.

[92] Perongini, *L'abuso d'ufficio – Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 76 ss., è contrario a tale orientamento che lederebbe i principi di determinatezza e di tassatività della fattispecie penale con specifico riguardo a quella prevista dall'art. 323 c.p. risultante dalla modifica del 2020. Così pure Merlo, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, cit., 5.

[93] Cass. pen., sez. IV, 23 febbraio 2022, n. 13139. Nello stesso senso, Cass. pen., sez. VI, 17 settembre 2020, n. 31873, «In tema di abuso di ufficio, il rilascio

– che «il rilascio del titolo abilitativo in sanatoria per abusi edilizi ricadenti in aree a rischio alluvionale elevato, in violazione delle prescrizioni del piano di assetto idrogeologico (nella specie, in difetto del necessario parere del competente Ufficio tecnico comunale) integra la violazione di specifiche regole di condotta previste dalla legge, richiesta dalla nuova formulazione dell' art. 323 c.p. […], poiché gli strumenti di pianificazione in materia, ancorché costituiscano fonti subprimarie, sono attuativi dell'art. 67 d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, ed operano quali presupposti di fatto di tale norma di legge, che conferisce ad essi immediata portata precettiva»[94];

– che «il rilascio del titolo abilitativo edilizio avvenuto senza il rispetto delle prescrizioni del piano regolatore generale o degli altri strumenti urbanistici integra la violazione di specifiche regole di condotta previste dalla legge, così come richiesto dalla nuova formulazione dell'art. 323 c.p. […], atteso che l'art. 12, comma 1, t.u.e.d. prescrive espressamente che il permesso di costruire, per essere legittimo, deve conformarsi agli strumenti urbanistici e il successivo art. 13 detta la specifica disciplina urbanistica che il Direttore del settore è tenuto ad osservare»[95];

– che «integra la violazione di specifica regola di condotta prevista dalla legge, così come richiesto dalla nuova formulazione

---

del titolo abilitativo edilizio avvenuto senza il rispetto del piano regolatore generale o degli altri strumenti urbanistici integra la violazione di specifiche regole di condotta previste dalla legge, così come richiesto dalla nuova formulazione dell'art. 323 c.p. ad opera dell'art. 16 d. Il 16 luglio 2020, n. 76, conv. nella l. 1 settembre 2020, n. 120, atteso che l'art.12, comma 1, d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380 prescrive espressamente che il permesso di costruire, per essere legittimo, deve conformarsi agli strumenti urbanistici ed il successivo art. 13 detta la specifica disciplina urbanistica che il Direttore del settore è tenuto ad osservare»; Cass. pen., sez. III, 8 settembre 2020, n. 26834, «Il rilascio di un permesso a costruire illegittimo perché non conforme alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente, secondo quanto prescritto dagli artt. 12 e 13 d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, integra il requisito della violazione di legge rilevante ai fini della configurabilità del reato di cui all' art. 323 c.p. nella nuova formulazione ad opera dall' art. 23 d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. con modifiche nella l. 11 settembre 2020, n. 120, non residuando margini di discrezionalità amministrativa. (Fattispecie relativa al rilascio di permessi a costruire in assenza di adeguamento del piano particolareggiato, divenuto inefficace per decorso del termine di decadenza)».

[94] Cass. pen., sez. VI, 8 marzo 2022, n. 13148.

[95] Cass. pen., sez. III, 8 giugno 2022, n. 30586.

dell'art. 323 c.p., anche l'inosservanza dello specifico dovere di vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia previsto dall'art. 27 t.u.ed. posto a carico del Dirigente o Responsabile del competente Ufficio comunale per assicurarne la rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità fissate nei titoli abilitativi»[96];

– che «la fonte normativa avente rango di legge a seguito della riformulazione del reato di abuso di ufficio impone rilevanza alla violazione degli strumenti urbanistici di fonte subprimaria, richiamati dalla legge, perché operano quali presupposti di fatto della norma di legge violata»[97].

[96] Cass. pen., sez. III, 8 giugno 2022, n. 30586.
[97] Cass. pen., sez. IV, 8 novembre 2022, n. 46669.

Capitolo VIII

L'ABUSO PER VIOLAZIONE DELL'OBBLIGO DI ASTENSIONE E GLI ALTRI ELEMENTI DELLA BIFORME FATTISPECIE

Sommario: 1. La condotta abusiva per violazione dell'obbligo di astensione. – 2. Parametri normativi dell'obbligo di astensione. – 3. Casi giurisprudenziali sull'obbligo di astensione. – 4. L'evento ingiusto prodotto dalle condotte abusive. – 5. Casi giurisprudenziali di evento ingiusto. – 6. Il dolo intenzionale nell'abuso biforme. – 7. L'intenzionalità dell'evento ingiusto nella giurisprudenza. – 8. La sproporzione tra intenzionalità e trattamento sanzionatorio. – 9. Il concorso di persone nell'abuso biforme.

1. *La condotta abusiva per violazione dell'obbligo di astensione*

La fattispecie disciplinata dall'art. 323 c.p., a partire dalla l. n. 234 del 1997, prevede, come seconda modalità della condotta tipizzata, lo svolgimento delle funzioni o del servizio in violazione dell'obbligo di astenersi, che ricorre in due ipotesi distinte:

– o in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, da identificare sulla base del comma 4 dell'art. 307 c.p. che è la norma che in generale definisce i «prossimi congiunti agli effetti della legge penale»[1],

[1] Ossia: «gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti: nondimeno non si comprendono gli affini, allorché sia morto il coniuge e non vi sia prole». In dottrina: Bartoli, Pelissero, Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 519.

– oppure «negli altri casi prescritti»[2].

Come si è messo in risalto nel capitolo VI, il decreto "Semplificazioni" ha ristretto l'intervento modificativo dell'art. 323 c.p. esplicitamente solo alla prima delle modalità di condotta previste dalla fattispecie, cambiando il parametro di valutazione dell'abusività dell'esercizio delle funzioni o del servizio dalla violazione «di norme di legge o di regolamento» alla «violazione di specifiche regole di condotta previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità», lasciando del tutto invariata l'altra modalità di condotta.

Effettuando un'interpretazione conforme ai canoni sanciti dall'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, e non certo sospinta da «una sorta di "crisi di rigetto"[3] della riforma del 2020, la Cassazione ha, sin da subito, precisato che la modifica dell'art. 323 c.p. operata dal decreto "Semplificazioni" non produce alcun effetto in riferimento al secondo segmento della condotta repressa, che, in modo alternativo «rispetto al *genus* della violazione di legge, riguarda esclusivamente e più significativamente l'inosservanza dell'obbligo di astensione».

Secondo la Corte, rispetto alla violazione dell'obbligo di astensione, la fonte normativa della violazione si individua nella stessa previsione dell'art. 323 c.p., «salvo che per il rinvio agli altri casi prescritti, rispetto ai quali non pare ugualmente pertinente la limitazione alle fonti primarie di legge», in quanto si tratta del mancato rispetto di una regola vincolante già descritta dalla fattispecie penale, mediante il rinvio, unicamente per i casi diversi dalla presenza «di un interesse proprio o di un prossimo congiunto», ad «altre fonti normative extra penali che prescrivano lo stesso obbligo di astensione»[4].

Ciò determina che per entrambe le ipotesi di violazione dell'obbligo di astensione, lo svolgimento della funzione o del servizio da parte dell'agente pubblico può riguardare, indifferentemente, sia l'at-

---

[2] Pisani, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, cit., 18, secondo cui gli altri casi dovrebbero essere prescritti dalla legge o dall'atto avente forza di legge come risulterebbe dall'interpretazione sistematica dello stesso comma 1, che ha delimitato la violazione delle funzioni o del servizio sanzionabili in riferimento a situazioni di fatto definite solo da tali fonti normative.

[3] Manes, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Percorsi di parte speciale*, cit., 146.

[4] Cass. pen., sez. fer., 25 agosto 2020, n. 32174.

tività vincolata che quella discrezionale, in quanto l'esclusione della rilevanza penale delle regole di condotta dalle quali non residuino margini di discrezionalità è stata introdotta dal d.l. n. 76 del 2020 per circoscrivere unicamente il sindacato dell'autorità giudiziaria penale per il primo tipo di condotta abusiva contemplata dall'art. 323 c.p., ossia quella che si sostanzia nella violazione di specifiche regole di condotta previste da fonti del diritto di livello primario, come rilevato sia dalla Cassazione[5] che da autorevole dottrina[6].

Il legislatore del 2020 ha, dunque, creato, all'interno della stessa figura di reato, una marcata diversità tra i due tipi di condotte abusive tipizzate in relazione tanto all'oggetto della condotta quanto alle fonti del diritto che regolano la condotta considerata, che non sembra essere del tutto razionale dal punto di vista giuridico, perché è, essenzialmente, il frutto della mediazione politica operata, all'interno della composita maggioranza del Governo Conte II, tra coloro che volevano limitare il sindacato giudiziario penale sull'azione amministrativa, anche per andare incontro alle richieste dei tanti ammi-

---

[5] Cass. pen., sez. fer., 25 agosto 2020, n. 32174; Cass. pen., sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 7007, «In tema di abuso di ufficio, la novella di cui al d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv., con modif., dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, lì dove ha ristretto l'ambito applicativo del reato, richiedendo inosservanza di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino *margini* di discrezionalità, non riguarda la condotta di abuso che si realizza mediante la violazione dell'obbligo di astensione»; Cass. pen., sez. VI, 10 maggio 2023, n. 26225.

[6] L'orientamento è condiviso da: 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?)*, cit., 4.3; Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 10; Alberico, *Le vecchie insidie del nuovo abuso d'ufficio*, cit., 23; Bartoli, Pelissero, Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 519; D'Avirro, *L'abuso d'ufficio*, cit., 97; Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit., 9; Ricciarelli, *Il nuovo abuso d'ufficio: un difficile punto di equilibrio*, cit., 9; Ruggiero, *L'abuso d'ufficio fra potere discrezionale e legalità vincolante*, cit., 32. In senso contrario: Merlo, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, cit., 13 ss., che ha definito questo indirizzo giurisprudenziale una forzatura dei cancelli delle parole usate dal d.l. n. 76 del 2020 per modificare l'art. 323 c.p.; Castaldo, Naddeo (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 97 ss.; Salcuni, *Abuso d'ufficio ed eccesso di potere: "fine di un amore tormentato"?*, cit., 15 ss.; Corleto, *La responsabilità penale per abuso d'ufficio dopo il decreto "Semplificazioni": effetti e implicazioni sull'attività degli amministratori pubblici*, cit., 80.

nistratori inquisiti; e coloro che, all'opposto, non volevano toccare in alcun modo la parte relativa al conflitto di interessi per non toccare la suscettibilità del proprio elettorato più sensibile verso la tematica della lotta al malgoverno.

Partendo dalla considerazione che le due modalità di condotta tutelano gli stessi valori costituzionali enunciati dagli artt. 54 e 97, comma 2, Cost., devono essere entrambe idonee a produrre lo stesso evento lesivo ingiusto e sono sottoposte al medesimo trattamento sanzionatorio, appare, davvero, difficile comprendere le ragioni di politica criminale per le quali il legislatore del 2020 ha voluto marcatamente distinguere, come stigmatizzato da Padovani[7], l'abuso consistente nella violazione di specifiche regole di condotta con il richiedere espressamente che le regole siano contenute in leggi o atti aventi forza di legge e specificate in modo tale da escludere che residuino margini di discrezionalità, dall'altro tipo di abuso consistente nella violazione dell'obbligo di astensione, che ha lasciato, invece, inalterato nella formulazione risultante dalla modifica del 1997, così che tale modalità di abuso può nascere anche da una fonte sub-primaria e può concernere qualsiasi tipo di attività pubblica, vincolata o discrezionale che sia[8].

Fatte queste precisazioni di carattere sistematico, si rileva che l'interesse considerato dalla norma in esame consiste in ogni posizione di vantaggio personale, pure non economica ed esclusivamente affettiva, «quale la finalità di favorire altri, quando da ciò derivi per l'agente una situazione» positiva «nella sfera personale delle sue relazioni sociali ed amicali»[9]. Si è giustamente messo in rilevo che

---

[7] Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 10.

[8] Manes, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Percorsi di parte speciale*, cit., 146, secondo cui questa interpretazione susciterebbe «non poche riserve in relazione, tra l'altro, alle esigenze di proporzionalità sanzionatoria interna al tipo, in quanto si finirebbe per punire con la medesima cornice sanzionatoria da un lato condotte violative di doveri comportamentali "rigidi" – spesso riconducibili a mere irregolarità formali – e dall'altro condotte di sviamento funzionale del potere, espressive di ben diverso disvalore.

[9] Cass. pen., sez. VI, 19 novembre 1997, Cappabianca. Ad es., Cass. pen., sez. VI, 18 maggio 2022, n. 21643, ha ritenuto sussistente il reato in esame nel caso del Consigliere comunale e componente della seconda Commissione consiliare, al quale era contestato (capo C) di avere svolto un ruolo concorsuale nella condotta illecita dell'Assessore 2.N.F., imputato del medesimo reato per essersi, in violazione del dovere di astensione, indebitamente interessato all'espletamento della prati-

l'interesse rilevante deve riguardare l'agente pubblico o i suoi prossimi congiunti e deve essere riconoscibile prima dell'atto assunto, potendosi considerare interesse di qualsiasi natura, anche quello legato al proficuo esito di una controversia, nel quale l'agente svolga un mandato professionale[10].

Per questo in dottrina si è rimarcato che «il favoritismo affaristico, lo sfruttamento dell'ufficio, la prevaricazione sono manifestazioni del conflitto d'interesse che possono accompagnare l'azione amministrativa e possono correttamente trovare la loro collocazione normativa nella violazione dell'obbligo di astensione in presenza di «un interesse proprio o di prossimi congiunti o negli altri casi prescritti»[11].

La Suprema Corte ha, altresì, osservato che il dovere di astenersi derivante dalla grave inimicizia presuppone che tra il pubblico agente ed il destinatario dell'atto amministrativo sussistano motivi di rancore personale, mentre tale requisito non è integrato in presenza di semplici manifestazioni di disistima e di critica professionale[12].

Dalla configurazione della norma si evince che anche nel caso della condotta abusiva per omessa astensione, si richiede che l'agente pubblico abbia intenzionalmente procurato a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o ad altri un danno ingiusto[13].

Per la sussistenza del delitto, perciò, non basta che l'agente pubblico abbia emesso un atto violando il proprio dovere di astensione,

---

ca edilizia riguardante i suoi prossimi congiunti, in particolare agevolando l'invio della pratica all'ordine del giorno della Commissione per il vaglio preliminare di ammissibilità, «benché carente di documentazione».

[10] Cass. pen., sez. fer., 17 agosto 2021, n. 42640, che ha ritenuto sussistente il reato di abuso d'ufficio nei confronti di un Sindaco che aveva disposto illegittimamente la requisizione dell'immobile di Tizio per consegnarlo a Caio, nei confronti del quale stava per essere eseguito uno sfratto per morosità, avendo il Sindaco l'obbligo di astenersi in presenza di un interesse proprio, in quanto legale della società con la quale Tizio aveva una controversia su quello stesso immobile.

[11] D'Avirro, *L'abuso d'ufficio*, cit., 98.

[12] Cass. pen., sez. VI, 17 novembre 2020, n. 16782, «Fattispecie in cui la Corte ha escluso la sussistenza dell'obbligo di astensione in capo al Direttore generale di un'Azienda sanitaria che, dovendo procedere alla nomina di un Dirigente di struttura complessa, e potendo esercitare un'ampia facoltà di scelta discrezionale, preferiva altro candidato rispetto ad un soggetto che, in più occasioni, aveva manifestato di non stimare sotto il profilo professionale».

[13] Cass. pen., sez. VI, 30 gennaio 2001, n, 30109.

perché è necessario che l'atto abbia prodotto un indebito vantaggio patrimoniale o un danno ingiusto, in quanto, se l'atto abbia prodotto un trattamento conforme a quello riservato a tutte le altre istanze di identico contenuto presentate dagli altri utenti, la violazione dell'obbligo di astensione non è idonea ad integrare il fatto di reato[14].

Come meglio si vedrà più avanti analizzando il momento consumativo del reato, per la sussistenza del reato, nel caso di abuso per violazione dell'obbligo di astensione, è necessario che a tale omissione si aggiunga l'ingiustizia dell'evento ingiusto intenzionalmente prodotto[15], dovendosi sempre operare una duplice e distinta valutazione della condotta e dell'evento, in quanto non si può far derivare l'ingiustizia del vantaggio patrimoniale o del danno dalla illegittimità del mezzo usato[16].

---

[14] Cass. pen., sez. VI, 12 febbraio 2003, n. 17628, avente ad oggetto il caso del Sindaco che, in violazione del dovere di astensione, aveva riconosciuto all'istanza di sospensione di pagamento presentata dalla moglie l'esenzione dall'imposta di bollo conformemente a tutte le altre istanze presentate da altri cittadini. Così pure Cass. pen., sez. VI, 11 novembre 2021, n. 47063. In dottrina, Manes, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Percorsi di parte speciale*, cit., 147.

[15] Cass. pen., sez. fer., 17 agosto 2021, n. 42640, secondo la quale «occorre che alla condotta, di per sé connotata dalla violazione […] del dovere di astensione, si correli sul piano eziologico» l'altrui danno ingiusto o il vantaggio patrimoniale ingiusto, proprio o di altri, che devono essere specificamente valutati, non essendo la violazione dell'obbligo di astensione *ex* se idonea a integrare il reato in tutti i suoi elementi costitutivi.

[16] Cass. pen., sez. VI, 21 febbraio 2003, n. 11415, relativa alla violazione del dovere di astensione da parte di un Assessore comunale che aveva partecipato alla delibera con cui veniva liquidato il compenso al fratello per prestazioni professionali, compenso comunque corrispondente al dovuto. Similmente: Cass. pen., sez. VI, 7 ottobre 1998, n. 11265, che ha ravvisato il delitto in questione nei confronti del libero professionista, che, nello svolgimento dell'incarico di elaborazione ed esecuzione di un progetto per gli arredi degli uffici della pubblica amministrazione, assicuri un ingiusto vantaggio patrimoniale ad un prossimo congiunto, omettendo di astenersi; Cass. pen., sez. VI, 15 marzo 2013, n. 14457.

La stessa linea è stata seguita dalla Cassazione anche dopo la riforma del 2020: Cass. pen., sez. VI, 25 agosto 2020, n. 32174: «perché si configuri il delitto di abuso di ufficio di cui all'art. 323 cod. pen. non è sufficiente che il pubblico ufficiale abbia emesso un atto violando il proprio dovere di astensione, ma è necessario che tale atto abbia arrecato o un indebito vantaggio patrimoniale o un ingiusto danno anche non di carattere patrimoniale; poiché, se l'atto è invece conforme al trattamento riservato a tutte le altre istanze di identico contenuto presentate dagli altri cittadini, esso non è idoneo a configurare l'illecito nonostante la violazione dell'obbligo di astensione (fattispecie relativa al Sindaco che in violazione al dovere di astensione riconosceva all'istanza di sospensione di pagamento presentata dalla

La Cassazione ha, perciò, correttamente, precisato che la violazione del dovere di astensione da parte dell'agente pubblico integra la figura di reato in esame quando si accompagna «alla strumentalizzazione dell'ufficio stesso che denota uno sviamento di potere, ossia un uso distorto dei poteri funzionali ovvero un cattivo esercizio di compiti inerenti un pubblico servizio»[17], che intenzionalmente produce l'evento ingiusto.

Giustamente, Romano ha evidenziato che l'art. 323 c.p. fa riferimento «ad un c.d. conflitto di interessi potenziale o virtuale», perché le situazioni di conflitto alle quali si riferisce la norma devono essere identificabili a priori, «cioè prima dell'atto o dell'operazione da compiere: l'interesse del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio o del terzo, da determinarsi in rapporto al contenuto dell'atto o dell'operazione stessi, deve presentarsi *ex ante* quale visibile fattore inquinante, il cui effetto pratico paventabile […] è un ingiusto vantaggio patrimoniale per il soggetto pubblico o ad altri, o un ingiusto danno, patrimoniale o no, a terzi»[18].

Nella medesima direzione, la Corte di Cassazione ha sostenuto che la norma in commento «ha introdotto nell'ordinamento, in via diretta e generale, un dovere di astensione per i pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio che si trovino in una situazione di conflitto di interessi», la cui inosservanza produce, comunque, la sussistenza del reato anche quando manchi nell'ambito del procedimento svolto dall'agente «una specifica disciplina dell'astensione ovvero quando, sussistendo una specifica disciplina, questa riguardi un numero più ridotto di ipotesi o sia priva di carattere cogente»[19].

L'espressione utilizzata dall'art. 323 c.p. è, quindi, leggibile, per il Giudice di legittimità, nel senso che la norma ricollega l'obbligo di

---

moglie l'esenzione dall'imposta di bollo conformemente a tutte le altre istanze presentate da altri cittadini)».

[17] Cass. pen., sez. VI, 13 dicembre 2002, n. 1320, fattispecie in tema di gara di appalto per la fornitura di pasti alle mense scolastiche comunali in cui la Corte ha dichiarato inammissibili i ricorsi avverso la sentenza di condanna della legale rappresentante dell'impresa risultata poi aggiudicataria e del marito, già consulente incaricato dallo stesso Comune di studiare e predisporre il capitolato di gara, il quale non si era astenuto dall'intervenire quale membro della Commissione di esame delle offerte della gara di appalto, attribuendo impropriamente il punteggio alla impresa gestita dalla moglie.

[18] Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 253 ss.

[19] Cass. pen., sez. VI, 15-27 marzo 2013, n. 14457.

astensione a due ipotesi distinte e alternative: quella dell'obbligo di carattere generale, derivante dall'esistenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto; e quella della verificazione dei singoli casi in cui l'obbligo sia prescritto da altre disposizioni di legge che vengono richiamate in via generale.

Tale richiamo, esteso secondo lo schema della norma penale in bianco, anche alle norme speciali di futura emanazione, delinea un sistema in cui l'ipotesi di carattere generale e quelle particolari risultano armonizzate grazie a un effetto parzialmente abrogante, che esclude ogni possibile contrasto, nel senso che, in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, la "facoltà" di astensione eventualmente prevista da una norma speciale viene abrogata e sostituita dall'obbligo di astensione, derivante, appunto, dalla presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto[20].

Questa linea interpretativa è stata ribadita dalla Cassazione anche dopo la riforma del 2020, quando ha affermato che «la fonte normativa dell'obbligo di astensione è da individuarsi nella stessa norma penale 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 più ridotto di ipotesi o che sia priva di carattere cogente»[21].

---

[20] Cass. pen., sez. VI, 19 ottobre 2004, n. 7992, dove si è sostenuto, con riferimento all'art. 52 c.p.p., che prevede la facoltà di astensione del Pubblico ministero quando esistono gravi ragioni di convenienza, che, in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, detta facoltà di astensione, è abrogata e sostituita dall'obbligo di astensione.

Nello stesso senso: Cass. pen., sez. VI, 2 ottobre 1998, n. 11549, «ai fini della configurabilità del delitto di abuso d'ufficio, l'obbligo di astensione del pubblico ufficiale in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, sussiste anche in capo ad un ufficiale di polizia giudiziaria, a nulla rilevando che questi, al pari del Pubblico ministero e diversamente dal Giudice, non abbia nella disciplina del c.p.p. obblighi di astensione».

[21] Cass. pen., sez. VI, 20 luglio 2022, n. 40035. Catenacci, *Abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*, in Catenacci (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 177, ha sostenuto che l'espressione «altri casi prescritti» andrebbe interpretata come «comprendente quegli obblighi di astensione ulteriori e diversi da quello sancito all'art. 323 c.p., cioè obblighi di astensione che non derivino dalla ricorrenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto e che siano posti da altre specifiche normative», come l'art.

2. *Parametri normativi dell'obbligo di astensione*

Come parametri normativi dell'obbligo di astensione si possono richiamare, a mero titolo esemplificativo: l'art. 36 c.p.p. per i Giudici ordinari penali; l'art. 52 c.p.p., per i magistrati del Pubblico ministero ordinario; l'art. 51 c.p.c. per i Giudici ordinari civili; l'art. 288 c.p.mil.p. per i Giudici militari; l'art. 17 del codice del processo amministrativo di cui al d.lgs. n. 104 del 2010, come succ. mod., per i Giudici amministrativi; l'art. 21 del codice di giustizia contabile di cui al d.lgs. n. 174 del 2016, come succ. mod., per i Giudici contabili; l'art. 54 *bis* del codice di giustizia contabile per i magistrati del Pubblico ministero contabile; l'art. 6 del codice del processo tributario di cui al d.lgs. n. 546 del 1992, come succ. mod., per i Giudici tributari; gli artt. 1471 c.c. – 290 r.d. 4 febbraio 1915 n. 148 per gli Amministratori locali[22].

Tra le altre norme, appare meritevole d'attenzione l'art. 78 del d.lgs. n. 267 del 2000, contenente il Testo unico degli enti locali, nella parte in cui stabilisce che «Gli Amministratori di cui all'art. 77, comma 2, devono astenersi dal prendere parte alla discussione ed alla votazione di delibere riguardanti interessi propri o di loro parenti o affini sino al quarto grado. L'obbligo di astensione non si applica ai provvedimenti normativi o di carattere generale, quali i piani urbanistici, se non nei casi in cui sussista una correlazione immediata e diretta fra il contenuto della deliberazione e specifici interessi dell'amministratore o di parenti o affini fino al quarto grado. – I componenti la Giunta comunale competenti in materia urbanistica, di edilizia e di lavori pubblici devono astenersi dall'esercitare attività professionale in materia di edilizia privata e pubblica nel territorio da essi amministrato. – […] Al Sindaco e al Presidente della Provincia, nonché agli Assessori ed ai Consiglieri comunali e provinciali è vietato ricoprire incarichi e assumere consulenze presso enti

28 d.p.r. n. 1229 del 1959, «che impone agli ufficiali giudiziari di astenersi dal compiere qualsiasi atto del loro ufficio nei confronti di parenti o affini entro il quarto grado».

[22] Cosi Padovani, *L'abuso d'ufficio. La nuova struttura dell'art. 323 e l'eredità delle figure criminose abrogate*, cit., 741 ss.; Benussi, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 46 ss.; Leoni, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., 97; D'Avirro, *L'abuso d'ufficio. La legge di riforma 16 luglio 1997 n. 234*, cit., 265 ss.; Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 244 ss.

ed istituzioni dipendenti o comunque sottoposti a controllo ed alla vigilanza dei relativi Comuni e Province»[23].

Parimenti rilevanti sono alcune norme contenute nel d.p.r. 16 aprile 2013 n. 62, contenente il regolamento recante il codice di comportamento dei Dipendenti pubblici, introdotto in attuazione dell'art. 54 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165[24], ossia:

– l'art. 6, comma 2, che stabilisce che «il Dipendente si astiene dal prendere decisioni o svolgere attività inerenti le sue mansioni in situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi con interessi personali, del coniuge, di conviventi, di parenti, di affini entro il secondo grado. Il conflitto può riguardare interessi di qualsiasi natura, anche non patrimoniali, come quelli derivanti dall'intento di voler assecondare pressioni politiche, sindacali o dei superiori gerarchici»;

– l'art. 7, che impone al dipendente di astenersi dal partecipare «all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il Responsabile dell'ufficio di appartenenza»[25];

– l'art. 13, comma 3, che stabilisce che il Dirigente, «prima di assumere le sue funzioni, comunica all'amministrazione le partecipazioni azionarie e gli altri interessi finanziari che possano porlo in conflitto di interessi con la funzione pubblica che svolge e dichiara se ha parenti e affini entro il secondo grado, coniuge o conviventi che esercitano attività politiche, professionali o economiche che li pongano in contatti frequenti con l'ufficio che dovrà dirigere o che siano coinvolti nelle decisioni o nelle attività inerenti all'ufficio»;

---

[23] Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 372.

[24] Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale II*, a cura di A. Rossi, cit., 502 ss.

[25] Cass. pen., sez. VI, 10 maggio 2023, n. 26225.

– l'art. 14, comma 2, che vieta al Dipendente di concludere, per conto dell'Amministrazione, «contratti di appalto, fornitura, servizio, finanziamento o assicurazione con imprese con le quali abbia stipulato contratti a titolo privato o ricevuto altre utilità nel bienni precedente, ad eccezione di quelli conclusi ai sensi dell'art. 1342 c.c.» mediante moduli o formulari. «Nel caso in cui l'amministrazione concluda contratti di appalto, fornitura, servizio, finanziamento o assicurazione con imprese con le quali il dipendente abbia concluso contratti a titolo privato o ricevuto altre utilità nel biennio precedente, questi si astiene dal partecipare all'adozione delle decisioni ed alle attività relative all'esecuzione del contratto, redigendo verbale scritto di tale astensione da conservare agli atti dell'ufficio»[26].

Ugualmente rilevante come parametro normativo per la sussistenza del dovere di astensione è l'art. 6 *bis* della l. n. 241 del 1990, come succ. mod., che stabilisce che «il Responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto anche potenziale», in quanto definisce in maniera sufficientemente specifica le situazioni nelle quali scatta l'obbligo di astenersi[27].

3. *Casi giurisprudenziali sull'obbligo di astensione*

Molteplici sono le pronunce della Corte di Cassazione sino ad ora intervenute sul tema dell'abuso d'ufficio per violazione dell'obbligo di astensione, che si possono citare.

---

[26] Si ricorda che, prima del d.p.r. n. 62 del 2013, era in vigore l'art. 6 del decreto 31 marzo 1994 del Ministero della Funzione pubblica (codice di comportamento dei dipendenti della pubblica amministrazione), per il quale il dipendente si asteneva dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che potessero coinvolgere, direttamente o indirettamente, interessi finanziari o non finanziari propri o di parenti o conviventi che venne reputato dalla giurisprudenza parametro di valutazione dell'abusività della condotta, sotto la vigenza dell'art. 323 c.p. nella formulazione del 1997, come detto da Cass. pen., sez. VI, 17 dicembre 1998, in *Guida dir.*, 1999, 19.

[27] Come sostenuto da Cass. pen., sez. VI, 10 maggio 2023, n. 26225.

In materia di edilizia ed urbanistica, la Cassazione ha statuito:

– che «integra il reato di abuso di ufficio sotto il profilo della violazione di legge (art. 279 del t.u. n. 383 del 1934), con specifico riferimento all'inottemperanza del dovere di astensione, la condotta dell'Amministratore comunale che partecipi alla deliberazione di approvazione di variante del piano regolatore, qualora si profili un interesse concreto proprio di un prossimo congiunto, nonostante l'atto in questione abbia la natura di atto amministrativo di carattere generale» (nella specie, a seguito dell'approvazione della variante, divenivano edificabili alcuni terreni di proprietà dei congiunti dell'Amministratore comunale)[28];

– che, poiché il reato in discussione «è strutturato come fattispecie di evento», non integra il reato in esame la condotta di un componente di una Commissione edilizia comunale «che non si astenga dal partecipare a riunioni di tale organo in cui sono trattate pratiche alle quali egli abbia interesse, qualora il parere espresso dalla Commissione sia conforme agli strumenti urbanistici vigenti, non potendo tale condotta determinare alcun ingiusto vantaggio patrimoniale»[29];

– che «il Consigliere comunale non ha il dovere di astenersi da delibere di approvazione di piani regolatori generali, trattandosi di atto finale di un procedimento complesso in cui confluiscono e si compensano molteplici interessi collettivi o individuali, sicché il voto espresso dal singolo Amministratore non riguarda una specifica prescrizione ma il contenuto generale dell'atto», cioè l'assetto territoriale nel suo complesso, sussistendo, invece, «il dovere di astensione […], qualora si tratti di partecipazione a delibere su opposizioni al piano regolatore generale riconducibili a interessi personali sia propri dell'Amministratore sia di un prossimo congiunto»[30]; oppure qualora il voto espresso «riguardi la destinazione della singola area o una specifica prescrizione, come, in particolare, nell'ipotesi in cui il voto riguardi una variante al piano regolatore, concernente un'area in relazione alla quale sia riconoscibile un interesse personale, anche indiretto, del pubblico Amministratore»[31];

– che «è configurabile il delitto di abuso d'ufficio nel comportamento del Sindaco che, allo scopo di favorire un proprio parente,

[28] Cass. pen., sez. VI, 23 settembre 1998, n. 2662.
[29] Cass. pen., sez. VI, 25 marzo 1998, n. 5966.
[30] Cass. pen., sez. VI, 15 febbraio 2000, n. 11600.
[31] Cass. pen., sez. VI, 15 marzo 2013, n. 14457.

pur avendo ricevuto dai Vigili urbani un verbale di accertamento e denuncia di un'opera abusiva, omette l'immediata adozione dell'ordinanza di sospensione dei lavori»[32].

In materia di sanità, la Cassazione ha stabilito che commette il reato di abuso d'ufficio:

– «il Medico in servizio presso una Asl, che, avendo visitato un paziente, lo indirizzi verso un laboratorio medico non convenzionato, di cui era socio, per l'espletamento di un esame di laboratorio, non informando il paziente della possibilità di eseguire detto esame anche presso una struttura convenzionata», violando, in tal modo, «il dovere di astensione cui era tenuto» per il conflitto che si profilava in concreto «tra interessi pubblici e privati»[33];

– il Medico specialista di una struttura pubblica, che, per conseguire un vantaggio patrimoniale, indirizzi un paziente verso il proprio studio privato per eseguire un ulteriore esame specialistico, «in violazione del dovere di astensione» impostogli «dal codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni» e «dalla sussistenza in concreto di un conflitto patente tra interessi pubblici e privati», non avendo alcun rilievo neppure «l'impossibilità di eseguire detto esame nella struttura pubblica, allorquando sia possibile ricorrere ad altre e contigue strutture pubbliche, raggiungibili senza particolari disagi dai pazienti, attesa la prossimità territoriale»[34].

Da tener presente è la massima secondo cui è responsabile del reato in discussione il Medico di una struttura sanitaria pubblica, che, nello svolgimento delle sue pubbliche funzioni, dopo aver visitato un paziente, nell'indicargli il possibile iter diagnostico-terapeutico, gli prospetti l'opportunità del ricovero presso una casa di cura privata dove egli stesso opera e, poi, «proceda materialmente a porre in essere le operazioni e gli adempimenti burocratici necessari al trasferimento, violando in tal modo l'obbligo di astensione di cui all'art. 6 del d.m.

---

[32] Cass. pen., sez. VI, 12 luglio 2002, n. 3380.

[33] Cass. pen., sez. VI, 9 aprile 2001, n. 24066.

[34] Cass. pen., sez. VI, sent. 24 aprile 2008, n. 27936; Cass. pen., sez. VI, 24 settembre 2012, n. 40824, per la quale commette abuso d'ufficio «il Medico di una struttura sanitaria pubblica che, all'atto delle dimissioni dei pazienti, li inviti esplicitamente per la visita di controllo post-operatoria, a pagamento, presso il proprio studio professionale, senza informarli circa la possibilità di ottenere la medesima prestazione presso lo stesso presidio ospedaliero, senza ulteriori spese».

31/3/1994 in presenza di un interesse proprio e così, intenzionalmente procurandosi l'ingiusto vantaggio patrimoniale costituito da compensi connessi alla prestazione professionale privata».

La Corte di Cassazione ha sottolineato che «tale condotta non risponde né a un interesse della pubblica amministrazione, né a un interesse del privato, il quale viene a essere gravemente leso nella sua necessaria libertà di autodeterminazione, in ordine all'esercizio del suo diritto all'ottenimento di cure gratuite, dalla condotta affaristica del Medico».

È interessante osservare che, con tale sentenza, la Corte ha messo, altresì, in evidenza che «l'art. 323 c.p., con la locuzione nello svolgimento della funzione, vuole includere nell'ambito di applicazione della norma non soltanto il compimento di specifici atti, ma anche lo svolgimento di semplici attività»[35], potendo l'abuso d'ufficio concretizzarsi pure in attività materiali, quali le operazioni tecniche e i comportamenti che si concretano nei fatti costituenti manifestazioni dell'attività amministrativa e quindi dell'ufficio.

Si ricorda, infine, che il reato in esame è stato, pure, ravvisato:

– nei confronti del Sindaco «che non impedisca la violazione dell'obbligo di astensione di taluni dei componenti del Consiglio comunale i quali abbiano collaborato alla individuazione dei soggetti irregolarmente assunti alle dipendenze del Comune allorché questi ultimi siano prossimi congiunti dei primi»[36];

– nei confronti dell'Amministratore comunale che, in violazione dell'art. 279 del t.u. n. 383 del 1934, nel decidere due configgenti richieste di utilizzazione della piazza per propaganda elettorale, omettendo di astenersi, respinga l'istanza del rappresentante della lista avversaria e successivamente autorizzi la propria lista[37];

– nei confronti del Sindaco di un Comune, che, avendo assunto la presidenza della seduta del Consiglio comunale che doveva esaminare, tra gli altri temi, la mozione presentata dai Consiglieri di minoranza volta a sollecitare la costituzione di parte civile del Comune nel processo nei confronti dello stesso Sindaco, aveva omesso di

---

[35] Cass. pen., sez. VI, 17 dicembre 1998, pres. e rel. D'Avossa.

[36] Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2002, n. 31895.

[37] Cass. pen., sez. VI, 19 novembre 2001, n. 43169.

astenersi in presenza di un interesse proprio, così da arrivare a sospendere e poi sciogliere la seduta stessa, cagionando ai Consiglieri presentatori della mozione ed al Comune l'ingiusto danno consistito nell'impedire che il Consiglio comunale discutesse e si pronunciasse sulla anzidetta mozione ai fini della successiva costituzione di parte civile nel processo pendente nei confronti del Sindaco per i reati di maltrattamenti, violenza sessuale e concussione in danno di Dipendenti del Comune stesso[38];

– nei confronti del Direttore di un Ente-parco che aveva indebitamente conferito ad una donna, con la quale aveva uno stabile rapporto sentimentale, il posto di Istruttore direttivo tecnico messo a bando per mobilità interna, omettendo di astenersi in violazione degli artt. 6 *bis* l. n. 241 del 1990 e 7 d.p.r. n. 62 del 2013[39].

4. *L'evento ingiusto prodotto dalle condotte abusive*

Venendo al momento consumativo, si rileva che la l. n. 234 del 1997, sul punto non toccata dal decreto "Semplificazioni", configura l'abuso di ufficio come reato non più di pericolo, come era nel codice Rocco e nella riforma del 1990, ma di evento[40], in quanto richiede, per la sua consumazione, che venga effettivamente procurato a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arrecato

[38] Cass. pen., sez. fer., 25 agosto 2020, n. 32174.

[39] Come affermato da Cass. pen., sez. VI, 10 maggio 2023, n. 26225, «nell'ambito della fattispecie di abuso di ufficio, infatti, sono ricomprese, ricorrendo i presupposti indicati in tale disposizione (ossia, la violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero la mancata astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti), le condotte poste in essere dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio che, nella predisposizione e nello svolgimento». di procedure relative all'assunzione o alla mobilità di personale della pubblica amministrazione, «abbia intenzionalmente procurato un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arrecato ad altri un danno ingiusto».

[40] A. Tesauro, *Violazione di legge e abuso d'ufficio*, cit., 195 ss.; Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 374 ss.; Manes, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Percorsi di parte speciale*, cit., 147.

ad altri un danno ingiusto[41], come conseguenza della condotta tipica[42], in modo da portare in avanti la realizzazione del fatto di reato[43] e da far decorrere il termine di prescrizione dalla realizzazione di uno degli eventi ingiusti previsti[44].

Così concepito, l'abuso d'ufficio si materializza istantaneamente con la realizzazione dell'ingiusto vantaggio patrimoniale o del danno ingiusto[45], che devono essere intenzionalmente voluti dall'agente pubblico

---

[41] Cass. pen., sez. VI, 22 novembre 1999, Battista; Cass. pen., sez. VI, 6 febbraio 2020, n. 12075, che ha precisato che è necessaria l'ingiustizia del vantaggio patrimoniale procurato o del danno arrecato anche nel caso di violazione dell'obbligo di astensione. Bartoli, Pelissero, Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 519; Catenacci, *Abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*, in Catenacci (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 177 ss.

[42] Cass. pen., sez. VI, 7 maggio 1998, n. 695; Cass. pen., sez. VI, 19 marzo 2012, n. 27604, «Per l'oggettiva configurabilità del reato di abuso d'ufficio è necessario che l'ingiusto vantaggio patrimoniale sia conseguenza diretta della condotta abusiva. (Nella specie, la Corte ha escluso la configurabilità del reato a carico di un Assessore comunale al bilancio cui era stato contestato di aver occultato il disavanzo di un Comune per impedire la declaratoria del dissesto, con conseguente vantaggio patrimoniale consistito nel permanere nella funzione ricoperta, non prevedendo l'art. 248, co. 5, TUEL alcuna automatica decadenza a seguito del dissesto, ma solo una possibile declaratoria di incompatibilità, conseguente, però, ad eventuale giudizio contabile)».

[43] Cass. pen., sez. V, 10 settembre 1998, n. 11847.

[44] Cass. pen., sez. VI, 30 aprile 1999, n. 10230.

[45] Cass. pen., sez. VI, 1 giugno 1998, Lauro e altro, per la quale integra l'ingiusto vantaggio patrimoniale la retribuzione relativa all'incarico di componente di una Commissione di collaudo conferito illegittimamente; Cass. pen., sez. VI, 24 ottobre 1997, n. 11984, «In tema di abuso di ufficio, qualora il vantaggio patrimoniale consista nella illegittima attribuzione di denaro per effetto dell'atto concretante l'abuso, non è necessario che il beneficiario consegua materialmente il pagamento, perché nel concetto di vantaggio patrimoniale rientra anche l'accrescimento del patrimonio conseguente al sorgere dei presupposti del diritto di credito. Ne consegue che il reato deve ritenersi consumato con il venire ad esistenza della deliberazione.

Così: Cass. pen., sez. V, 14 marzo 2000, n. 5105; Cass. pen., sez. VI, 20 aprile 2001, n. 23195, «Correttamente viene ravvisato il reato di abuso d'ufficio nella condotta di un pubblico dipendente (Sottufficiale della Arma dei carabinieri) il quale abbia fatto uso per scopi estranei al servizio dell'autovettura in sua dotazione e abbia impiegato per mansioni improprie il personale dipendente: non è dubitabile, infatti, che questi in violazione delle norme riguardanti l'impiego delle risorse umane e materiali assegnate al suo ufficio, abbia intenzionalmente conseguito un ingiusto vantaggio patrimoniale, equivalente al valore forza-lavoro impiegata, all'ammortamento *pro tempore* del veicolo usato e al prezzo del carburante abusivamente consumato»; Cass. pen., sez. V, 5 novembre 2001, n. 1732, «In tema di abuso d'ufficio, il requisito dell'ingiusto vantaggio patrimoniale ricorre non solo

come conseguenza diretta, «ancorché non esclusiva» della condotta abusiva assunta in violazione o di regole di condotta o dell'obbligo di astensione impostogli[46]. Ciò vuol dire che Il tentativo è ipotizzabile in relazione alla condotta abusiva che non riesca a produrre uno dei due eventi ingiusti per circostanze indipendenti dalla volontà dell'agente, qualora ricorrano «tutti i presupposti e le condizioni di cui all'art. 56 c.p.»[47].

La configurazione del reato come di evento è stata evidentemente voluta dal legislatore allo scopo di escludere un'indebita sovrapposizione tra il vizio dell'atto o del comportamento dell'agente pubblico e l'area di rilevanza criminale, nel rispetto del principio di sussidiarietà del diritto penale, così da richiedere, sul piano dell'elemento oggettivo, che, in conseguenza della violazione della regola di condotta o dell'obbligo di astensione, l'agente procuri, per sé o per altri, un ingiusto vantaggio patrimoniale o, ad altri, un danno ingiusto, che sia in contrasto con l'interesse reale della pubblica amministrazione, nel rispetto del principio di offensività penale[48].

È bene tener presente che le due ipotesi alternative di evento ingiusto si caratterizzano in senso naturalistico, perché sono il risultato giuridicamente rilevante prodotto dalla condotta abusiva ad essi causalmente orientata, che si pone come un *quid* esterno al soggetto agente ed incidente sulla realtà fenomenica.

---

quando l'abuso sia volto a procurare a sé o ad altri, in via immediata, denaro o altre utilità materiali, ma anche quando l'intento dell'agente sia quello di creare una situazione più favorevole, rispetto a quella esistente, per il complesso dei rapporti giuridici a carattere patrimoniale facenti capo ad un determinato soggetto. (Nel caso di specie la Suprema Corte ha ritenuto che il fatto di diventare, senza merito, Professore ordinario di prima fascia, costituisse, per i soggetti favoriti, un indubitabile vantaggio proprio sul piano professionale ed economico oltre che scientifico. Il prestigio acquisito con la nomina riverbera, infatti, i suoi effetti sull'aumento della clientela privata e sulla credibilità e sulla possibilità di pretendere onorari notevolmente più elevati)».

[46] Cass. pen., sez. VI, 24 giugno 1998, n. 10136.

[47] Cass. pen., sez. VI, 24 giugno 1998, n. 10136; Cass. pen., sez. VI, 4 maggio 2011, n. 20094, «Integra il delitto di tentato abuso d'ufficio, e non quello di peculato, la condotta di un Ispettore di Polizia di Stato che, utilizzando il fax in dotazione dell'ufficio, richieda all'ACI notizie ed informazioni sulle autovetture di lusso immatricolate in una data Provincia, al fine di procurare un ingiusto vantaggio patrimoniale al coniuge, procacciatore d'affari presso un'agenzia di assicurazioni, che avrebbe potuto ottenerle solo previo pagamento (evento non verificatosi per l'intervento dei superiori che avevano intercettato il fax)».

[48] Cass. pen., sez. VI, 31 maggio 2022, n. 26625.

Dal punto di vista sistematico, si può, così, evidenziare che l'evento ingiusto, che è un requisito di illiceità speciale, esprime il disvalore su cui si incentra la dimensione lesiva della fattispecie[49], in modo da rispettare il principio di materialità che, per autorevole dottrina, presiede alla corretta formulazione dei reati, secondo cui «il fatto tipico, per corrispondere all'esigenza di discriminare in termini di rigorosa certezza tra la sfera del penalmente rilevante e quella del penalmente irrilevante, dovrebbe essere costituito soltanto da elementi obiettivi, perché soltanto il riferimento ad una realtà esterna può assicurare un tale risultato»[50].

Con la modifica della previsione normativa in termini di reato di evento, si è rimediato all'aspetto più criticato delle figure del reato di abuso di ufficio contenute tanto nel codice Rocco quanto nella legge n. 86 del 1990, che, trovando l'ostilità della dottrina più sensibile alle esigenze di garanzia delle libertà individuali, fondavano l'antigiuridicità essenzialmente sul dolo specifico, ossia sullo scopo di recare a sé o ad altri un vantaggio ingiusto o ad altri un danno ingiusto.

Si era, difatti, osservato che «far dipendere la materia del comando o del divieto da un atteggiamento soggettivo» rendeva precaria «la funzione garantistica del fatto tipico»; e rischiava «di orientare il senso della repressione punitiva verso l'atteggiamento interiore del soggetto», perché la sua punibilità non dipendeva più, essenzialmente, da ciò che egli aveva realizzato, «ma anche dai contenuti della coscienza»[51].

In questo senso si è affermato che l'oggetto giuridico del delitto in questione consiste nell'interesse pubblico a che la persona investita di una pubblica funzione o di un servizio pubblico, nel compimento di atti o di comportamenti relativi al proprio servizio o alla propria funzione, garantisca il corretto funzionamento dell'amministrazione, esercitando le proprie funzioni o il proprio servizio nel rispetto delle norme di rango legislativo che disciplinano le funzioni o il servizio, così da non pro-

[49] Si veda in particolare: Cass. pen., sez. VI, 24 maggio 2011, n. 36020, «Ai fini del perfezionamento del reato di abuso d'ufficio non assume alcun rilievo, stante la sua natura di reato di evento, l'adozione di atti amministrativi illegittimi da parte del pubblico ufficiale agente, ma unicamente il concreto verificarsi (reale o potenziale) di un ingiusto vantaggio patrimoniale che il soggetto attivo procura con i suoi atti a sé stesso o ad altri, ovvero un ingiusto danno che quei medesimi atti procurano a terzi».

[50] Padovani, *Diritto penale*, cit., 129 ss.

[51] Padovani, *Diritto penale*, cit., 129 ss.

vocare uno dei due eventi ingiusti previsti dall'art. 323 c.p., perché «è proprio l'ingiustizia dell'evento danno o vantaggio patrimoniale – "intenzionalmente" cagionato mediante violazione di norme di legge […] – ad attribuire rilevanza penale alla condotta dell'agente»[52].

Per l'art. 323 c.p. vigente, il danno o il vantaggio perseguiti devono essere ingiusti, nel senso che devono essere prodotti:

– *non iure*, ossia in assenza di una causa di giustificazione così da non essere giustificati in alcun modo dall'ordinamento giuridico;

– e *contra ius*, ossia essere incidenti ingiustificatamente su una situazione giuridica soggettiva riconosciuta e protetta dal diritto, cosicché è ingiusto il danno o il vantaggio patrimoniale che non spettano secondo l'ordinamento giuridico[53].

L'abuso d'ufficio consiste, quindi, nell'atto o nel comportamento illegittimo posto in essere in modo da realizzare un danno o un vantaggio ingiusto, dimodocché la fattispecie considerata presenta il requisito della doppia ingiustizia sia della condotta e sia dell'evento[54], perché ingiusta deve essere la condotta, in quanto realizzata in violazione o di specifiche norme di legge dalle quali non residuino margini di discrezionalità, o dell'obbligo di astensione sussistente nel caso concreto; e ingiusto deve essere l'evento di vantaggio patrimoniale proprio o di altri ovvero di danno ad altri[55].

La valutazione dell'ingiustizia dell'evento, perciò, va tenuta distinta e autonoma da quella che riguarda il mezzo impiegato, perché

---

[52] Cass. pen., sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 42801.

[53] Così Cass. pen., sez. VI, 17 ottobre 1997, n. 952.

[54] Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 260.

[55] Cass. pen., sez. VI, 30 settembre 1998, n. 1207, dove si è affermato che «nella specie, il vantaggio conseguito dall'imputato è sicuramente ingiusto, in quanto in capo al predetto non sussisteva alcuna posizione soggettiva, giuridicamente tutelata, ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto e la conseguente opportunità di guadagnare, ma solo un interesse di fatto che, in quanto tale, non è idoneo a impedire il propagarsi dell'illegalità del mezzo sull'evento e a recidere quindi il nesso di causalità tra la prima e il secondo». Nella stessa direzione sono poi intervenute pure le seguenti pronunce: Cass. pen., sez. VI, 14 dicembre 1998, n. 1709; Cass. pen., sez. VI, 25 marzo 1998, n. 5966; Cass. pen., sez. VI, 17 dicembre 1998, pres. D'Avossa; Cass. pen., sez. VI, 26 novembre 2002, n. 62; Cass. pen., sez. VI, 13 gennaio 2000, n. 2264; Cass. pen., sez. VI, 12 marzo 2004, n. 22423; Cass. pen., sez. VI, 24 ottobre 2007, n. 4683, 58; Cass. pen., sez. VI, sent. 24 aprile 2008, n. 27936; Cass. pen., sez. V, 2 dicembre 2008, n. 16895.

è possibile che il reato non sussista in quanto, pur tenendo una condotta illegittima, l'evento prodotto, di vantaggio patrimoniale o di danno, non sia di per sé ingiusto.

Come sottolineato dalla Corte di Cassazione, «questa conclusione trova conforto sia nel dato letterale, che fa riferimento all'illegittimità della condotta e alla ingiustizia dell'evento, sia nella ratio della norma, che mira a sottrarre alla sanzione penale quelle ipotesi in cui, sia pure attraverso un'attività amministrativa illegittima, si realizza un evento di per sé legittimo», perché corrispondente ad una posizione soggettiva giuridicamente tutelata come, ad esempio, «un potere della pubblica amministrazione, un diritto soggettivo o un interesse legittimo del terzo o del soggetto attivo considerato nello status di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio»[56].

Insomma, la violazione delle norme che determina l'illiceità dell'azione amministrativa non può di per sé far sorgere automaticamente la responsabilità penale, non essendo idonea a integrare il reato di abuso di ufficio in assenza di un ingiusto vantaggio patrimoniale o di un danno ingiusto, «perseguito in danno della pubblica amministrazione»[57].

---

[56] Cass. pen., sez. VI, 30 settembre 1998, n. 1207.

In dottrina: Della Monica, *L'ingiusto vantaggio patrimoniale*, in Aa.Vv., *Modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, a cura di Dalia, Ferraioli, Milano, Giuffrè, 1997, 97; Pittaro, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, in Aa.Vv., *Le nuove leggi penali*, Padova, Cedam, 1998, 29; Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 278.

[57] Cass. pen., sez. VI, 23 maggio 2019, n. 22871, che ha osservato, con riguardo al tema della c.d. doppia ingiustizia, che «accanto al profilo della violazione di legge o di regolamento (o della violazione dell'obbligo di astensione) che deve connotare la condotta, deve individuarsi il profilo dell'ingiustizia del vantaggio patrimoniale o del danno, che costituiscono, in alternativa, l'evento consumativo del delitto di abuso di ufficio. Tale ingiustizia può essere individuata sia in base a profili autonomi rispetto a quelli che connotano la condotta sia quale proiezione di quegli stessi profili, ove idonei a qualificare il risultato prodotto». Cost. Cass. pen., sez. VI, 31 maggio 2022, n. 26625.

Sul requisito della doppia ingiustizia: Catenacci, *Abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*, in Catenacci (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 179.

5. *Casi giurisprudenziali di evento ingiusto*

Il danno ingiusto arrecato ad altri può assumere svariate forme, come la perdita di un bene legittimamente acquisito; la mancata acquisizione di un bene a cui si ha diritto; l'omessa adozione di un provvedimento vincolato favorevole[58]; e non necessariamente deve avere contenuto patrimoniale, potendo anche consistere in costrizioni prive di giustificazioni, che determinino un'aggressione ingiusta nella sfera della personalità per come tutelata dai principi costituzionali[59].

Seguendo l'orientamento giurisprudenziale espresso dalle sezioni unite civili della Corte di cassazione[60], secondo cui deve riconoscersi all'art. 2043 c.c. il rango non più di norma secondaria, volta a sanzionare con l'obbligo del risarcimento una condotta vietata da altre norme, ma di norma primaria, volta a garantire la riparazione di qualsivoglia danno ingiusto, identificabile nella lesione, non giustificata da altre norme, di un interesse rilevante per l'ordinamento, il reato in discussione è configurabile, pure, quando l'agente pubblico, abbia prodotto a taluno un danno ingiusto in conseguenza dell'attività illegittima realizzata, andando a ledere non un interesse legittimo in sé considerato, ma l'interesse al bene della vita che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento ed al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, si collega. Questo è il caso del Titolare di una cattedra universitaria di medicina il quale, ledendo il risarcibile interesse sostanziale di un Professore associato ad una compiuta estrinsecazione della propria professionalità, cui si collegava l'interesse legittimo, in base alla normativa vigente, ad esse-

---

[58] Cass. pen., sez. un., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 12228; Cass. pen., sez. VI, 23 maggio 2019, n. 22871, che ha statuito che «la nozione di danno ingiusto deve essere intesa non solo con riguardo a situazioni patrimoniali e a diritti soggettivi perfetti (Cass. pen., sez. 6, n. 39452 del 7/7/2016, Brigandì, rv. 268222), dovendosi aver riguardo ad ogni tipo di aggressione arrecata a situazioni soggettive di pertinenza di un soggetto, nel presupposto che la stessa sia giuridicamente ingiustificata e tale da produrre conseguenze lesive. – Assume infatti rilievo la fattispecie di danno ingiusto evocata dall'articolo 2043 c.c., riferibile anche alla lesione di interessi legittimi, ferma restando la concreta valutabilità della "chance", particolarmente rilevante nel caso di comparazione di poche posizioni».

[59] Così: Cass. pen., sez. VI, 2 ottobre 1998, n. 11549; Cass. pen., sez. VI, 15 gennaio 2004, n. 4945; Cass. pen., sez. VI, 17 ottobre 2007, n. 40891.

[60] Cass. pen. civ., S.U., 22 luglio 1999, n. 500.

re assegnato all'espletamento di determinate mansioni comprendenti l'attività di sala operatoria, lo aveva escluso da detta attività[61].

Nella nozione di danno ingiusto bisogna dunque ricomprendere, non solo le situazioni giuridiche attive a contenuto patrimoniale ed i corrispondenti diritti soggettivi, ma anche gli interessi legittimi del tipo pretensivo, che possono essere lesi dal diniego o dalla ritardata assunzione di un provvedimento amministrativo, sempre che, sulla base di un giudizio prognostico, il danneggiato avesse concrete opportunità di conseguire il provvedimento a sé favorevole, così da poter lamentare una perdita di "chances"[62].

In sede di legittimità si è, inoltre, affermato che l'ingiustizia del danno può anche configurarsi nella lesione di un diritto politico, come nel caso del Sindaco che aveva impedito ai Consiglieri di minoranza l'esercizio del diritto di mettere ai voti una loro mozione, violando i «doveri di imparzialità e terzietà che connotano l'esercizio dei poteri dei pubblici ufficiali» e l'art. 127 del r.d. 4 febbraio 1915, n. 148[63].

Come esempi di danno ingiusto si possono citare i seguenti casi:

– un Agente della Polizia penitenziaria, nel corso di un litigio per motivi privati con una donna, aveva utilizzato abusivamente una paletta segnaletica della Polizia penitenziaria e aveva chiesto pretestuosamente i documenti di identità alle persone accorse a difesa della donna[64];

– un Vigile urbano, potendo procedere alla contestazione sul posto, aveva disposto l'accompagnamento nei propri uffici, senza che la persona intimata avesse rifiutato di dichiarare le proprie generalità così che

---

[61] Cass. pen., sez. VI, 24 febbraio 2000, n. 4881.

[62] Cass. pen., sez. VI, 18 luglio 2019, n. 44598.

[63] Cass. pen., sez. VI, 25 agosto 2020, n. 32174, dove si è richiamato, a supporto di quanto sostenuto, «un precedente di legittimità, seppure non recente, che ha già ravvisato la ingiustizia del danno nella lesione del diritto della minoranza con riferimento al caso di un Sindaco che, in violazione dell'art. 127 del R.D. 4 febbraio 1915 n. 148 e disattendendo specifiche e reiterate richieste della minoranza consiliare, aveva disposto sistematicamente la riunione del Consiglio comunale in unica convocazione, anziché fissare, per la seconda convocazione, come prescritto, un diverso giorno e, in tal modo, ritenendo sempre applicabile il più elevato "quorum" di presenze richiesto per la validità della prima convocazione, aveva impedito, mediante l'allontanamento dei Consiglieri di maggioranza, il raggiungimento di detto "quorum" e, pertanto, la possibilità di adottare delibere (sez. 6, n. 2173 del 30 novembre 1998, Parisi, Rv. 212943)».

[64] Cass. pen., sez. V, 9 febbraio 1999, n. 3684.

non sussistevano ragioni per ritenere la falsità delle dichiarazioni rese, in violazione di specifica norma di legge (art. 11 del d.l. n. 59 del 1978, convertito in l. n. 191 del 1978), provocando così un danno ingiusto, consistito in un'umiliante costrizione, percepita dalla vittima come conseguente ad un atteggiamento di vessazione del tutto inutile[65];

– il Rettore di un'Università aveva opposto il diniego di far visionare, ad un candidato per la nomina a Direttore generale dell'Azienda Policlinico, la documentazione della selezione, così da avergli prodotto l'evento di danno ingiusto, consistito nella mancata consultazione della documentazione necessaria per l'esperimento di eventuali iniziative a tutela dei propri interessi, allo scopo di procurare ad altri un vantaggio non patrimoniale[66];

– un Pubblico ufficiale aveva emesso un ordine di servizio con cui revocava ogni incarico ad una Dipendente, in modo indebito e come ritorsione per aver testimoniato contro di lui, determinandole oltre che un danno economico, consistente nella perdita dell'incremento dello straordinario, derivante dai turni di disponibilità, anche una perdita di prestigio nei confronti dei colleghi di lavoro[67];

– il Sindaco, in violazione della disciplina normativa di settore (all'epoca, quella di cui all'art. 56 d.lgs. n. 29 del 1993, recepita nei contratti collettivi di lavoro), aveva adibito un Dipendente allo svolgimento di mansioni inferiori, con modalità tali da aver posto in essere gli estremi del mobbing, arrecando così intenzionalmente a tale lavoratore un danno ingiusto, sostanziatosi nella sua dequalificazione professionale[68];

– il Sindaco, per mero spirito di ritorsione, aveva revocato l'incarico di Dirigente di un settore comunale, che conservava la natura pubblicistica della funzione svolta e dei poteri esercitati, tale da essere qualificato pubblico ufficiale ai sensi dell'art. 357 c.p., anche dopo la privatizzazione del rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti[69];

---

[65] Cass. pen., sez. VI, 4 febbraio 2003, n. 9970; Cass. pen., sez. VI, 19 maggio 2004, n. 28389.

[66] Cass. pen., sez. VI, 1 dicembre 2003, n. 729; Cass. pen., sez. VI, 1 dicembre 2003, n. 729.

[67] Cass. pen., sez. VI, 15 gennaio 2004, n. 4945.

[68] Cass. pen., sez. VI, 17 ottobre 2007, n. 40891.

[69] Cass. pen., sez. VI, 2 aprile 2009, n. 19135.

– il Primario di un ospedale poneva in essere, in violazione del principio di una assidua e solerte collaborazione, enunciato dall'art. 13 dello statuto degli impiegati civili dello Stato, comportamenti di vessazione ed emarginazione dei Medici del reparto, che non assecondavano le proprie scelte volte a dirottare pazienti dell'ospedale ad una clinica privata[70].

A sua volta il vantaggio ingiusto deve avere contenuto patrimoniale in via diretta e non semplicemente mediata, dovendo essere intrinsecamente capace di determinare un beneficio economicamente apprezzabile, o intrinsecamente patrimoniale o idoneo a creare una condizione più favorevole sotto il profilo economico, non potendosi considerare sufficiente il determinarsi di una situazione valutabile economicamente solo in maniera indiretta o potenziale[71].

In proposito si vedano le seguenti ipotesi:

– un pubblico ufficiale aveva procurato illegittimamente assunzioni ad un pubblico impiego, essendo configurabile il profitto o il vantaggio ingiusto di natura patrimoniale nella attribuzione della posizione impiegatizia e nell'acquisizione del relativo status[72];

---

[70] Cass. pen., sez. V, 12 febbraio 1999, n. 3704: «(Fattispecie in cui il Direttore generale di un'Azienda ospedaliera conferiva incarico di Responsabile del procedimento per l'esecuzione di lavori ingegneristici ad un soggetto esterno, anziché al Tecnico di ruolo interno all'Azienda il quale vantava un'aspettativa concreta a ricevere tale incarico, in ragione del ristrettissimo numero dei legittimi aspiranti e della circostanza che, in un momento successivo, quella funzione sarebbe stata assegnata proprio a lui)», Cass. pen., sez. VI, 14 giugno 2012, n. 41215.

[71] Cass. pen., sez. III, 3 marzo 2022, n. 18985 «Non è configurabile quale abuso d'ufficio la condotta del pubblico ufficiale la quale non determina un diretto e, soprattutto, ingiusto vantaggio patrimoniale per sé o per chi si ritiene sia stato favorito dall'azione amministrativa adottata. (Fattispecie di annullamento senza rinvio *ex* art. 620 lett. l) c.p.p. di sentenza di condanna di un Agente penitenziario che, in violazione delle disposizioni di legge disciplinanti la materia, aveva introdotto in carcere un telefono cellulare e ne aveva consentito l'uso a un detenuto per l'effettuazione di una comunicazione, a fronte della mancata indicazione, nel risparmio del costo della telefonata, di un vantaggio economicamente apprezzabile)».

[72] Cass. pen., sez. VI. 29 ottobre 2003, n. 44759; Cass. pen., sez. VI, 5 marzo 2014, n. 15158, «Integra il reato di abuso d'ufficio il comportamento del pubblico ufficiale che procuri illegittimamente assunzioni a un pubblico impiego, atteso che è la stessa attribuzione della posizione impiegatizia o del relativo status a configurare il profitto o il vantaggio ingiusto di natura patrimoniale, senza che, in senso contrario, per escludere il reato, possa rilevare l'espletamento dell'attività lavorativa da parte del soggetto beneficiario, perché altrimenti si finirebbe per scardinare

– il Preside di una scuola aveva nominato alle funzioni vicarie un Insegnante così da riconoscergli indebitamente l'indennità di funzione, violando la disposizione della normativa scolastica che riservava l'attribuzione di tale incarico al Collegio dei docenti mediante elezione[73];

– il Segretario del seggio elettorale, esercitando in modo legittimo le funzioni vicarie di Presidente, nel provvedere alla sostituzione di Scrutatore assente, aveva designato all'incarico un congiunto (nella specie, la sorella), allo scopo di procurargli un ingiusto vantaggio, in violazione della disposizione contenuta nell'art. 41, comma 2, d.p.r. 30 marzo 1957 n. 361 (t.u. per le elezioni comunali), che prevedeva che fossero chiamati, in sostituzione dello Scrutatore assente, alternativamente l'anziano e il più giovane tra gli elettori presenti muniti di certificato elettorale e di valido documento d'identità[74];

– il Direttore generale di una Asl si attribuiva l'incremento stipendiale previsto dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 502 del 1995, sostituendosi alla Regione nella valutazione dei relativi presupposti[75];

– il Dirigente di una Asl, in violazione dell'art. 8 *quater* d.lgs. n. 502 del 1992, disponeva il pre-accreditamento di una struttura privata per l'effettuazione di prestazioni di alta specializzazione, non subordinato all'espressa accettazione della remunerazione secondo le tariffe regionali (come stabilito dall'art. 6, comma 6, l. n. 724 del 1994), con riconoscimento alla struttura privata di corrispettivi richiesti al di fuori di qualsiasi verifica di congruità[76];

– il Sanitario, facendo uso di beni di pertinenza pubblica (ivi compreso il suo stesso tempo di lavoro), percepiva privatamente un compenso dal paziente visitato, così esercitando abusivamente attività intramuraria in violazione della relativa disciplina[77];

– i Componenti di una Commissione esaminatrice realizzavano abusi in un concorso pubblico nella valutazione delle prove a favore

---

ogni profilo di legalità nella struttura prima e poi nello stesso operato della pubblica amministrazione».

[73] Cass. pen., sez. VI 22 settembre 2003, n. 41918.

[74] Cass. pen., sez. VI, 6 dicembre 2006, n. 17980.

[75] Cass. pen., sez. VI, 6 febbraio 2006, n. 14043.

[76] Cass. pen., sez. VI, 17 gennaio 2012, n. 15948.

[77] Cass. pen., sez. VI, 22 gennaio 2003, n. 9949.

di alcuni concorrenti, perseguendo direttamente, qualunque ne fosse il movente, il fine di assicurare a tali concorrenti gli indubbi vantaggi economici connessi all'assegnazione dei posti messi a concorso e, quindi, un ingiusto profitto[78];

– il Responsabile di un ufficio pubblico ricorreva arbitrariamente e sistematicamente alla collaborazione di personale esterno, pur potendo far fronte alle esigenze istituzionali attraverso il personale interno, arrecando vantaggio al privato cui conferiva incarichi retribuiti, sussistendo in tal caso il profilo della doppia ingiustizia»[79].

Viceversa il reato in esame, che, come si è visto, richiede che l'evento dell'ingiusto vantaggio patrimoniale sia la conseguenza diretta della condotta abusiva, non è ravvisabile nei confronti del pubblico ufficiale che "piloti" un esame universitario per favorire un determinato soggetto, giacché trattasi di condotta che non procura a costui alcun effettivo incremento patrimoniale, né va a incidere, in via diretta, su diritti soggettivi di natura patrimoniale, accrescendone in prospettiva le potenzialità espansive[80].

Parimenti deve escludersi la configurabilità del reato in relazione alla condotta sostanziatasi nell'illegittima approvazione di un bilancio di previsione, che è un atto inidoneo alla realizzazione dell'ingiusto profitto altrui, perché precedente troppo remoto rispetto all'evento futuro e incerto dell'indebita locupletazione dei singoli, causato – nel caso – da specifici, successivi atti di amministrazione[81].

Adattando alle materie dell'edilizia e dell'urbanistica i principi che si sono appena enucleati sul momento consumativo del reato in discussione, si può affermare che, quando la condotta abusiva abbia determinato l'indebito rilascio di un titolo abilitativo efficace, sus-

---

[78] Cass. pen., sez. VI, 14 gennaio 2005, n. 11417.

[79] Cass. pen., sez. VI, 6 febbraio 2020, n. 7972.

[80] Cass. pen., sez. VI, sent. 5 febbraio 2008, n. 24663, che ha rigettato il ricorso del P.m. avverso la sentenza che aveva prosciolto per insussistenza del fatto dal reato di abuso di ufficio un Professore a contratto presso un'Università pubblica e un candidato, argomentando a supporto della decisione liberatoria che la condotta di favoritismo, violativa della normativa sui doveri di ufficio, segnatamente di quella sul segreto di ufficio, posta in essere dal primo rivelando al secondo gli argomenti sui quali sarebbe stato interrogato, non aveva determinato direttamente un ingiusto vantaggio patrimoniale.

[81] Cass. pen., sez. VI, sent. 14 aprile 2008, n. 18748.

siste l'evento del vantaggio patrimoniale ingiusto, sostanziatosi nel fatto che il beneficiario del provvedimento incriminato ha acquisito una potenzialità edificatoria che amplia il complesso dei rapporti giuridici attivi a carattere patrimoniale a esso pertinenti[82], con l'effetto che il reato si realizza nel momento del venire ad esistenza giuridica del titolo, in quanto è questo ad ampliare la sfera dei diritti patrimoniali del soggetto beneficiato[83], anche a prescindere dall'effettiva realizzazione dell'opera assentita[84].

Il rilascio, invece, di una concessione edilizia relativa a lavori che richiedono l'autorizzazione paesaggistica, essendo efficace solo dopo l'esaurimento della procedura riguardante il rilascio dell'autorizzazione in questione, non può configurare il delitto di abuso di ufficio nella forma consumata, giacché difetta in questo caso il conseguimento

---

[82] Cass. pen., sez. VI, 2 aprile 2001, n. 16241, che ha ravvisato la configurabilità del reato di cui all'art. 323 c.p., nel rilascio di una concessione edilizia in sanatoria illegittima, in quanto contrastante con le previsioni del piano regolatore generale, precisando che restava un *post factum* non rilevante la circostanza che il soggetto beneficiato avesse successivamente rinunciato a sfruttare tale vantaggiosa posizione soggettiva, attivandosi per ottenere il condono edilizio anziché usufruendo direttamente della concessione in sanatoria illegittima. Così pure Cass. pen., sez. VI, 1 luglio 1998, n. 9116, «Integra gli estremi del reato di abuso di ufficio il comportamento del Vice-sindaco che rilasci all'occupante abusivo di locali condominiali (stenditoio e lavatoio), contro la volontà dei condomini (che avevano ottenuto provvedimento giudiziale di rilascio passato in giudicato), la concessione edilizia in sanatoria ai sensi dell'art. 31 della l. n. 47/1985. Tale provvedimento, infatti, attribuisce al beneficiario un vantaggio ingiusto, suscettibile di apprezzamento economico, e non può essere dato in favore dell'occupante abusivo, nonostante la concessione in sanatoria possa essere conseguita, oltre che da tutti coloro che hanno diritto a richiedere la concessione edilizia o l'autorizzazione, anche da ogni altro soggetto interessato, in quanto l'ordinamento è caratterizzato da intrinseca coerenza e non può da una parte sanzionare una condotta come violatrice della legge e dall'altra apprestarle tutela».

[83] Cass. pen., sez. VI, 25 gennaio 2007, n. 11620, «Il reato di abuso d'ufficio si consuma al momento del conseguimento dell'ingiusto vantaggio, con la precisazione che quando la condotta abusiva abbia determinato l'indebito rilascio di una concessione edilizia (ora, del permesso di costruire) il momento a tal fine rilevante non è quello della realizzazione della nuova costruzione ma è quello del rilascio del titolo che rappresenta il momento ampliativo della sfera dei diritti patrimoniali del soggetto beneficiato»; Cass. pen., sez. III, 19 aprile 2018, n. 44104, «Il momento consumativo del reato di abuso d'ufficio consistente nell'emanazione di un permesso di costruire illegittimo coincide con l'emanazione dell'atto stesso, perché in tale momento si compie la condotta del p.u. e si verifica l'ingiusto vantaggio patrimoniale per il soggetto beneficiato. Da tale data inizia a decorrere, pertanto, il termine di prescrizione».

[84] Cass. pen., sez. VI, 10 ottobre 2000, n. 11419.

dell'ingiusto vantaggio patrimoniale quale conseguenza diretta e voluta del rilascio della concessione *ad aedificandum*[85].

Si deve, infine, osservare che, qualora dal rilascio di titolo abilitativo illegittimo o dal mancato esercizio dei poteri di vigilanza disciplinati dagli artt. 27 e 31 del d.p.r. n. 380 del 2001 derivi l'inizio o l'esecuzione di opere illecite, perché prive di titolo o difformi dalla normativa urbanistica, si può configurare il concorso formale tra il reato di abuso d'ufficio e il reato di costruzione abusiva[86], in quanto, con tali comportamenti, vengono aggrediti beni giuridici diversi, ossia, da un lato, il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, tutelati dalla fattispecie prevista dall'art. 323 c.p.; e dall'altro lato, il corretto sviluppo dell'assetto urbanistico del territorio, protetto dall'art. 44 d.p.r. n. 380 del 2001.

Perciò, anche il pubblico agente, che con il comportamento abusivo suddetto abbia dato un contributo causale «rilevante e consapevole (sotto il profilo del dolo o della colpa)» alla realizzazione dell'opera non conforme agli strumenti urbanistici vigenti, concorre, da estraneo, *ex* artt. 110 e ss. c.p., nel reato urbanistico, "proprio" dei soggetti che, in relazione all'attività edilizia, rivestono una determinata posizione giuridica o di fatto, ossia il committente, il costruttore ed il direttore dei lavori, in quanto tale figura di reato non esclude la possibilità del concorso da parte di soggetto diverso dai destinatari degli obblighi previsti dagli artt. 6 e ss. del d.p.r. n. 380 del 2001, che, con la sua condotta, «abbia posto in essere la condizione operativa della violazione di quegli obblighi»[87].

6. *Il dolo intenzionale nell'abuso biforme*

L'elemento psicologico del reato in esame costituisce uno degli aspetti più controversi della riforma introdotta con la l. n. 234

[85] Cass. pen., sez. VI, 30 aprile 1999, n. 12928. Analoghe affermazioni sono contenute in Cass. pen., sez. VI, 26 marzo 1999, n. 8631. Similmente: Cass. pen., sez. VI, 24 giugno 1998, n. 10136.

[86] Cass. pen., sez. VI, 10 gennaio 2000, n. 1609.

[87] Cass. pen., sez. III, 26 gennaio 2011, n. 9281, che ha ripreso il principio affermato da Cass. pen., sez. III, 21 settembre 1988, n. 9961.

del 1997, e non toccata sul punto da quella del 2020, nella parte in cui, per la prima volta nella storia dell'ordinamento giuridico italiano, ha espressamente previsto, mediante l'utilizzo dell'avverbio "intenzionalmente"[88], il dolo generico intenzionale, figura sino a quel momento presente solo nella dottrina e nella giurisprudenza, nella quale l'evento del reato è perseguito quale lo scopo finale della condotta[89].

Come si desume in modo palese dal dibattito Parlamentare, l'obiettivo perseguito dal legislatore del 1997 con l'utilizzazione di quella locuzione, certamente non pleonastica o ridondante, è stato di limitare, con l'elevare l'intensità del dolo richiesto per l'integrazione del reato, la sfera di operatività della norma ad ipotesi prefissate tassativamente, nell'ottica di non criminalizzare "in via residuale" qualsiasi forma di attività amministrativa per il solo fatto di presentarsi viziata da illegittimità, in modo da escludere la rilevanza penale «di attività e prassi amministrative *contra ius*, scelte come mezzo per il raggiungimento di uno scopo ritenuto meritevole», che restano, invece, sottoposte unicamente al sindacato del Giudice amministrativo[90].

---

[88] Come osservato da D'Avirro, *L'abuso d'ufficio-La legge di riforma 16 luglio 1997 n. 234*, cit., 265 ss., l'avverbio intenzionalmente riprende il progetto di riforma proposto dalla Commissione Morbidelli nominata nel 1996 dal Ministro della Giustizia Caianiello.

[89] Cass., sez. VI, 8 ottobre 2003, n. 708, dove si è precisato che «in tema di elemento soggettivo del reato, possono individuarsi vari livelli crescenti di intensità del dolo. Nell'azione posta in essere con accettazione del rischio dell'evento, si richiede all'agente un'adesione di volontà, maggiore o minore, a seconda che egli consideri maggiore o minore la probabilità di verificazione dell'evento; in tali ipotesi, il dolo va qualificato come eventuale. Nel caso di evento ritenuto altamente probabile o certo, l'agente non si limita ad accettare il rischio, ma accetta l'evento stesso, cioè lo vuole e con un'intensità maggiore di quella precedente: si è in presenza del dolo c.d. diretto, che, a sua volta, assume connotazioni di differente gravità. Deve, infatti, distinguersi fra un evento voluto come mezzo necessario per raggiungere uno scopo finale, ed un evento perseguito come scopo finale: nella prima ipotesi, si ha il dolo diretto in senso stretto o di secondo grado, nella seconda, il dolo intenzionale o diretto di primo grado, in forza del quale assume rilievo determinante la rappresentazione dell'evento normativamente previsto nella struttura dell'illecito (cfr. Cass. pen., S.U., 12 ottobre 1993, Cassata)». Sul dolo intenzionale: Boscarelli, *Compendio di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1994, 91; Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 361; Giunta, Magnini, *Dolo, Diritto penale. Dizionario sistematico*, Milano, Giuffrè, 2008, 161 ss.; Padovani (a cura di), *Codice penale*, I, cit., 345.

[90] Cass., sez. VI, 8 ottobre 2003, n. 708.

L'avverbio previsto per disciplinare l'elemento soggettivo della fattispecie comporta che, poiché la struttura dell'abuso di ufficio è stata trasformata da reato di pura condotta a dolo specifico, come era nella precedente formulazione, in reato di evento, l'elemento soggettivo ora richiesto assume una connotazione articolata e complessa.

Il dolo è generico con riferimento alla condotta, consistendo, dopo il d.l. n. 76 del 2020, nella coscienza e nella volontà o di violare specifiche regole di condotta previste dalla legge o da atto avente forza di legge da cui non residuino margini di discrezionalità oppure di non osservare l'obbligo di astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, nello svolgimento della pubblica funzione o del pubblico servizio; ed è intenzionale rispetto all'evento ingiusto o di vantaggio patrimoniale o di danno[91], che deve essere voluto dal reo come il fine primario della propria condotta illegittima[92].

Avendo incentrato oggettivamente il disvalore della fattispecie incriminatrice sul verificarsi dell'evento ingiusto, l'art. 323 c.p. impone, dal punto di vista dell'elemento soggettivo, che il reo agisca proprio per perseguire l'evento *contra ius* normativamente previsto in modo alternativo[93], e, cioè, che l'agente abbia una volontà diretta univocamente verso tale risultato, che è lo scopo, il fine precipuo, l'obiettivo mirato da lui perseguito con la sua condotta[94].

---

[91] Cass. pen., sez. VI, 27 giugno 2007, n. 35814; e similmente Cass. pen., sez. VI, 8 ottobre 2003, n. 708; Cass. pen., sez. VI, 25 gennaio-17 maggio 2013, n. 21192; Cass. pen., sez. VI, 17 febbraio 2003, n. 11413, «Per la configurazione del reato di abuso di ufficio, nel caso in cui il risultato dell'azione delittuosa consista nel cagionare un danno ingiusto, è indispensabile che tale danno sia conseguenza diretta ed immediata del comportamento dell'agente e quindi che sia da costui voluto quale obiettivo del suo operato, come si evince dall'avverbio intenzionalmente utilizzato dal legislatore (Fattispecie in cui è stata esclusa l'ipotesi di reato per la dilazione della decisione di concedere l'autorizzazione per un passo carrabile giustificata dalla necessità di prevenire controversie con altre parti interessate e realizzata per acquisire ulteriori informazioni tecniche)».

[92] Russo, *La violazione di legge e di regolamento*, in Aa.Vv., *Modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, cit., 21 ss.; Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 375 ss.

[93] Cass. pen., sez. VI, 8 ottobre 2003 n. 708.

[94] Cass. pen., sez. fer., 17 agosto 2021, n. 42640, secondo cui l'evento ingiusto deve «costituire l'obiettivo perseguito e non solo genericamente incluso nella sfera di volontà dell'agente». Macrillò, *Il dolo*, in Aa.Vv., *La modifica dell'abuso d'uf-*

L'agente pubblico, in altre parole, deve comportarsi con la coscienza e la volontà di fare un uso non legittimo dei poteri inerenti alla funzione o al servizio svolto, in modo da procurare o un ingiusto vantaggio patrimoniale per sé o per altri[95] o un danno ingiusto per altri, che deve essere la finalità perseguita in via primaria, diretta ed immediata[96], anche se non in via esclusiva[97].

---

ficio e le nuove norme sul diritto di difesa, cit., 75 ss.; D'Avirro, *L'abuso d'ufficio. La legge di riforma 16 luglio 1997 n. 234*, cit., 265 ss.

[95] Secondo Cass. pen., sez. VI, 18 ottobre 1999, n. 13331, ai fini dell'integrazione del dolo intenzionale di procurare un ingiusto vantaggio patrimoniale, è irrilevante il movente, ossia la motivazione che ha indotto il soggetto agente a perseguire come fine della condotta illegittima la realizzazione dell'evento indebito. In dottrina: Parodi Giusino, *In memoria dell'abuso d'ufficio*, cit., 78 ss.

[96] Cass. pen., sez. VI, 4 maggio 1998, Scaccianoce, e così pure: Cass. pen., sez. VI, 7 maggio 1998, n. 9983; Cass. pen., sez. V, 21 ottobre 1998, D'Asta; Cass. pen., sez. V, 17 dicembre 1998, pres. Cerqua, rel. Liuzzo; Cass. pen., sez. VI, 18 ottobre 1999, Selvini, «In tema di abuso di ufficio, integra il dolo intenzionale la coscienza e volontà del soggetto agente di procurare a un privato un ingiusto vantaggio patrimoniale, essendo irrilevante il movente, e cioè la motivazione che induce il soggetto agente a perseguire come fine della condotta la realizzazione del reato (Fattispecie nella quale il Giudice di merito aveva accertato che il pubblico ufficiale sapeva e voleva assumere un atto – autorizzazione alla realizzazione di un esercizio produttivo nel parco Ticino – in violazione di legge, e in relazione alla quale si è ritenuto irrilevante, in base al principio di diritto sopra esposto, che il medesimo soggetto, con tale atto, volesse «affermare la sua nuova posizione di potere e le proprie obiezioni personali alla disciplina del parco del Ticino)».

[97] Cass. pen., sez. VI, 2 aprile 1998, n. 7487, «Il dolo del reato di abuso di ufficio è integrato da un comportamento intenzionale del pubblico ufficiale che procuri a sé o ad altri un ingiusto vantaggio, senza che sia necessario il perseguimento in via esclusiva del fine privato, requisito non richiesto […] dal testo della norma» in vigore.

Si deve ricordare che, in alcune pronunce, la Cassazione ha, per un periodo, ritenuto che l'evento ingiusto dovesse essere l'obiettivo avuto di mira dall'agente pubblico con la propria condotta illecita in via esclusiva: Cass. pen., sez. VI, 22 novembre 2002, n. 42839; Cass. pen., sez. VI, 6 maggio 2003, n. 33068.

Per un attento commento a tali sentenze si veda: Forlenza, *Legittimo l'interesse pubblico perseguito se gli atti rientrano tra le funzioni dell'agente*, in *Guida dir.*, 2003, 43, 64 ss., che ha criticato questa interpretazione dell'art. 323 c.p., osservando che «risulterebbe forse da sottoporre a verifica l'affermazione secondo la quale, oltre che immediata e diretta, la finalità di vantaggio o di danno ingiusto deve essere esclusiva, caratteristica che non sembra essere desumibile in modo così sicuro dalla disposizione e che, inoltre, comporta una decisa limitazione (fin quasi ad annullarli) dei casi in cui il reato è configurabile, oltre a una forte incertezza nell'individuazione dei fatti concretamente punibili». Secondo Forlenza «l'indagine richiesta dalla presenza dell'avverbio intenzionalmente dovrebbe riguardare solo il rapporto tra la condotta posta in essere dall'agente e il fine che egli ha inteso perseguire, fine che non è solo il traguardo definitivo della sua condotta, ma anche il presupposto,

Per evitare possibili fraintendimenti, appare d'uopo chiarire, che l'agente pubblico può addurre, per escludere la sussistenza del dolo nel reato qui analizzato, l'ignoranza di circostanze di fatto, anche attinenti all'ufficio[98], ma non quella avente ad oggetto le norme che specificamente regolano lo svolgimento delle funzioni o del servizio[99], per la regola fondamentale dell'ordinamento giuridico italiano «secondo cui la mancata o erronea conoscenza della disciplina che regola la materia non può essere addotta da chi svolga professionalmente una determinata attività»[100], perché tali norme sono implicitamente richiamate dal legislatore penale ad integrazione dell'ipotesi criminosa, con l'effetto che la non conoscenza delle stesse è irrilevante perché inerente alla stessa legge penale[101].

La Cassazione ha, difatti, precisato che, ai sensi dell'art. 47 c.p., «legge diversa dalla penale è quella destinata in origine a regolare rapporti giuridici di carattere non penale e non esplicitamente incor-

---

l'elemento efficiente della stessa. Se poi attraverso tale condotta, si sia raggiunto anche un risultato conforme all'interesse pubblico, ovvero tale risultato costituiva un obiettivo concorrente dell'agente, ciò non dovrebbe assumere alcun rilievo ai fini della configurabilità del delitto *ex* art 323 c.p.».

[98] Così Catenacci, *Abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*, in Catenacci (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 181.

[99] Cass., sez. VI, 17 ottobre 1997, n. 952.

[100] Cass. pen., sez. III, 25 marzo 2004, n. 19566. In dottrina: A. Tesauro, *Violazione di legge e abuso d'ufficio*, cit., 261 ss.

[101] Cass., sez. VI, 17 ottobre 1997, n. 952; Cass. pen., sez. VI, 19 dicembre 2000, n. 5117; Cass. pen., sez. VI, 21 giugno 2007, n. 35813, per la quale la sussistenza dell'elemento soggettivo del reato non può essere esclusa «allorquando una prassi diffusa si sia inserita in un contesto giuridico amministrativo, se non contrario, sicuramente incerto in ordine alla possibilità di realizzare l'attività contestata», perché l'agente pubblico ha l'obbligo di astenersi dal porre in essere comportamenti di incerta rilevanza e di acquisire dai competenti organi amministrativi le necessarie informazioni ed assicurazioni circa la legittimità dell'attività svolta, «in modo da adempiere a quell'onere informativo che potrebbe rendere scusabile l'errore sulla legge penale» (Fattispecie relativa allo svolgimento, da parte di Ostetriche in servizio presso un'Azienda ospedaliera, di attività libero-professionale intramuraria, consistita nel prestare assistenza privata e remunerata al travaglio e al parto di puerpere ricoverate presso un ospedale)». In senso contrario: Cass. pen., sez. V, 12 febbraio 2009, n. 10636, «l'erronea interpretazione di una norma amministrativa può essere sintomatica dell'illecita volontà vietata dalla norma penale soltanto quando si discosti in termini del tutto irragionevoli dal senso giuridico comune, tanto da apparire arbitraria, ravvisandosi, in caso contrario, la sussistenza di un errore su norma extrapenale».

porata in una norma penale o da questa non richiamata anche implicitamente», cosicché, «deve essere considerato errore sulla legge penale, e quindi inescusabile, sia quello che cade sulla struttura del reato, sia quello che incide su norme, nozioni e termini propri di altre branche di diritto, introdotte nella norma penale a integrazione della fattispecie criminosa».

E questo avviene proprio con le disposizioni legislative regolanti l'operato e i doveri delle varie tipologie di pubblici ufficiali o di incaricati di pubblici servizi, che non hanno la natura di norme extrapenali, perché l'art. 323 c.p., imponendo il rispetto delle leggi e degli atti aventi forza di legge che regolano in modo specifico e senza lasciare margini di discrezionalità l'esercizio della funzione o del servizio o stabiliscono un obbligo di astensione, «recepisce, anche se in modo non recettizio, le regole riguardanti l'attività dei singoli pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio»[102].

Chiarito questo aspetto, si può ritenere che l'avverbio "intenzionalmente" è un rafforzativo del dolo generico, enunciato per escludere la configurabilità del reato, per difetto dell'elemento soggettivo, non solo se si è in presenza di dolo eventuale[103], connotato dalla accettazione del rischio del verificarsi dell'evento, che si rappresenta in termini di mera possibilità di un determinato risultato quale conseguenza di una specifica condotta[104]; ma anche in presenza del dolo

---

[102] Cass. pen., sez. VI, 18 novembre 1998, n. 7817, intervenuta a proposito della valutazione della conoscenza della normativa regolante le concessioni di alloggi demaniali da parte dell'Intendente di finanza.

L'orientamento non è, però, condiviso da Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte speciale* I, cit., 244 ss., per i quali il dolo richiede che l'agente «si renda conto sia di violare norme di legge ovvero obblighi di astensione, sia dell'ingiustizia che deve accompagnare il vantaggio o il danno: ogni errore in proposito, purché vertente su valutazioni normative extrapenali, esclude la volontà colpevole». Nello stesso senso: Stortoni, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv. *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 133 ss.; Bartoli, Pelissero, Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 520, per i quali «il dolo è escluso in caso di errore sulla contrarietà della condotta a legge se l'agente, errando sulla disciplina extrapenale, non si sia rappresentato il dovere di astensione».

[103] Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 238 ss.

[104] Cass. pen., sez. VI, 19 gennaio 1998, n. 5116, «Il dolo è diretto quando l'agente si rappresenta con certezza gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice, rendendosi conto che la propria condotta sicuramente la integrerà. Il dato

diretto, caratterizzato dalla rappresentazione dell'evento come verificabile con elevato grado di probabilità o addirittura con certezza, ma non come obiettivo perseguito.

Per l'integrazione del reato di abuso d'ufficio, è, invece, richiesto il dolo intenzionale, inteso come rappresentazione e volizione dell'evento di danno altrui o di vantaggio patrimoniale per sé o per altri, quale conseguenza diretta e immediata della condotta dell'agente pubblico ed obiettivo primario da lui perseguito[105]. Detto in altro modo, si richiede che «l'agente abbia avuto di mira uno degli elementi tipici presi in considerazione dalla norma, alternativamente o congiuntamente, cioè l'ingiusto vantaggio patrimoniale per sé o altri e/o il danno ingiusto per altri»[106].

Così concepita, è evidente che l'intenzionalità restringe notevolmente il campo di applicazione della norma incriminatrice, perché rende penalmente punibili esclusivamente quelle condotte ispirate, in via immediata, dalla *prava voluntas* del favoritismo privatistico o della discriminazione arbitraria, e che sono proiettate ad assicurare la realizzazione di tali eventi ingiusti, venendo, in particolare, richiesto «un acclarato e provato grado di partecipazione dell'agente al reato, commisurabile sia al quantum del fatto, sia al quantum di coscienza dello stesso, essendosi voluto escludere l'evocazione del *dolus in re ipsa*, connesso alla mera illegittimità dell'atto amministrativo o del comportamento del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio»[107].

---

caratterizzante è che la realizzazione del fatto illecito non costituisce lo scopo per il quale il soggetto agisce (atteggiamento psicologico, questo, che realizza invece l'ipotesi del dolo intenzionale), ma consiste soltanto in uno strumento necessario perché raggiunga il diverso obiettivo perseguito. Il dolo diretto, caratterizzato dalla chiara e sicura rappresentazione delle conseguenze della condotta, si distingue dunque nettamente anche dal dolo eventuale, che è connotato dalla rappresentazione in termini di mera possibilità di un determinato risultato quale conseguenza di una determinata condotta».

[105] Cass., sez. VI, 8 ottobre 2003, n. 708.

[106] Cass. pen., sez. V, 2 febbraio 2001, n. 21947. Similmente: Cass. pen., sez. VI, 2 ottobre 1997, n. 9357; Cass. pen., sez. VI, 22 dicembre 1997, n. 1192; Cass. pen., sez. V, 10 settembre 1998, n. 11847; Cass. pen., sez. VI, 8 gennaio 2020, n. 12974.

[107] Cass., sez. VI, 8 ottobre 2003, n. 708.

7. *L'intenzionalità dell'evento ingiusto nella giurisprudenza*

Si deve sottolineare che intenzionalità non significa esclusività del fine che deve animare l'agente, ma preminenza data da costui all'evento tipico rispetto al pur concorrente interesse pubblico, che finisce con l'assumere un rilievo secondario e, per così dire, derivato o accessorio[108].

Si è, perciò, affermato, in un'ipotesi di abuso di ufficio relativa all'affidamento di incarichi di progettazione preliminare a professionisti esterni all'amministrazione comunale, per l'avvio di appalti per la realizzazione di opere di riqualificazione urbana finanziate con fondi comunitari, che «l'intenzionalità del dolo non è esclusa dalla compresenza di una finalità pubblicistica nella condotta del pubblico ufficiale, dovendosi ritenere necessario, per escludere la configurabilità dell'elemento soggettivo, che il perseguimento del pubblico interesse costituisca l'obiettivo principale dell'agente, con conseguente degradazione del dolo di danno o di vantaggio da dolo di tipo intenzionale a mero dolo diretto od eventuale»[109].

Per questo se l'evento tipico è una semplice conseguenza accessoria dell'operato dell'agente che persegue, invece, in via primaria, l'obiettivo dell'interesse pubblico, difetta il dolo intenzionale, in quanto l'evento tipico, pur essendo certamente voluto, non può dirsi intenzionale, occupando una posizione defilata e rappresentando soltanto un effetto secondario della condotta posta in essere per perseguire l'interesse pubblico, che in realtà occupa «una posizione di supremazia nella mente del pubblico ufficiale (o dell'incaricato di pubblico servizio), al quale l'ordinamento affida effettivamente la cura di quell'interesse pubblico»[110].

---

[108] Cass. pen., sez. VI, 27 giugno 2007, n. 35814. L'indirizzo è stato, poi, ripreso pure da: Cass. pen., sez. VI, 31 maggio 2007, n. 42647; Cass. pen., sez. VI, 10 gennaio 2008, n. 12281; Cass. pen., sez. VI, 29 aprile 2009, n. 21165; Cass. pen., sez. VI, 17 novembre 2009, n. 4979; Cass. pen., sez. II, 14 giugno 2012, n. 26625.

[109] Cass. pen., sez. VI, 19 dicembre 2011, n. 7384; Cass. pen., sez. VI, 19 dicembre 2011-24 febbraio 2012, n. 7384; Cass. pen., sez. III, 26 febbraio 2013-22 marzo 2013, n. 13735; Cass. pen., sez. VI, 17 settembre 2019, n. 51127.

[110] Cass., sez. VI, 8 ottobre 2003, n. 708. Così pure: Cass. pen., sez. VI, 22 novembre 2002, n. 42839, dove si è precisato «che il pubblico ufficiale deve poter

Per evitare il rischio di confrontarsi con inafferrabili motivazioni interne al reo, si è precisato che, siccome violare la legge col risultato consapevole di recare un ingiusto vantaggio è di regola un favoritismo, l'elemento volontario del privilegio così reso può ritenersi recessivo a condizione che la stessa legge indichi come meritevole in grado primario il concomitante fine pubblico perseguito, in modo da poter declassare a evento voluto, ma non intenzionale, il vantaggio recato[111].

Purché «non sia acquisito un rapporto personalistico tra l'agente ed il beneficiato, tale da ricondurre a pretesto il perseguimento […] del fine pubblico», deve trattarsi di un interesse pubblico «di preminente rilievo, riconosciuto dall'ordinamento e idoneo ad oscurare il concomitante favoritismo privato, degradato ad elemento privo di valenza penale», con l'effetto che non hanno alcun rilievo: – il fine privato, per quanto lecito; – il fine collettivo; – il fine privato di un ente pubblico; – il fine politico, che per definizione non ha ancora trovato una collocazione positiva, pur quando, si intende, esso sia ben invocato e non corrisponda invece, come spesso è dato riscontrare, a fini personali di soggetti c.d. politici[112].

---

perseguire tale fine e che cioè è proprio a lui o anche a lui ne sia commessa la cura e che non abbia usurpato attribuzioni o compiti propri di altre pubbliche entità»; Cass. pen., sez. VI, 26 aprile 2006, n. 21123.

Questa linea interpretativa è stata condivisa pure da Corte Cost., ord. 17 maggio 2006, n. 251, secondo cui «non è sufficiente che l'imputato abbia perseguito il fine pubblico accanto a quello privato affinché la sua condotta, ancorché illecita dal punto di vista amministrativo, non sia soggetta a sanzione penale, ma è necessario che egli abbia perseguito tale fine pubblico come proprio obiettivo principale; con conseguente degradazione del dolo di danno o di vantaggio da dolo di tipo intenzionale a mero dolo diretto (semplice previsione dell'evento) od eventuale (mera accettazione del rischio della verificazione dell'evento)».

Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte speciale, I*, 259, hanno criticato la previsione del dolo intenzionale introdotta dal legislatore del 1997 arrivando a chiedersi se sia giusto non punire «il pubblico funzionario che, pur agendo ad altro fine, si rappresenti tuttavia che la sua condotta irregolare è destinata a produrre con sicurezza vantaggi o danni ingiusti».

[111] Cass. pen., sez. VI, 22 novembre 2002, n. 42839; e così pure: Cass. pen., sez. IV, 11 settembre 2002, n. 38498; Cass. pen., sez. VI, 6 maggio 2003, n. 33068.

[112] Cass. pen., sez. VI, 22 novembre 2002, n. 42839. Nello stesso senso si veda pure Cass. pen., sez. IV, 11 settembre 2002, n. 38498, «In tema di abuso di ufficio, [...], l'uso dell'avverbio intenzionalmente per qualificare il dolo ha voluto limitare il sindacato del Giudice penale a quelle condotte del pubblico ufficiale dirette, come conseguenza immediatamente perseguita, a procurare un ingiusto vantaggio patrimoniale o ad arrecare un ingiusto danno. Ne deriva che, qualora nello

Seguendo tale indirizzo, la Corte ha ritenuto non responsabile del reato di cui all'art. 323 c.p. Il Sindaco di un Comune che aveva procurato un ingiusto vantaggio patrimoniale ad un imprenditore rilasciandogli un certificato di abitabilità e di agibilità di un complesso turistico, in violazione delle norme in materia urbanistica e sanitaria, che imponevano il previo rilascio di concessione edilizia in sanatoria, subordinata a nulla osta ambientale. E ciò sul rilievo che tale amministratore, così facendo, aveva perseguito il fine pubblico dello sviluppo del turismo di quel Comune, avendo adottato delle decisioni che non erano frutto di un collegamento personale tra lui ed i titolari del complesso beneficiato e che comunque avevano ad oggetto una situazione nella quale tale complesso turistico si trovava che era comune praticamente a tutti i villaggi turistici della zona[113].

---

svolgimento della funzione amministrativa, il pubblico ufficiale si prefigga di realizzare un interesse pubblico legittimamente affidato all'agente dall'ordinamento, pur giungendo alla violazione di legge e realizzando un ingiusto danno al privato, deve escludersi la sussistenza del reato. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto che correttamente fosse stata esclusa, per difetto dell'elemento soggettivo, la configurabilità del reato di abuso di ufficio a carico di un Provveditore agli studi il quale, per ritenute imprescindibili esigenze di buon andamento del servizio, aveva disposto il trasferimento di un Insegnante, investito delle funzioni di Consigliere comunale, da un istituto scolastico ad un altro, in violazione del divieto normativo di siffatti provvedimenti, in assenza del consenso dell'interessato)»; Cass. pen., sez. fer., 17 agosto 2021, n. 42640, per la quale «l'intenzionalità del dolo non è esclusa dalla compresenza di una finalità pubblicistica nella condotta del pubblico ufficiale, dovendosi ritenere necessario, perché venga meno la configurabilità dell'elemento soggettivo, che il perseguimento del pubblico interesse costituisca l'obiettivo principale dell'agente, con conseguente degradazione del dolo di danno o di vantaggio da dolo di tipo intenzionale a mero dolo diretto od eventuale».

[113] Cass. pen., sez. VI, 22 novembre 2002, n. 42839. Così pure Cass. pen., sez. II, 23 gennaio 2019, n. 10224, ha statuito che «In tema di abuso d'ufficio, non ricorre il dolo intenzionale nel caso in cui l'agente persegua esclusivamente la finalità di realizzare un interesse pubblico ovvero quando, pur nella consapevolezza di favorire un interesse privato, sia stato mosso esclusivamente dall'obiettivo di perseguire un interesse pubblico, con conseguente degradazione del dolo di procurare a terzi un vantaggio da dolo intenzionale a mero dolo diretto o eventuale e con esclusione, quindi, di ogni finalità di favoritismo privato. (Nella specie, la Corte ha annullato, limitatamente alle questioni civili, la sentenza di merito, che aveva assolto l'imputato per difetto dell'elemento psicologico, poiché non erano stati illustrati i motivi per cui non si sarebbe potuto ugualmente realizzare un contenimento dei costi osservando la procedura di gara dettata in tema di appalti pubblici, anziché quella di affidamento diretto dei lavori concretamente adottata)».

Per cercare di meglio definire la portata della norma incriminatrice, la Cassazione ha elaborato un canovaccio degli elementi sintomatici dai quali è desumibile il dolo intenzionale richiesto, partendo dall'osservazione che, ai fini della sussistenza del reato di cui all'art. 323 c.p., è necessario il raggiungimento della certezza che la volontà dell'agente pubblico sia stata diretta proprio a procurare l'evento ingiusto, che non può essere desunta unicamente dal comportamento illegittimo dell'agente[114], assumendo rilievo, non solo l'atto o il comportamento del pubblico ufficiale singolarmente valutato come illegittimo, «ma altresì ogni altro elemento che, apparentemente estrinseco all'atto o al comportamento, consenta comunque una verifica maggiormente significativa e, pertanto, anche gli atteggiamenti antecedenti, contestuali e successivi all'attività che di per sé realizza l'abuso»[115].

La Corte ha, così, sostenuto che i criteri di individuazione dell'intenzionalità della condotta illecita si possono far consistere: «a) nell'evidenza della violazione di legge, come tale perciò immediatamente riconoscibile dall'agente; b) nella specifica competenza professionale dell'agente, tale da rendergli anch'essa, senza possibile

---

[114] Cass. pen., sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 21192.

[115] Cass. pen., sez. VI, 17 ottobre 1997, n. 952. Si veda, ad es., Cass. pen., sez. VI, 19 maggio 2010, n. 23421, «Può ravvisarsi il dolo intenzionale richiesto per la punibilità dell'abuso di ufficio nella condotta di un Sindaco che conferisca un incarico dirigenziale a soggetti privi dei titoli e dei requisiti di legge, invece posseduti da altro candidato ingiustamente pretermesso, allorquando tale nomina risulti la reiterazione di altra precedente annullata dal Consiglio di Stato e risulti meramente pretestuosa la rappresentata intenzione di volere in tal modo soddisfare comunque l'interesse pubblico dell'amministrazione». Interessante è Cass. pen., sez. V, 2 ottobre 2020, n. 37517, che dopo la riforma del 2020 ha statuito che «In tema di abuso d'ufficio, la prova del dolo intenzionale, che qualifica la fattispecie criminosa, può essere desunta anche da una serie di indici fattuali, tra i quali assume specifico rilievo la violazione del dovere di astensione gravante sui pubblici ufficiali e sugli incaricati di pubblico servizio, non rilevando la compresenza di una finalità pubblicistica, salvo che il perseguimento dell'interesse pubblico costituisca l'obiettivo esclusivo o primario dell'agente. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto esente da censure la sentenza che aveva escluso la configurabilità del reato in relazione, alla condotta di un Sindaco che aveva disposto la proroga dei rapporti di lavoro a tempo determinato, anche in favore del coniuge, in quanto indispensabile a garantire l'effettivo esercizio delle funzioni di pubblica sicurezza su tutto il territorio comunale, per le gravi carenze di organico del comando di Polizia municipale)».

equivoco, riconoscibile la violazione; c) nella motivazione del provvedimento, nel caso in cui essa sia qualificabile come meramente apparente o come manifestamente pretestuosa; d) nei rapporti personali accertati tra l'autore del reato e il soggetto che dal provvedimento illegittimo abbia tratto ingiusto vantaggio patrimoniale»[116], non venendo, però, richiesta la dimostrazione della collusione dell'amministratore pubblico con il beneficiario dell'evento ingiusto, «essendo sufficiente la verifica del favoritismo posto in essere con l'abuso dell'atto di ufficio»[117].

In attuazione di questi parametri, la Cassazione ha reputato che, in un caso di abuso di ufficio consistente nell'illegittimo rilascio di concessione edilizia, la sussistenza della consapevole e concertata intenzione di porre in essere un comportamento illegittimo nell'interesse altrui, può essere desunta «dalla macroscopicità della violazione edilizia, dalla competenza professionale dell'imputato quale ingegnere, dai pregressi rapporti intercorsi tra le parti relativi alla costruzione di un muro che doveva essere di cinta ma che ave-

[116] Cass. pen., sez. VI, 9 novembre 2006, n. 41365. Più di recente, Cass. pen., sez. fer., 18 agosto 2022, n. 34390 ha affermato che «In tema di abuso d'ufficio, la prova del dolo intenzionale può essere desunta anche da una serie di indici fattuali, tra i quali assume specifico rilievo la inosservanza di specifici obblighi gravanti sui pubblici ufficiali e sugli incaricati di pubblico servizio, non rilevando la compresenza di una finalità pubblicistica, salvo che il perseguimento dell'interesse pubblico costituisca l'obiettivo esclusivo o primario dell'agente, con conseguente degradazione del dolo di danno o di vantaggio da dolo intenzionale a mero dolo diretto o eventuale (nella specie, è stato ravvisato il dolo intenzionale nella condotta di un operatore di Polizia che, nonostante l'esibizione dei documenti di identità e nonostante la pregressa conoscenza personale, aveva disposto l'accompagnamento del soggetto a fini di identificazione presso un ufficio di Polizia, in palese violazione di quanto disposto dall'art. 349 c.p.p.)».

[117] Cass. pen., sez. VI, 18 novembre 1999, Giansante. Interessante è anche Cass. pen., sez. VI, 27 giugno 2007, n. 35814, nella parte in cui si è detto che «La prova dell'intenzionalità del dolo esige il raggiungimento della certezza che la volontà dell'imputato sia stata orientata proprio a procurare il vantaggio patrimoniale o il danno ingiusti e tale certezza non può desumersi esclusivamente dal comportamento *non iure* tenuto dall'agente, ma deve trovare conferma anche in altri elementi sintomatici, che evidenzino l'effettiva ratio ispiratrice del comportamento, quali la specifica competenza professionale dell'agente, l'apparato motivazionale su cui riposa il provvedimento, i rapporti personali tra l'agente e il soggetto o i soggetti che dal provvedimento ricevono vantaggio patrimoniale o subiscono danno». Nello stesso senso si veda: Cass. pen., sez. fer., 25 agosto 2011, n. 38133.

va assunto fin dall'inizio le caratteristiche di muro di sostegno, dalle modalità, estremamente veloci ed in ore notturne, di effettuazione della costruzione, dall'abnorme comportamento» del pubblico amministratore «che, annullata una precedente concessione poiché l'immobile ricadeva in zona preclusa, rilasciava tuttavia una nuova concessione»[118].

Similmente la Cassazione ha rilevato che nel reato in questione «la prova del dolo intenzionale non presuppone l'accertamento dell'accordo collusivo con la persona che si intende favorire, potendo essere desunta anche dalla macroscopica illegittimità dell'atto, sempre che tale valutazione non discenda dal mero comportamento *non iure* dell'agente, ma risulti anche da elementi ulteriori concordemente dimostrativi dell'intento di far conseguire un vantaggio patrimoniale o di cagionare un danno ingiusto»[119].

8. *La sproporzione tra intenzionalità e trattamento sanzionatorio*

Esaurito l'esame dell'elemento psicologico, appare abbastanza evidente l'irrazionalità della scelta fatta dal legislatore nel 1997 e lasciata immutata da quello del 2020, che, da un lato, ha richiesto, per l'integrazione del reato, una forma particolarmente grave di dolo, che di per sé esprime una forte ribellione alla legalità da parte del soggetto agente per la pubblica amministrazione; e, dall'altra

[118] Cass. pen., sez. VI, 13 febbraio 1998, n. 4815.

[119] Cass. pen., sez. VI, 27 settembre 2018, n. 52882, (Fattispecie in cui la Cassazione ha confermato la decisione impugnata che ha desunto l'esistenza del dolo intenzionale dal fatto che l'imputato, nella qualità di Dipendente comunale cui era stata demandata la verifica della legittimità di opere edili, manteneva una condotta inerte e dilatoria, nonostante la macroscopica illegittimità dell'opera e le insistenti richieste di procedere a verifica); Cass. pen., sez. III, 8 gennaio 2019, n. 20454. Così pure Cass. pen., sez. VI, 17 settembre 2020, n. 31873, «La prova del dolo intenzionale, che qualifica la fattispecie di cui all'articolo 323 cod. pen., prescinde infatti dall'accertamento dell'accordo collusivo con la persona che si intende favorire, potendo essere desunta anche dalla macroscopica illegittimità dell'atto, sempre che tale valutazione non discenda in modo apodittico e parziale dal comportamento "non iure" dell'agente, ma risulti anche da elementi ulteriori concordemente dimostrativi dell'intento di conseguire un vantaggio patrimoniale o di cagionare un danno ingiusto».

parte, ha abbassato considerevolmente i limiti edittali, portandoli dalla pena compresa tra i due e i cinque anni di reclusione, che era prevista dall'art. 13 della l. n. 86 del 1990 nell'ipotesi di cui al comma 2 dell'art. 323 c.p., che il fatto fosse stato «commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale»; ad una pena compresa tra i sei mesi ed i tre anni di reclusione, aumentabile di un terzo nel caso ricorra la circostanza aggravante ad effetto comune, prevista al comma 2 dell'articolo, che il vantaggio patrimoniale ingiusto o il danno ingiusto abbiano «un carattere di rilevante gravità»[120], senza fare alcun riferimento alla condotta tenuta[121].

Per effetto delle pene previste, la l. n. 234 del 1997 non ha più consentito, per le indagini in materia di abuso d'ufficio, né l'utilizzazione dello strumento investigativo delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni telefoniche o di altre telecomunicazioni anche informatiche o telematiche; né la possibilità di adottare adeguate misure coercitive, pur in presenza di esigenze cautelari e di gravi indizi di reità, per sopperire ai quali si è prevista la possibilità di ricorrere alla misura interdittiva della sospensione dalle funzioni o dal servizio per la durata non superiore a due mesi, che il Giudice per le in-

---

[120] Per Cass. pen., sez. VI, 3 maggio 2005, n. 33933, l'aggravante di cui al comma 2 dell'art. 323 c.p. ha carattere di specialità rispetto a quella comune di analogo contenuto prevista dall'art. 61 n. 7 c.p. Così Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 380, che ha sostenuto che occorre valutare il vantaggio o lo svantaggio in modo oggettivo-soggettivo, facendo riferimento alla loro entità obiettiva, «determinabile in base alla valutazione economica media della collettività in un dato momento storico e, come criterio sussidiario, in base alla situazione economica della vittima».

Si deve ricordare che, per effetto dell'art. 323 *bis* c.p., introdotto dall'art. 14 della l. n. 86 del 1990, le pene previste sono diminuite se i fatti previsti, tra gli altri, pure dall'art. 323 c.p. sono «di particolare tenuità», speciale circostanza attenuante che per Cass. pen., sez. IV, 24 settembre 2013, n. 43991, ricorre «quando il reato presenti gravità contenuta nella sua globalità, dovendosi allo scopo considerare ogni caratteristica della condotta, dell'atteggiamento soggettivo dell'agente e dell'evento da questi determinato», anche considerando il danno subito dalla persona offesa.

[121] Si ricorda, invece, che l'art. 323 *bis* c.p., applicabile anche al reato di cui all'art. 323 c.p., prevede una circostanza attenuante del fatto di particolare tenuità, che fa riferimento al fatto di reato nel suo complesso sia nei suoi profili oggettivi che soggettivi, come rilevato da Bartoli, Pelissero, Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 521.

dagini preliminari può adottare su richiesta del Pubblico ministero dopo aver previamente interrogato l'indagato.

E si consideri che l'incongruenza tra l'accentuata intensità del dolo richiesto per l'integrazione della fattispecie in esame e il complesso sanzionatorio previsto è stata solo in parte colmata dall'art. 1, comma 75 lett. p), della l. 6 novembre 2012, n. 190, che ha elevato la pena stabilita per l'ipotesi semplice, portandola da un minimo di un anno ad un massimo di quattro anni di reclusione, in modo da consentire l'adozione anche delle misure coercitive diverse dalla custodia in carcere, qualora ricorrano, nel caso concreto, i gravi indizi di reità e le esigenze cautelari stabiliti dagli artt. 273 e ss. c.p.p., ed in particolare quella del rischio di reiterazione nel reato, che è molto forte nei confronti di chi abbia perseguito l'evento antigiuridico come l'obiettivo finale della propria condotta antidoverosa.

Nonostante la modifica legislativa, resta, però, fermo il divieto di utilizzare per l'accertamento dei fatti di reato previsti dall'art. 323 c.p. il mezzo di ricerca della prova consistente nelle intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni, che l'art. 266, comma 1, lett. b), c.p.p. consente per i delitti contro la pubblica amministrazione solo quando «è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni determinata» a norma dell'art. 4 c.p.p. (ossia senza tenere conto dell'aumento di pena previsto per le circostanze generiche).

Ciò vuol dire che l'autorità giudiziaria ordinaria, che il più delle volte è investita di notizie di reato in materia di reati dei soggetti agenti per conto della pubblica amministrazione inquadrabili, nella fase iniziale delle indagini preliminari, nella fattispecie dell'art. 323 c.p., continua a non poter sviluppare in modo adeguato le indagini sulle forme di degenerazione della pubblica amministrazione, che di solito richiedono l'approfondita ricostruzione degli effettivi rapporti esistenti all'interno di un ufficio pubblico o tra pubblico amministratore e soggetto privato, specialmente quando si richiede l'intenzionalità della condotta punita, che spesso solo la captazione diretta delle conversazioni tra i soggetti interessati permette di raggiungere.

9. *Il concorso di persone nell'abuso biforme*

Data la complessità dell'organizzazione amministrativa italiana, sovente accade che l'evento ingiusto del reato di abuso d'ufficio sia il prodotto di un procedimento amministrativo complesso che ha visto l'intervento di più persone, a seconda dei momenti procedimentali, di tipo propositivo, consultivo, deliberativo ed integrativo dell'efficacia.

Nell'affrontare l'argomento, appare utile ricordare che la legge generale sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990, come successivamente modificata, stabilisce che presso ogni pubblica amministrazione vi deve essere un'unità organizzativa responsabile dell'istruttoria, di ogni adempimento procedimentale e dell'adozione del provvedimento finale, individuata o direttamente dalla legge o dal regolamento oppure specificamente dalla stessa pubblica amministrazione con disposizioni rese pubbliche con apposito decreto (art. 4).

Compete al Dirigente di tale unità assegnare a sé o ad altro dipendente addetto all'unità «la responsabilità della istruttoria e di ogni altro adempimento inerente il singolo procedimento», compresa, "eventualmente", l'adozione del provvedimento finale, con la precisazione che, sino a quando non sia effettuata l'assegnazione, tale Dirigente «è considerato Responsabile del procedimento» (art. 5).

Al Responsabile del procedimento spettano una molteplicità di attribuzioni dirette ad assicurare l'efficienza dell'azione amministrativa, ossia:

– valutare, a fini istruttori, le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti rilevanti per l'emanazione del provvedimento;

– accertare d'ufficio i fatti, compiendo gli atti necessari e adottando «ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria», anche chiedendo il rilascio di dichiarazioni, la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete; esperendo accertamenti tecnici ed ispezioni; ordinando esibizioni documentali;

– proporre l'indizione o, avendone la competenza, indicendo le conferenze di servizi, dirette ad effettuare l'esame contestuale dei vari interessi pubblici coinvolti nel procedimento amministrativo;

– curare le comunicazioni, le pubblicazioni e le notificazioni previste da leggi o regolamenti;

– adottare, qualora ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmettere gli atti all'organo competente per l'adozione.

Importante è la disposizione contenuta nell'ultima parte dell'art. 6, dove si stabilisce che l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, se diverso dal Responsabile del procedimento, ha il divieto di discostarsi «dalle risultanze dell'istruttoria condotta» da quest'ultimo «se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale»[122].

Fatte queste precisazioni, si osserva che, in una procedura amministrativa plurisoggettiva connotata da abuso d'ufficio, per ricostruire compiutamente l'ascrivibilità del fatto di reato secondo il postulato costituzionale della personalità della responsabilità penale (art. 27, comma 1, Cost.), non si può che fare applicazione delle regole generali sul concorso di persone nel reato enunciate negli artt. 110 e ss. c.p., valutando con attenzione il contributo causale e l'elemento psicologico nella produzione dell'evento ingiusto da parte di ciascuno dei pubblici amministratori intervenuti nella specifica procedura amministrativa.

In linea generale, il concorso di persone in un reato doloso è ravvisabile quando il comportamento di una persona dia un contributo, insieme ad altri, alla commissione del fatto di reato, indifferentemente, a livello esecutivo/materiale o a livello ideativo/morale, potendo consistere sia in una condizione senza la quale l'evento non si sarebbe verificato; sia in un apporto agevolatore alla realizzazione della condotta tipica, che sarebbe stata ugualmente commessa «ma con maggiori incertezze di riuscita o difficoltà»[123]; sia nella determinazione o

---

[122] Cardi, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, Giuffrè, 1991; Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in Mazzarolli, Pericu, Romano, Roversi Monaco, Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, Monduzzi, 2005, 531 ss.; Clemente di San Luca (a cura di), *La nuova disciplina amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, Giappichelli, 2006; Sandulli, *Procedimento amministrativo*, in Cassese, *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, Giuffrè, 2006, 4510 ss.; Zito, *Il procedimento amministrativo*, in Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., 209 ss.; Giordano (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra regole e responsabilità*, Milano, Giuffrè Lefebre, 2021; Armenante, *I Nuovi modelli dell'organizzazione e dell'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2022.

[123] Cass. pen., sez. IV, 13 aprile 2004, n. 21082.

nel rafforzamento dell'altrui proposito criminoso, che, pure, può essere di per sé sufficiente a favorire la commissione del reato[124].

Come ha da tempo statuito la Corte di Cassazione, ai fini della configurazione del concorso di persone nel reato, non si richiede che il contributo di ciascuno si atteggi, sul piano causale, in condizione determinante dell'evento lesivo, perché la teoria causale del concorso, nonostante fosse stata fatta propria dalla relazione del codice penale, in realtà contrasta con la formula adottata dall'art. 110 c.p., che, invece, vuole estendere la responsabilità penale sino a permettere «di attribuire tipicità a comportamenti, che di per sé ne sarebbero privi, quando abbiano, in qualsiasi modo, contribuito alla realizzazione collettiva».

D'altronde, è lo stesso codice penale che, nel prevedere l'attenuante della minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato all'art. 114, comma 1, c.p., permette di ritenere rilevanti per la commissione del reato «condotte non condizionali», in quanto non si può logicamente qualificare «indispensabile per la realizzazione del reato un'attività di minima importanza».

Per la configurabilità del concorso morale di persone nel reato, non è, dunque, necessaria l'esplicazione di un'attività insostituibile per la realizzazione dell'evento, in quanto i molteplici contributi eziologici possono atteggiarsi anche in termini di semplice utilità o di maggiore sicurezza rispetto al risultato finale dell'azione.

Pertanto, per la sussistenza del concorso di persone, appare bastevole che la condotta di partecipazione si estrinsechi «in un comportamento esteriore che arrechi un contributo apprezzabile alla commissione del reato, mediante il rafforzamento del proposito criminoso o l'agevolazione dell'opera degli altri concorrenti», in modo tale che il partecipe, «per effetto della sua condotta idonea a facilitarne l'esecuzione, abbia aumentato la possibilità di produzione del reato, perché in forza del rapporto associativo diventano sue anche le condotte degli altri concorrenti»[125]. E da ciò consegue che per la configurabi-

---

[124] Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 356 ss.; Marinucci, Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 353 ss.; Garofoli, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, Neldiritto, 2023, 1291 ss.

[125] Cass. pen., sez. I, 11 marzo 1991, n. 7513. Così pure: Cass. pen., 6 luglio 1987, Manzo; Cass. pen., 4 dicembre 1996, Famiano; Cass. pen., sez. IV, 22 maggio 2007, n. 24895; Cass. pen., sez. VI, 22 maggio 2012, n. 36818; Cass. pen., sez.

lità della fattispecie concorsuale personale non si richiede «che tutti i concorrenti esplichino attività identiche o analoghe o insostituibili rispetto all'avveramento del fatto», essendo, invece, sufficiente che i molteplici contributi «si configurino in termini di funzionalità, utilità o maggiore sicurezza rispetto al risultato finale»[126].

L'attività costitutiva del concorso di persone nel reato si può, quindi, manifestare in qualsiasi forma di compartecipazione, che può variare dalla partecipazione all'esecuzione del reato alla partecipazione solo morale, consistente nella consapevole opera di determinazione, di istigazione o di rafforzamento della volontà di un determinato reato svolta nei confronti dell'autore materiale del reato, «prima che questi lo commetta, rafforzandone il proposito criminoso»[127], così da esserne, sotto il profilo oggettivo, adeguata concausa efficiente[128].

II, 16632/2017: «l'attività costitutiva della partecipazione ex art. 110 c.p. può essere rappresentata da qualsiasi contributo, di carattere materiale o psichico, del quale deve essere, nondimeno, fornita idonea prova, anche in via logica o indiziaria, mediante elementi dotati di sicura attitudine rappresentativa che involgano sia il rapporto di causalità materiale tra condotta e evento che il sostrato psicologico dell'azione».

[126] Cass. pen., sez. IV, 28 gennaio 1997, n. 574; Cass. pen., sez. VI, 22 maggio 2012, n. 36818: «Ai fini della configurabilità del concorso di persone nel reato, il contributo concorsuale assume rilevanza non solo quando abbia efficacia causale, ponendosi come condizione dell'evento lesivo, ma anche quando assuma la forma di un contributo agevolatore, e cioè quando il reato, senza la condotta di agevolazione, sarebbe ugualmente commesso, ma con maggiori incertezze di riuscita o difficoltà. Ne deriva che, a tal fine, è sufficiente che la condotta di partecipazione si manifesti in un comportamento esteriore idoneo ad arrecare un contributo apprezzabile alla commissione del reato, mediante il rafforzamento del proposito criminoso o l'agevolazione dell'opera degli altri concorrenti, e che il partecipe, per effetto della sua condotta, idonea a facilitarne l'esecuzione, abbia aumentato la possibilità della produzione del reato, poiché in forza del rapporto associativo diventano sue anche le condotte degli altri concorrenti. (Fattispecie relativa alla partecipazione ad una complessa operazione di importazione di stupefacenti dall'estero)».

[127] Cass. pen., sez. III, 26 marzo 2003, n. 23916. In precedenza Cass. pen., sez. I, 15 dicembre 1976, n. 5858, ha evidenziato che l'opera di istigazione può dirsi che «abbia in concreto arrecato un contributo causale, sia pure secondario e marginale, all'attuazione del crimine commesso dall'autore» quando «sia pervenuta alla percezione dell'autore materiale, la cui risoluzione criminosa solo attraverso tale percezione può riuscire rafforzata».

[128] Cass. pen., sez. I, 21 dicembre 1987, n. 9612; Cass. pen., sez. III, 5 febbraio 2019, n. 18015: «Ai fini della configurazione del concorso, occorre un *quid pluris* rispetto alla mera consapevolezza della detenzione delle sostanze stupefacenti da parte del convivente e, dunque, una volontà di adesione all'altrui attività criminosa, ad integrare la quale è sufficiente una qualsiasi forma agevolativa della

Concorre, quindi, moralmente nel reato anche il soggetto che «abbia in qualche modo rafforzato il proposito criminoso» dell'autore materiale del reato «mediante parole, atteggiamenti o comportamenti suscettibili di essere considerati e valutati come contributo causale alla realizzazione dell'evento»[129]. E tra questi comportamenti si può far rientrare sia la semplice presenza, a condizione che non sia meramente casuale, sul luogo dell'esecuzione del reato, qualora sia servita a stimolare o a dare un maggior senso di sicurezza all'autore materiale nel tenere la sua condotta, «palesando chiara adesione alla condotta delittuosa»[130]; sia il mancato impedimento dell'evento da parte di chi ha l'obbligo giuridico di impe-

---

detenzione, che può manifestarsi nelle modalità più varie, comprendenti anche soltanto l'occultamento ed il controllo della droga custodita nell'immobile comune, così da assicurare all'agente una certa sicurezza, ovvero garantendogli, anche implicitamente, una collaborazione su cui questi, in caso di bisogno, può contare, e comunque rivelatrice di un previo accordo sulla detenzione».

[129] Cass. pen., sez. I, 4 dicembre 1989, n. 17810; Cass. pen., sez. II, 24 novembre 2022, n. 48276: «È configurabile il concorso di persone nel reato e non il favoreggiamento reale nel caso di promessa di acquistare o smerciare cose provenienti da una rapina materialmente commessa da altri, sussistendo un accordo preventivo col quale si realizza la partecipazione psichica in tale delitto sotto forma di istigazione, posto che si genera o si rafforza la determinazione dell'esecutore materiale, sicuro così di conseguire il profitto dell'illecito».

[130] Cass. pen., sez. II, 8 ottobre 2008, n. 40420; Cass. pen., sez. V, 8 aprile 2009, n. 26542; Cass. pen., sez. I, 15 settembre 2021, n. 6237: «In tema di concorso di persone, il contributo psichico rilevante ai sensi dell'art. 110 cod. pen., in caso di azione collettiva, deve essere espressivo di condivisione dell'evento, in forma solo verbale o accompagnata da manifestazioni esteriori diverse dalla condotta tipica, ed idoneo a semplificare o agevolare l'ideazione o l'esecuzione dell'azione, anche se solo nei confronti di una parte consistente di compartecipi»; Cass. pen., sez. II, 13 ottobre 2021, n. 43067: «In tema di concorso di persone nel reato, la circostanza che il contributo causale del concorrente morale possa manifestarsi attraverso forme differenziate e atipiche della condotta criminosa (istigazione o determinazione all'esecuzione del delitto, agevolazione alla sua preparazione o consumazione, rafforzamento del proposito criminoso di altro concorrente, mera adesione o autorizzazione o approvazione per rimuovere ogni ostacolo alla realizzazione di esso) non esime il Giudice di merito dall'obbligo di motivare sulla prova dell'esistenza di una reale partecipazione nella fase ideativa o preparatoria del reato e di precisare sotto quale forma essa si sia manifestata, in rapporto di causalità efficiente con le attività poste in essere dagli altri concorrenti, non potendosi confondere l'atipicità della condotta criminosa concorsuale, pur prevista dall'art. 110 cod. pen., con l'indifferenza probatoria circa le forme concrete del suo manifestarsi nella realtà. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto viziata la motivazione della sentenza impugnata per non aver indicato specifici elementi di fatto dai quali desumere che gli imputati

dirlo, per aver assunto in tal senso una precisa posizione di garanzia[131].

Viceversa, non integra la partecipazione criminosa ai sensi dell'art. 110 c.p. la mera connivenza, che consiste nel comportamento meramente passivo assunto da chi sappia che altri stia per commettere o commetta un reato[132].

Dal punto di vista soggettivo, si deve sottolineare che, secondo il prevalente orientamento della Corte di Cassazione, l'elemento psicologico del concorso di persone nel delitto si sostanzia:

– nella cosciente rappresentazione di concorrere con altri alla perpetrazione del crimine, che «comporta la consapevolezza delle condotte che gli altri concorrenti hanno posto in essere o porranno in essere»;

---

avessero fornito un contributo agevolativo al tentativo di estorsione relativo al c.d. "regalo ai carcerati" posto in essere da un altro soggetto)».

[131] Cass. pen., sez. III, 21 gennaio 2000, n. 4957; Cass. pen., sez. V, 12 luglio 2019, n. 40061: «In tema di concorso di persone nel reato, la mera "raccomandazione" o "segnalazione" non ha di per sé un'efficacia causale sul comportamento del soggetto attivo, il quale è libero di aderirvi o meno secondo il suo personale apprezzamento, salvo che essa sia caratterizzata da ulteriori comportamenti positivi o coattivi che abbiano efficacia determinante sulla condotta del soggetto qualificato, costituendo in tale caso una forma di concorso morale nel reato. (Fattispecie in cui è stato ritenuto configurabile il concorso per istigazione nel reato di rivelazione di segreti di ufficio nei confronti di un importante esponente politico che, facendosi "collettore" di segnalazioni o raccomandazioni in favore di candidati in pubblici concorsi, induceva i membri delle Commissioni esaminatrici a rivelare in anticipo le tracce dei temi e dei quesiti da utilizzarsi nel successivo esame, per farle pervenire direttamente ai candidati segnalati)».

[132] Cass. pen., 6 luglio 1987, Manzo; Cass. pen., 4 dicembre 1996, Famiano; Cass. pen., sez. III, 18 ottobre 2019, n. 50340: «La presenza fisica allo svolgimento dei fatti integra un'ipotesi di concorso morale penalmente rilevante non allorquando si mantenga in termini di mera passività o connivenza, bensì qualora si attui in modo da realizzare un rafforzamento del proposito dell'autore materiale del reato e da agevolare la sua opera, sempre che il concorrente si sia rappresentato l'evento del reato ed abbia partecipato ad esso esprimendo una volontà criminosa uguale a quella dell'autore materiale»; Cass. pen., sez. III, 18 maggio 2022, n. 27199: «Anche il proprietario "estraneo" (ovvero privo delle qualifiche soggettive specificate all'art. 29 del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380 committente, titolare del permesso di costruire, direttore dei lavori) può essere ritenuto responsabile del reato edilizio, purché risulti un suo contributo soggettivo all'altrui abusiva edificazione da valutarsi secondo le regole generali sul concorso di persone nel reato, non essendo sufficiente la semplice connivenza, attesa l'inapplicabilità dell'art. 40, comma 2, c.p., in quanto non esiste una fonte formale da cui far derivare un obbligo giuridico di controllo sui beni finalizzato ad impedire il reato».

– e nella reciproca volontà di concorrere con altri alla comune realizzazione della condotta delittuosa, che rende indispensabile il sussistere di una coincidenza di volontà dei singoli concorrenti nel finalizzare i propri comportamenti di partecipazione all'evento antigiuridico, «nel senso che i compartecipi abbiano precisa scienza del reato o dei reati che intendono commettere»[133], restando «irrilevante la fase – ideativa, preparatoria od esecutiva – in cui il contributo del singolo abbia avuto luogo»[134], in quanto il reciproco consenso può insorgere «anche inopinatamente e nel corso della commissione di altro fatto criminoso», non richiedendosi il previo accordo alla commissione del reato[135].

Si deve, tuttavia, rimarcare che, essendo la fattispecie monosoggettiva prevista dall'art. 323 c.p. contraddistinta dall'intenzionalità dell'elemento volitivo, si richiede, per l'integrazione della forma concorsuale di tale reato, che ciascuno dei concorrenti persegua l'evento ingiusto come lo scopo finale della propria condotta, non essendo sufficiente il dolo eventuale[136], come invece avviene per altre ipotesi di reato[137].

---

[133] Cass. pen., sez. I, 9 febbraio 1987, n. 2656; Cass. pen., sez. II, 30 giugno 2016, n. 31889, «In tema di concorso di persone nel reato, la responsabilità del compartecipe *ex art.* 116 c.p. può essere configurata solo quando l'evento diverso non sia stato voluto neppure sotto il profilo del dolo indiretto (indeterminato, alternativo od eventuale) e, dunque, a condizione che non sia stato considerato come possibile conseguenza ulteriore o diversa della condotta criminosa concordata».

[134] Cass. pen., sez. VI, 26 ottobre 1983, n. 11054. *Contra* Cass. pen., 1 giugno 1989, Coveduri, secondo cui non è necessaria «in tutti i soggetti la reciproca consapevolezza dell'altrui contributo, essendo sufficiente che essa sussista anche in uno soltanto dei coautori del reato», così da ritenersi sufficiente per l'integrazione della fattispecie soggettiva concorsuale «che ciascun agente abbia conoscenza, anche unilaterale, del contributo» da lui «recato alla condotta altrui», come affermato da Cass. pen., sez. VI, 20 gennaio 2004, n. 1271.

[135] Cass. pen., sez. II, 10 ottobre 2005, n. 44301; Cass. pen., sez. I, 15 febbraio 2019, n. 28794, «Ai fini della configurabilità di un'ipotesi di concorso di persone nel reato, non è necessario il previo accordo, essendo sufficiente un'intesa spontanea intervenuta nel corso dell'azione criminosa che si traduca in un supporto, pur estemporaneo, ma causalmente efficiente alla realizzazione dell'altrui proposito criminoso».

[136] Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Milano, Giuffrè, 1999.

[137] Si ricorda che è assolutamente costante l'orientamento a sostenere che «l'elemento soggettivo nel concorso di persone nel reato può presentarsi nella forma sia del dolo diretto sia del dolo eventuale e solo quando non vi sia né l'uno né l'altro, in presenza del minor coefficiente psichico costituito dalla prevedibilità, è configurabile

Illuminati da questi principi di carattere generale, si può rilevare che nel caso in cui l'evento ingiusto con cui si consuma il reato di abuso d'ufficio sia il prodotto di una procedura amministrativa articolata in una serie di interventi propositivi, consultivi, deliberativi ed integrativi dell'efficacia, il primo comportamento da valutare ai fini dell'integrazione concorsuale del reato è quello dell'organo che ha deciso, in violazione delle specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atto avente forza di legge (e dalle quali non residuino margini di discrezionalità) o in contrasto con l'obbligo di astenersi, il provvedimento finale, che ha di per sé un'efficacia causale produttiva dell'ingiusto vantaggio patrimoniale per sé o per altri o dell'ingiusto danno per altri.

Rispetto alla decisione dell'organo deliberante, che materialmente determina l'esecuzione del reato, un contributo causale alla realizzazione dell'evento ingiusto può, certamente, essere dato dal Responsabile del procedimento (ovviamente nel caso in cui quest'ultimo sia privo dei poteri deliberativi), qualora eserciti i suoi importanti compiti istruttori, che incidono in modo determinante sul contenuto del provvedimento finale ai sensi dell'art. 6 della l. n. 241, violando le norme legislative che li disciplinano, oppure omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi previsti dall'ordinamento della pubblica amministrazione di appartenenza.

Si consideri che può anche accadere che il Responsabile del procedimento non deliberante abbia la malizia di mascherare le illegittimità commesse durante l'istruttoria, effettuando una distorta rappresentazione della situazione di fatto, in modo tale da non permettere all'organo dotato di potere decisionale di rendersi conto che il provvedimento finale adottato presenta vizi di legge a causa della sua non conformità alla reale situazione di fatto.

In questo caso, sarà chiamato a rispondere del reato di abuso d'ufficio, consumatosi con l'adozione del provvedimento finale illegittimo, non colui che ha esercitato il potere deliberante senza avere

---

il concorso anomalo ex art. 116 c.p.», secondo cui «qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde, se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione», espresso ad es. da Cass. pen., 20 febbraio 1987, Garufi; Cass. pen., sez. I, 22 maggio 1986, n. 10789.

coscienza dell'intrinseca illegittimità della soluzione adottata, ma, ai sensi dell'art. 48 c.p., il Responsabile del procedimento, che, mediante un inganno, ha indotto in errore sul fatto che costituisce reato l'organo deliberante.

Oltre alle figure del Responsabile del procedimento e del titolare della potestà decisoria finale, ai fini dell'integrazione del reato in esame si deve prestare attenzione, all'interno del procedimento amministrativo, anche alle condotte tenute dagli altri soggetti intervenuti nella procedura, svolgendo attività prodromiche di tipo consultivo, o preparatorio, o consistenti in operazioni tecniche strumentali alla manifestazione di volontà amministrativa.

Tali attività, difatti, vanno ad inserirsi nel procedimento «come momento qualificante rispetto alle determinazioni da assumere con il provvedimento conclusivo dell'iter amministrativo», e possono esser ritenute idonee «a orientare le scelte della pubblica amministrazione e a contribuire, dunque, all'evento di danno o di vantaggio considerato dalla norma incriminatrice di cui all'art. 323 c.p.», a condizione che anche tali attività siano a loro volta intrinsecamente illegittime[138], e siano l'effetto delle intese devianti intercorrenti con il soggetto abilitato a formulare l'atto finale.

Pertanto «anche la formulazione di un parere consultivo, se in concreto espresso *contra legem*, può integrare la condotta criminosa dell'abuso d'ufficio, quando, sulla base delle risultanze processuali, sia stato accertato che il provvedimento finale è frutto di un accordo criminoso e che, quindi, il parere espresso dal funzionario autorizzato e comunque richiesto dall'organo investito della potestà decisionale si inserisce nell'iter criminoso come un elemento atto ad agevolare la formazione di un atto illegittimo»[139].

---

[138] Il principio è stato affermato da Cass. pen., sez. VI, 26 giugno 2001, n. 37410, in riferimento ad un atto di natura consultiva.

[139] Cass. pen., sez. V, 2 febbraio 2001, n. 21947; e ugualmente: Cass. pen., sez. VI, 26 giugno 2001, n. 37410; Cass. pen., sez. VI, 13 novembre 2003, n. 938, «Anche la formulazione di un parere consultivo, se espresso *contra legem*, può integrare la condotta del reato di abuso d'ufficio, nel caso in cui si accerti che il provvedimento finale sia stato frutto di accordo, con la conseguenza che il predetto parere si inserisce nell'*iter criminis* come elemento diretto ad agevolare la formazione di un atto illegittimo e in grado di far conseguire un ingiusto vantaggio».

Viceversa, si è ritenuto che «in un procedimento amministrativo complesso, e cioè caratterizzato dal concorso di diversi atti amministrativi, il pubblico ufficiale che abbia contribuito esclusivamente all'adozione di un atto legittimo, anche quando questi si ponga in rapporto di causalità materiale col provvedimento finale, non può essere chiamato a rispondere del reato di abuso di ufficio ipotizzabile per l'illegittimità del provvedimento finale, dipendente da atti diversi, adottati nella complessa serie procedimentale, alla cui formazione egli non abbia in alcun modo contribuito, essendo invece questi riconducibili alla determinazione di altri pubblici ufficiali».

Ragionando, infatti, in modo diverso, si arriverebbe ad affermare la colpevolezza sulla base di «una sorta di responsabilità oggettiva, imputandosi all'agente che abbia operato nel rispetto delle norme di legge […] l'illegittimità del comportamento altrui»[140].

Qualora l'atto amministrativo illegittimo causativo dell'evento ingiusto abbia natura collegiale, la responsabilità penale può essere ravvisata nei confronti dei componenti dell'organo collegiale che abbiano espresso voto favorevole determinando l'adozione dell'atto, purché abbiano: I) la consapevolezza, a seconda dei casi, o che l'atto è in contrasto con norme di rango legislativo; oppure che tale atto non può essere votato da taluno dei componenti per la condizione di incompatibilità in cui si trovi[141]; II) l'intenzione di procurare, a sé o ad altri, un ingiusto profitto patrimoniale o un ingiusto danno.

Il concorso nel reato si può ravvisare, inoltre, nei confronti del membro dell'organo collegiale, che, pur formalmente astenutosi al momento del voto, abbia in realtà dato un contributo significativo alla formazione della delibera collegiale illegittima, determinando o

---

[140] Cass. pen., sez. VI, 28 aprile 2000, n. 7290; Cass., sez. VI, 4 maggio 2000, n. 8729, «La pura e semplice formulazione di un parere (non vincolante) di fronte a un atto sul quale la competenza a decidere spetta ad altro organo non può, sotto il profilo psicologico, costituire concorso morale di chi esprime il parere con i soggetti preposti all'adozione della delibera finale illegittima, in quanto la rappresentazione dell'atto conclusivo (e della sua illiceità) esula dai compiti propri di chi esprime il parere».

[141] In particolare secondo Tellone, *La violazione delle norme sulla competenza*, in Aa.Vv., *Modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, cit., 61 ss., nel caso di organo collegiale al quale partecipi un soggetto non legittimato, l'atto adottato è invalido solo se è stato influenzato direttamente o indirettamente dalla partecipazione del soggetto non legittimato.

sollecitando gli altri componenti dell'organo a votare favorevolmente, perché ciò che conta ai fini dell'integrazione del delitto in esame, «è l'attività del pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni; e anche la partecipazione a un atto collegiale è esercizio di tale attività»[142].

A questo punto, sorge spontanea la domanda di quale sia la posizione che ricopre nella fattispecie in esame il privato beneficiato dal comportamento *contra ius* dell'amministratore pubblico.

Pur essendo un reato proprio, non vi sono ragioni ostative di carattere generale a che il privato possa concorrere nel reato di abuso d'ufficio secondo i canoni previsti dagli artt. 110 e ss. c.p.

Si è, però, autorevolmente precisato che il concorso non può, di certo, ravvisarsi con la «semplice e sola istanza relativa ad un atto che, nel concreto, risulti illegittimo e, nonostante ciò, venga adottato: va infatti considerato che il privato, contrariamente al pubblico funzionario, non è tenuto a conoscere le norme che regolano l'attività di quest'ultimo, né, soprattutto, è in grado di rappresentarsi le situazioni attinenti all'ufficio che possono condizionare la legittimità dell'atto richiesto».

Non gravando sul privato l'obbligo giuridico di impedire l'evento[143], il concorso del c.d. *extraneus* nel reato commesso dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio può configurarsi, secondo i principi generali, con riguardo a qualsiasi forma di partecipazione, anche solo morale, «del destinatario del vantaggio il quale non si limiti alla mera accettazione di quest'ultimo», e, quindi, anche sotto forma di determinazione, di istigazione e di accordo criminoso, «eventualmente anche a mezzo di intermediari».

La prova, quindi, che un atto amministrativo illegittimo, o, comunque, un comportamento illegittimo del pubblico amministratore sia il risultato di collusione tra il privato e l'agente pubblico non può farsi derivare dalla mera coincidenza tra la richiesta del primo e la scelta pubblica operata in modo illegittimo dal secondo, «essendo invece necessario che il contesto fattuale, i rapporti personali tra le

---

[142] Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 258.

[143] *Ivi*, 260 ss.

parti o altri dati di contorno dimostrino che la presentazione della domanda è stata preceduta, accompagnata o seguita dalla conclusione di un'intesa col pubblico funzionario o, comunque, da pressioni dirette a sollecitarlo ovvero a persuaderlo» al compimento di quella scelta illegittima[144]. Ma, come precisato dal Giudice di legittimità, tra queste pressioni non possono farsi rientrare la raccomandazione o la segnalazione, che, in assenza di ulteriori comportamenti positivi o coattivi tali da determinare la condotta dell'agente pubblico, non hanno di per sé «efficacia causativa sul comportamento del soggetto attivo, il quale è libero di aderire o meno alla segnalazione secondo il suo personale apprezzamento»[145].

[144] Cass. pen., sez. VI, 17 ottobre 1997, n. 952; e così, pure: Cass. pen., sez. VI, 25 febbraio 2003, n. 15116; Cass. pen., sez. VI, 14 ottobre 2003, n. 43020; Cass. pen., sez. VI, 1 dicembre 2003, n. 2844; Cass. pen., sez. VI, 21 ottobre 2004, n. 43205. In particolare: Cass. pen., sez. VI, 29 novembre 2017, n. 10567, «È configurabile un concorso, come *extraneus*, nel reato di tentato abuso d'ufficio per l'aspirante avvocato che si fa aiutare dai pubblici ufficiali per superare l'esame di abilitazione, senza riuscire nell'intento per motivi estranei alla sua volontà (come nel caso della candidata che aveva chiesto l'aiuto di una Cancelliera presso il Tribunale di Sorveglianza che doveva vigilare sul corretto svolgimento della prova)»; Cass. pen., sez. IV, 22 giugno 2018, n. 41890 «In tema di abuso d'ufficio, la confisca prevista dall'art. 335 *bis* c.p., in quanto obbligatoria, opera anche nei confronti degli aventi diritto estranei al reato, che non possono trarre vantaggio dall'ingiusto profitto conseguente ad una condotta illecita, sempre che sussista un nesso strutturale tra il bene da confiscare ed il reato».

[145] Cass. pen., sez. VI, 13 aprile 2005, n. 35661.

Capitolo IX

L'INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALMENTE CORRETTA DELL'ABUSO BIFORME

Sommario: 1. Il giudizio della Corte Costituzionale sulla riforma dell'abuso d'ufficio del 2020. – 2. I contrastanti orientamenti della Cassazione sulla rilevanza dell'art. 97 Cost. per l'integrazione del nuovo abuso d'ufficio. – 3. L'art. 97 Cost. nella giurisprudenza di legittimità anteriore alla riforma del 2020. – 4. La corretta lettura dell'abuso per violazione di regole di condotta nel rispetto dei principi costituzionali. – 5. L'importanza del vizio di legittimità dell'eccesso di potere nel diritto amministrativo. – 6. L'eccesso di potere nella figura di abuso d'ufficio del 1997. – 7. I contrasti giurisprudenziali sulla rilevanza dello sviamento di potere per la configurazione del nuovo abuso d'ufficio. – 8. Sviamento di potere e abuso d'ufficio biforme. – 9. Il sindacato penale sull'azione amministrativa integrante l'abuso d'ufficio.

1. *Il giudizio della Corte Costituzionale sulla riforma dell'abuso d'ufficio del 2020*

Giunti a questo punto, sembra sistematicamente opportuno ricordare che la riforma dell'art. 323 c.p. effettuata con il decreto "Semplificazioni" è stata analizzata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 8 del 2022.

Con tale sentenza la Corte:

– da un lato, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 23, comma 1, del d.l. n. 76 del 2020, sollevata, in riferimento all'art. 77 Cost., perché l'esigenza di far ripartire celermente il Paese, dopo il prolungato blocco imposto per fronteg-

giare la pandemia, nella valutazione del Governo (e del Parlamento, in sede di conversione), ha impresso alla riforma dell'abuso d'ufficio i connotati della straordinarietà e dell'urgenza in un modo non manifestamente irragionevole o arbitrario[1];

– dall'altro lato, ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale del medesimo articolo sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., perché si traducevano nella richiesta di una sentenza *in malam partem* in materia penale, in palese contrasto con il costante indirizzo della stessa Corte, secondo il quale l'adozione di decisioni con effetti *in malam partem* in materia penale è vietata dal principio della riserva di legge sancito dall'art. 25, comma 2, Cost., «il quale, rimettendo al "soggetto-Parlamento" (sentenza n. 5 del 2014), che incarna la rappresentanza politica della Nazione (sentenza n. 394 del 2006), le scelte di politica criminale (con i relativi delicati bilanciamenti di diritti e interessi contrapposti)», proibisce alla Corte «sia di creare nuove fattispecie o di estendere quelle esistenti a casi non previsti, sia di incidere *in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti inerenti, comunque sia, alla punibilità (*ex plurimis*, sentenze n. 17 del 2021, n. 37 del 2019, n. 46 del 2014, n. 324 del 2008, n. 394 del 2006 e n. 161 del 2004; ordinanze n. 219 del 2020, n. 65 del 2008 e n. 164 del 2007)»[2].

---

[1] Secondo il rimettente Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Catanzaro, l'art. 23, comma 1, del d.l. n. 76 del 2020, come successivamente convertito, sarebbe stato in contrasto con l'art. 77 Cost. perché del tutto estraneo alla materia disciplinata dalle altre disposizioni del medesimo d.l., che sarebbero state motivate con la «straordinaria necessità e urgenza di realizzare un'accelerazione degli investimenti e delle infrastrutture attraverso la semplificazione delle procedure in materia di contratti pubblici e di edilizia, operando senza pregiudizio per i presidi di legalità», nonché con l'esigenza, ritenuta anch'essa indifferibile, «di introdurre misure di semplificazione procedimentale e di sostegno e diffusione dell'amministrazione digitale, nonché interventi di semplificazione in materia di responsabilità del personale delle amministrazioni, nonché di adottare misure di semplificazione in materia di attività imprenditoriale, di ambiente e di *green economy*, al fine di fronteggiare le ricadute economiche conseguenti all'emergenza epidemiologica da Covid-19», così da essere disomogeneo «per contenuto e finalità, rispetto al resto del corpo normativo in cui è inserita, non potendo ravvisarsi alcun nesso di strumentalità tra la modifica, in senso fortemente restrittivo, del delitto di abuso d'ufficio e l'esigenza di semplificare le procedure amministrative in vista del rilancio economico del Paese».

[2] Secondo il medesimo Giudice rimettente, l'art. 23 cit. sarebbe stato in contrasto anche con gli artt. 3 e 97 Cost., perché la scelta di escludere la rilevanza pe-

Il Giudice delle leggi ha evidenziato che la formula inserita nell'art. 323 c.p. dal decreto "Semplificazioni", nell'eliminare il riferimento ai regolamenti e nel richiedere che la violazione di legge o di atto avente forza di legge abbia ad oggetto regole specifiche che non lascino spazi di discrezionalità all'agente pubblico, rende palese che l'intento del legislatore è stato «sbarrare la strada alle interpretazioni giurisprudenziali che avevano dilatato la sfera di operatività della norma introdotta dalla legge n. 234 del 1997», ossia "all'epifania" degli indirizzi giurisprudenziali che avevano attratto nella fattispecie penale «tanto la violazione dell'art. 97 Cost., quanto lo sviamento di potere», attraverso delle «interpretazioni estensive degli elementi di fattispecie», che avrebbero travalicato «i rigidi paletti» che la riforma del 1997 aveva inteso fissare per impedire «un sindacato del Giudice penale sull'esercizio della discrezionalità amministrativa», soprattutto nella parte in cui il legislatore del 1997 aveva fatto riferimento «alla violazione di norme di legge o di regolamento», in modo da evocare «uno dei vizi tipici dell'atto amministrativo» per espungere, a contrario, dall'area della rilevanza penale «l'eccesso di potere, non menzionato».

A tal proposito la Corte ha richiamato:

– sia l'indirizzo volto a qualificare come violazione di norma di legge, rilevante come abuso d'ufficio l'inosservanza «del generalissi-

---

nale di ogni forma di discrezionalità avrebbe comportato lo snaturamento della fattispecie incriminatrice in reato legislativamente impossibile, tradendo la finalità propria del reato di abuso d'ufficio di tutela dell'interesse, costituzionalmente garantito, al buon andamento, all'imparzialità e alla trasparenza della pubblica amministrazione, risolvendosi la norma introdotta «nell'attribuzione all'agente pubblico di un potere dispositivo assoluto e sottratto al vaglio giudiziale. In questo modo, la disposizione censurata avrebbe, equiparando il pubblico funzionario a un privato, posto sullo stesso piano situazioni affatto diverse: il potere discrezionale attribuito al primo e la facoltà di disposizione riconosciuta al secondo rispetto alla cosa di cui sia proprietario, con ulteriore vulnus al principio di legalità dell'azione amministrativa». E in tal senso il Giudice rimettente faceva notare che «i casi nei quali la legge determina "il se, il cosa e il come" di una condotta imposta a un agente pubblico sarebbero non solo estremamente rari, ma atterrebbero, altresì, "ad una sfera minuta dell'attività amministrativa". In pratica, dunque, il legislatore avrebbe riservato la rilevanza penale ad una casistica "improbabile e del tutto marginale", lasciando prive di risposta punitiva le condotte, ben più gravi, di coloro che, detenendo il potere di decidere discrezionalmente, si trovano in una condizione privilegiata per abusarne».

mo principio di imparzialità della pubblica amministrazione, enunciato dall'art. 97 Cost.: principio che – secondo la Corte di cassazione – nella parte in cui vieta al pubblico funzionario di operare ingiustificati favoritismi o intenzionali vessazioni, esprimerebbe una precisa regola di comportamento di immediata applicazione»[3];

– sia l'orientamento volto a reputare penalmente rilevanti per l'integrazione dell'abuso d'ufficio anche gli atti viziati da eccesso di potere, nella forma dello sviamento, sul rilievo, avallato a Sezioni Unite, «che la violazione di legge cui fa riferimento l'art. 323 cod. pen. ricorra non solo quando la condotta del pubblico funzionario si ponga in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando sia volta alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, dando luogo appunto a un vizio di sviamento: vizio che integrerebbe la violazione di legge, perché sta a significare che la potestà non è stata esercitata secondo lo schema normativo che legittima l'attribuzione»[4].

Secondo la Corte, questi due orientamenti giurisprudenziali sarebbero stati una delle principali cause della sempre maggiore diffusione del fenomeno della "burocrazia difensiva" (o "amministrazione difensiva"), consistente nella tendenza dei pubblici amministratori ad astenersi dall'assumere decisioni, «che pur riterrebbero utili per il perseguimento dell'interesse pubblico, preferendo assumerne altre meno impegnative (in quanto appiattite su prassi consolidate e anelastiche), o più spesso restare inerti, per il timore di esporsi a possibili addebiti penali (cosiddetta "paura della firma")».

Ad avviso del Giudice delle leggi, la sostituzione della locuzione «di norme di legge o di regolamento» con l'altra «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità», introdotta dall'art. 23 d.l. n. 74 per modificare la prima delle condotte tipiche previste dall'art. 323 c.p., lasciando, invece, inalterata la seconda, consistente nell'inosservanza di un obbligo di astensione, ha determinato:

---

[3] Corte Cost., sent. 25 novembre 2021, n. 8, ha fatto, tra le altre, rimando a Cass. pen., sez. VI, 21 febbraio 2019, n. 22871; Cass. pen., sez. VI, 12 giugno 2018, n. 49549; Cass. pen., sez. II, 27 ottobre 2015, n. 46096, v. *infra*.

[4] Corte Cost., sent. 25 novembre 2021 n. 8, ha citato Cass. pen., S.U., 29 settembre 2011, n. 155.

– da un lato, la estromissione del riferimento ai regolamenti come parametri di valutazione dell'abusività della condotta;

– dall'altro lato, il superamento della "norma vivente" disegnata dalla giurisprudenza, in quanto: – la puntualizzazione «che l'abuso deve consistere nella violazione di regole specifiche mira ad impedire che si sussuma nell'ambito della condotta tipica anche l'inosservanza di norme di principio, quale l'art. 97 Cost.»; – l'indicazione «che le regole siano espressamente previste dalla legge e tali da non lasciare «margini di discrezionalità» […] vuol negare rilievo al compimento di atti viziati da eccesso di potere»[5].

Secondo la Corte Costituzionale questa nuova formulazione dell'art. 323 c.p. non recherebbe alcun pregiudizio ai valori costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione, perché le esigenze costituzionali di tutela non si esaurirebbero nella tutela penale, «ben potendo essere soddisfatte con altri precetti e sanzioni: l'incriminazione costituisce anzi un'*extrema ratio*, cui il legislatore ricorre quando, nel suo discrezionale apprezzamento, lo ritenga necessario per l'assenza o l'inadeguatezza di altri mezzi di tutela»[6].

Leggendo la sentenza, non si può fare a meno di notare che la finalità attribuita all'intervento riformatore di ribaltare consolidati orientamenti giurisprudenziali con l'espungere dalla fattispecie di abuso d'ufficio tanto la violazione delle regole di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa sancite dall'art. 97 Cost., quanto la violazione dell'eccesso di potere per sviamento, è il frutto di un'interpretazione logico-deduttiva della Corte stessa, che, però non trova alcuna base nel preambolo, nei lavori preparatori e nelle

[5] Corte Cost., sent. 25 novembre 2021 n. 8, per la quale «Si è, dunque, al cospetto di una modifica di segno restrittivo dell'area di rilevanza penale – specie nel raffronto con la «norma vivente» disegnata dalle ricordate interpretazioni giurisprudenziali – con conseguenti effetti di *abolitio criminis* parziale, operanti, come tali, ai sensi dell'art. 2, secondo comma, cod. pen., anche in rapporto ai fatti anteriormente commessi (quali quelli oggetto del giudizio *a quo*)».

[6] Corte Cost., sent. 25 novembre 2021 n. 8, che ha riportato quanto sancito da Corte Cost., sent. n. 447 del 1998. L'orientamento della Corte è stato positivamente valutato da Bottino, *Il conflitto tra il legislatore e la giurisprudenza come causa della "burocrazia difensiva": la responsabilità penale per "abuso d'ufficio" come paradigma*, cit., 267 ss.

dichiarazioni ufficiali, che hanno accompagnato l'approvazione e la conversione in legge dell'art. 23, comma 1, d.l. n. 76 del 2020, dove non si parla minimamente della "epifania" degli indirizzi giurisprudenziali indicati dalla Corte.

E difatti, come riportato nella stessa sentenza in commento, solo nella relazione al disegno di legge di conversione A.S. 1883 è stata enunciata la ragione giustificatrice della modifica dell'art. 323 c.p. con la mera esigenza «di definire in maniera più compiuta la condotta rilevante ai fini del reato di abuso di ufficio», sul rilievo, sostenuto dal Presidente del Consiglio dei Ministri Conte nel presentare il decreto in esame, che la ripresa del Paese sarebbe stata facilitata da una più puntuale delimitazione delle responsabilità degli amministratori pubblici, in quanto la "paura della firma" e la "burocrazia difensiva", indotte dal timore di un'imputazione per abuso d'ufficio, si sarebbero tradotte, «in quanto fonte di inefficienza e immobilismo, in un ostacolo al rilancio economico, che richiede, al contrario, una pubblica amministrazione dinamica ed efficiente».

Nonostante l'evanescenza delle ragioni politiche ispiratrici dell'art. 23, comma 1, d.l. in esame, quel che maggiormente desta impressione nella sentenza in esame è che la Corte Costituzionale, volendo rispettare l'autonomia del Parlamento nel definire le scelte di politica criminale ai sensi della riserva di legge in materia penale sancita dall'art. 25, comma 2, Cost., che comporta il corollario che alla Corte stessa è impedito di adottare pronunce *in malam partem* (o creando nuove fattispecie, o estendendo quelle esistenti a casi non previsti, o incidendo *in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti inerenti alla punibilità), fa un'operazione esegetica dagli esiti controversi.

A modesto avviso di chi scrive, sembra, difatti, lampante che la Corte Costituzionale, avendo scelto di attaccare a testa bassa gli indirizzi giurisprudenziali che la Cassazione, per cercare di inserire la modifica introdotta dalla legge del 1997 nel quadro della pubblica amministrazione voluto dalla Costituzione, aveva sviluppato sulla rilevanza delle violazioni delle regole normative dell'imparzialità *ex* art. 97 Cost. e dello sviamento di potere per l'integrazione della fattispecie penale *ex* art. 323 c.p., ha finito con l'elaborare una lettura del reato di abuso d'ufficio estremamente discutibile.

Tale lettura, infatti: da un lato, disconoscerebbe la portata precettiva dell'art. 97 Cost. nella parte in cui esprime una precisa regola di condotta di immediata applicazione e da cui all'evidenza non residuano margini di discrezionalità, con il vietare all'agente pubblico di operare ingiustificati favoritismi o arbitrarie vessazioni, che altro non sono che il risvolto negativo dell'imparzialità; dall'altro lato, renderebbe irrilevante l'adozione di atti viziati da eccesso di potere per sviamento, vizio di legittimità che pure esprime la precisa regola di condotta, da cui non residua alcun margine di discrezionalità, di vietare all'agente pubblico di perseguire un interesse collidente con quello per il quale il potere pubblico gli è stato attribuito.

Tutto questo è avvenuto perché la Corte Costituzionale non ha percepito l'esigenza, di spiegare se ed in quali termini presentassero degli errori intrinseci gli orientamenti maturati dalla Corte di Cassazione (addirittura a Sezioni Unite penali, come si vedrà più avanti) sull'art. 323 c.p. nella versione del 1997, in tema di portata precettiva della regola dell'imparzialità *ex* art. 97 Cost. e di imprescindibilità del vizio di legittimità dell'eccesso di potere per sviamento.

Proprio per questo risulta abbastanza apodittico il giudizio espresso dalla Corte Costituzionale su tali interpretazioni giurisprudenziali come «estensive degli elementi» della figura di reato introdotta dalla riforma del 1997, di cui avrebbero travalicato «i rigidi paletti» fissati per impedire «un sindacato del Giudice penale sull'esercizio della discrezionalità amministrativa».

Spinta dalla voglia di annientare la prevalente giurisprudenza della Cassazione formatasi sull'art. 323 c.p. nella formula del 1997, la Corte Costituzionale è arrivata così a sostenere che il legislatore del 1997 aveva fatto riferimento «alla violazione di norme di legge o di regolamento», in modo da evocare «uno dei vizi tipici dell'atto amministrativo» per espungere, a contrario, dall'area della rilevanza penale «l'eccesso di potere, non menzionato», quando, all'opposto, l'espressione «in violazione di norme di legge o di regolamento», usata dall'art. 323 c.p. *ex* l. n. 234 del 1997 per indicare quale fosse la fonte del diritto contenente la norma che non doveva essere violata dal comportamento del soggetto attivo del reato, aveva chiaramente una portata più ampia della formula

"violazione di legge" utilizzata dagli artt. 26 r.d. n. 1054 del 1924 (t.u. C. di S.), 2 l. n. 1034 del 1971 (l. TAR), 21 *octies* l. n. 241 del 1990 come succ. mod., 29 del codice del processo amministrativo (di cui al d.lgs. n. 104 del 2010), per individuare i vizi di validità dell'atto amministrativo, ossia la violazione di legge, l'incompetenza e per l'appunto l'eccesso di potere[7].

Appiattendosi sull'indirizzo politico espresso dalla maggioranza giallorossa al punto da non aver controllato i dati statistici ministeriali sull'applicazione del reato di abuso d'ufficio dal 1997 al 2020, dai quali avrebbe facilmente ricavato che una media di 4000 procedimenti aperti ogni anno per tale reato non poteva di certo influenzare l'operato di oltre tre milioni e mezzo di dipendenti pubblici sino ad essere la causa generante della c.d. "burocrazia difensiva", che è più il frutto di una loro certa idiosincrasia ai controlli, soprattutto se di legalità, la Corte non ha minimamente cercato di dare un'interpretazione della riforma del 2020 orientata a rispettare i canoni fissati dalla Costituzione per l'azione amministrativa.

Essa, ha, invece, preferito dare della figura di reato riformata una esegesi, secondo la quale il legislatore, nel ridefinire il reato di abuso d'ufficio, sarebbe stato libero di introdurre elementi nella fattispecie tali da escludere la rilevanza delle regole costituzionali che sono, invece, il fondamento stesso di quel reato, in quanto esprimono i valori basilari, ossia la legalità, il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, che quella fattispecie, come tutte le altre inerenti ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, dovrebbe proteggere.

Come si vedrà nelle pagine successive, in realtà, la riforma del reato in questione effettuata nel 2020 può essere interpretata nel rispetto dei principi costituzionali che presiedono all'azione amministrativa, senza per questo violare in alcun modo le regole di determinatezza e tassatività della fattispecie penale imposte dall'art. 25, comma 2, Cost.

---

[7] Gustapane, *L'abuso d'ufficio tra principi costituzionali e indirizzi giurisprudenziali*, cit., 97.

2. *I contrastanti orientamenti della Cassazione sulla rilevanza dell'art. 97 Cost. per l'integrazione del nuovo abuso d'ufficio*

L'affermazione della Corte Costituzionale sulla irrilevanza dell'art. 97 Cost. ai fini della valutazione dell'abusività della condotta repressa dall'art. 323 c.p. è stata ripresa, sia pure in parte, dalla Corte di Cassazione.

Il Giudice della legittimità, pur partendo dalla premessa «che la ragion d'essere della figura di reato delineata da una norma di chiusura, come l'art. 323 c.p., è ravvisata nell'obiettivo di tutelare i valori fondanti dell'azione della pubblica amministrazione, che l'art. 97 Cost. indica nel buon andamento e nella imparzialità»[8], ha ugualmente ritenuto che la modifica apportata dall'art. 23 del d.l. n. 76 del 2020, cit., ha ristretto l'ambito di applicazione dell'art. 323 c.p., in quanto ha determinato la non punibilità delle condotte poste in essere in violazione di norme di principio o di carattere generale e astratto dalle quali non siano ricavabili regole di comportamento specifiche ed espresse, o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità, con l'effetto che «rispetto al nuovo art. 323 c.p., il divieto di favoritismi privati, per quanto deducibile in via indiretta dal principio di imparzialità, non può considerarsi oggetto di un'espressa previsione da parte della norma costituzionale di cui all'art. 97, come oggi espressamente prescritto»[9].

La Corte Suprema ha, pure, osservato come «con la riforma in argomento si sia voluto escludere la possibilità di ritenere integrato il reato *de quo* sulla base della *sola* accertata violazione dell'art. 97 Cost.», nella parte in cui detta «regole di condotta genericamente

[8] Cass. pen., sez. VI, 18 maggio 2022, n. 21643.

[9] Cass. pen., sez. VI, 15 aprile 2021, n. 14214, che ha dichiarato che non sussiste il reato di abuso d'ufficio nei confronti dei Componenti della Commissione deputata alla selezione indetta dall'Università Ospedaliera del Policlinico di X il 28 ottobre 2010 per il conferimento di incarico CO.CO.PRO. per l'espletamento dell'attività di addetta stampa per avere intenzionalmente procurato un ingiusto vantaggio patrimoniale a Caio, che facevano risultare primo nella graduatoria di merito in violazione dell'art. 97 Cost. e del d.p.r. n. 487 del 1994, art. 14 (che prevede che il riconoscimento della identità del concorrente cui è riferibile una prova debba essere effettuato a conclusione dell'esame e del giudizio su tutti gli elaborati). Ciò a discapito di Tizio, secondo classificato», in quanto comportamenti tenuti nell'ambito di una discrezionalità tecnica non più penalmente rilevante.

indicate […]. a proposito dei principi di buona amministrazione e di imparzialità che devono governare l'operato dei pubblici agenti».

Per giustificare questa affermazione la Corte ha richiamato sia «il tenore letterale della nuova norma incriminatrice» e sia «il significato che alla stessa va attribuito alla luce dei lavori parlamentari»[10], di conversione in legge del d.l. n. 76 del 2020, che ha reputato «idonei a illustrare quale sia stata la reale *voluntas legis*», nonostante tali lavori, ad un più attento esame, dicano in realtà molto poco.

Come già si è messo in evidenza nelle pagine precedenti, per comprendere le ragioni che hanno spinto il Governo a promuovere la riforma del reato di abuso d'ufficio, si può fare richiamo unicamente:

– da un lato, alle dichiarazioni rese dal Presidente del Consiglio Conte durante la conferenza stampa del 7 luglio 2020 di presentazione del decreto legge in questione, quando aveva sostenuto che la ripresa socio-economica del paese andava facilitata anche attraverso una più puntuale delimitazione delle responsabilità degli amministratori pubblici, in quanto i fenomeni della "paura della firma" e della "burocrazia difensiva", che determinavano l'inefficienza e l'immobilismo, che spesso si registravano nella pubblica amministrazione, derivavano dal timore di incorrere con troppa facilità in un'imputazione per abuso d'ufficio;

– dall'altro lato, alla relazione al disegno di legge di conversione A.S.1883, dove si legge che la modifica del reato d'abuso di ufficio si giustifica con «l'esigenza di definire in maniera più compiuta la condotta rilevante ai fini del reato di abuso di ufficio», senza ulteriori precisazioni.

---

[10] Cass. pen., sez. VI, 17 febbraio 2022, n. 13136, che ha ritenuto che il fatto non era più previsto dalla legge come reato di abuso d'ufficio nei confronti di Tizio e Caio, «per avere il primo quale Sindaco del Comune di X, in concorso con il secondo quale suo incaricato per la predisposizione del nuovo assetto organizzativo dell'Amministrazione municipale, in violazione di norme di legge, previste dagli artt. 97 Cost., 1 d.lgs. n. 165 del 2001 e 25 d.lgs. n. 150 del 2009, adottato il provvedimento sindacale del 3 marzo 2014 con il quale aveva nominato Sempronia (moglie del Caio) e Mevia responsabili di posizione organizzativa, così procurando loro un ingiusto vantaggio patrimoniale, benché nell'organigramma del Comune vi fossero altri dipendenti – in particolare Y. – di pari categoria giuridica, ma con superiore posizione economica e migliori requisiti professionali».

Non si comprende, quindi, quali argomenti la Cassazione abbia potuto trarre dagli atti parlamentari per sostenere che la violazione del principio dell'imparzialità dell'azione amministrativa sancito dall'art. 97 Cost. non potesse più essere richiamata come elemento integrante la figura di abuso d'ufficio prevista dall'art. 23 del d.l. n. 74 cit.

Sembra, invece, chiaro che la Corte si è supinamente appiattita su quanto la Corte Costituzionale aveva affermato a proposito dell'art. 23 cit. con la sentenza n. 8 del 2022, riportandone pedissequamente il passo: «risulta trasparente l'intento di sbarrare la strada alle interpretazioni giurisprudenziali che avevano dilatato la sfera di operatività della norma introdotta dalla l. n. 234 del 1997: la puntualizzazione che l'abuso deve consistere nella violazione di regole specifiche mira ad impedire che si sussuma nell'ambito della condotta tipica anche l'inosservanza di norme di principio, quale l'art. 97 Cost.»[11].

Valgono, allora, anche per la statuizione della Cassazione gli stessi rilievi critici che si sono espressi in proposito nelle pagine precedenti nei confronti dell'identico ragionamento svolto dalla Corte Costituzionale.

Questa linea interpretativa è stata successivamente sviluppata dalla Cassazione, affermando:

– che il parametro dei «generali principi di imparzialità e di buon funzionamento dell'amministrazione, codificati nel dettato costituzionale dell'art. 97» Cost. non è «idoneo ad integrare la "violazione di legge" rilevante ai fini dell'abuso d'ufficio», perché la condotta di abuso «deve consistere nella violazione di regole specifiche», in modo da non consentire la sussunzione nell'ambito della fattispecie tipica anche dell'inosservanza «di norme di principio, quale l'art. 97 Cost.»[12];

– che «il riferimento all'art. 97 Cost. quale parametro normativo di legalità della condotta del pubblico ufficiale non appare più significativo alla luce della novella del 2020», perché questa ha «determinato un restringimento dell'ambito di operatività dell'art. 323

[11] Cass. pen., sez. VI, 17 febbraio 2022, n. 13136.

[12] Cass. pen., sez. VI, 7 aprile 2022, n. 23794; Cass. pen., sez. VI, 17 febbraio 2022, n. 13136.

c.p., comportando» l'irrilevanza della violazione «di norme di legge generali ed astratte, da cui non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità nell'azione del pubblico ufficiale», come nel caso «dell'art. 97 Cost., co. 3», che sarebbe «una norma avente portata generale ed astratta, che persegue i fini del buon andamento e della imparzialità dell'operato della pubblica amministrazione e che deve oggi fare i conti con il rinnovato assetto normativo che ha deliberatamente inteso sottrarre al Giudice penale ogni valutazione rifluente sulla discrezionalità dell'azione amministrativa»[13].

Si deve sottolineare che questo orientamento, espresso dalla Sesta Sezione della Cassazione, è stato disatteso da altre sezioni della Cassazione.

La Quinta Sezione, in una delle primissime decisioni successive al decreto "Semplificazioni", ha affermato, richiamandosi alla giurisprudenza precedentemente formatasi, che il requisito della violazione di legge può essere integrato anche dall'inosservanza del principio costituzionale di imparzialità della pubblica amministrazione sancito dall'art. 97, comma 2, Cost., nella parte in cui, esprimendo il divieto di ingiustificate preferenze o di favoritismi, impone al pubblico ufficiale e all' incaricato di pubblico servizio una precisa regola di comportamento di immediata applicazione, qualora si accerti che l'agente abbia agito per un fine diverso dalla finalità pubblica prevista dalla legge per il potere esercitato, ossia per perseguire, in via immediata, un danno ingiusto ad altri o un vantaggio patrimoniale ingiusto per sé o per altri, in quanto la riforma del 2020 non ha com-

[13] Cass. pen., sez. VI, 10 giugno 2022, n. 28402, a proposito di un caso di abuso d'ufficio ascritto in concorso a B.L., Sindaco pro tempore del Comune di Castellammare di Stabia e a D.V., all'epoca dei fatti investito dell'incarico di Coordinatore Tecnico della Cabina di Regia per il coordinamento e la promozione dell'azione di governo della suddetta città, ai quali si contestava l'attribuzione da parte di B. a D.V. del predetto ruolo in violazione di plurimi parametri normativi, primari e regolamentari, in tema di conferimento di incarichi esterni all'Amministrazione comunale, procurandogli un indebito vantaggio patrimoniale quantificato in complessivi euro 168.153,96 euro. Così pure Cass. pen., sez. III, 21 febbraio 2023, n. 17397, che ha affermato che a seguito della modifica apportata dal decreto "Semplificazioni" non è più rilevante *ex* art. 323 c.p. «la *sola* violazione dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97, terzo comma, Cost.».

portato alcuna modificazione «nella costruzione della fattispecie legale, in relazione alla necessità del dolo intenzionale»[14].

La Prima Sezione, a sua volta, ha statuito, in un caso nel quale la condotta, per la quale era intervenuta condanna, era stata qualificata come posta in essere in violazione del principio di imparzialità sancito dall'art. 97 Cost., che la norma costituzionale, «nella misura in cui vieta condotte di attuazione di intenti discriminatori o ritorsivi, […] ha immediata portata precettiva, perché il divieto, direttamente desumibile dal connotato dell'imparzialità, non necessita di alcun ulteriore adattamento o specificazione».

In tal senso la Cassazione, richiamandosi ad altra pronuncia anteriore alla riforma del 2020, che si analizzerà più avanti[15], ha precisato che gli artt. 54 e 97 Cost., nella parte in cui stabiliscono, rispettivamente, che le funzioni pubbliche devono essere esercitate con disciplina ed onore e che i pubblici uffici devono essere organizzati in modo da assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa, hanno «un immediato risvolto applicativo, imponendo da un lato il rispetto della causa di attribuzione del potere, in modo che lo stesso non sia esercitato al di fuori dei suoi presupposti, e dall'altro l'imparzialità dell'azione, la quale non deve essere contrassegnata da profili di discriminazione e ingiustizia manifesta, aspetti di per sé contrastanti con l'intero assetto costituzionale dei poteri amministrativi, come in concreto poi disciplinati dalla legge».

Per tali ragioni, secondo quella sezione della Cassazione, l'art. 97 Cost., in riferimento alle condotte ritorsive o discriminatorie, «assunte in spregio al contenuto minimo del principio di imparzia-

---

[14] Cass. pen., sez. V, 2 ottobre 2020, n. 37517, dove sono state richiamate Cass. pen., sez. VI, 2 aprile 2015, n. 27816; Cass. pen., sez. VI, 2 giugno 2014, n. 38357; Cass. pen., sez. VI, 24 giugno 2014, n. 37373; Cass. pen., sez. III, 17 gennaio 2014, n. 10810. Il caso deciso dalla V sezione riguardava la contestazione al Sindaco di aver fatto adottare una delibera di Giunta con la quale una lavoratrice contrattista era stata autorizzata a svolgere prestazioni aggiuntive di dodici ore settimanali, rispetto a quelle previste dal contratto di diritto privato stipulato con l'ente territoriale, pur in assenza dei presupposti di legge, che vietavano di procedere ad assunzioni sotto qualsivoglia forma, per esigenze di compatibilità finanziaria, secondo quanto previsto dalle norme del patto di stabilità, ai sensi dell'art. 242, comma 1 e 2, d.lgs. n. 267 del 2000 in relazione all'allegato B) del punto 6 del d.m. Interni 24 settembre 2009.

[15] Ossia Cass. pen., sez. VI, 21 febbraio 2019, n. 22871.

lità dell'azione amministrativa», esprime la specifica regola di condotta per il pubblico agente di astenersi dal tenere quel tipo di comportamenti, che può integrare la fattispecie di abuso d'ufficio come modificata dall'art. 23 del d.l. n. 76 del 2020[16].

3. *L'art. 97 Cost. nella giurisprudenza di legittimità anteriore alla riforma del 2020*

Per cercare di comprendere le oscillazioni della Cassazione sulla rilevanza o meno dell'art. 97 Cost. come parametro di valutazione dell'abusività della condotta come descritta dal decreto «Semplificazioni», si deve evidenziare che l'orientamento espresso dalla Sesta Sezione della Cassazione, teso a negare l'importanza a tal fine della suddetta norma costituzionale, pur avendo affermato che l'art. 323 c.p. trova la sua ragion d'essere nella finalità di assicurare tutela ai «valori fondanti dell'azione della Pubblica amministrazione, che l'art. 97 della Costituzione indica nel buon andamento e nella imparzialità»[17], rappresenta la riattualizzazione di quell'indirizzo che si era affermato sul punto nei primi tempi successivi alla riforma del 1997.

All'epoca erano, difatti, erano intervenute alcune pronunce che sostanzialmente riconoscevano all'autorità giudiziaria il potere di sindacare il grado di efficacia della norma giuridica nel disciplinare l'azione amministrativa, con la conseguente disapplicazione di quelle norme ritenute, secondo una valutazione sostanzialmente soggettivistica, «meramente procedimentali», «meramente programmatiche»[18].

Secondo questo orientamento, era necessario ricostruire con precisione l'esatta portata applicativa da riconoscere al requisito della violazione di norme di legge o di regolamento, quale elemen-

[16] Cass. pen., sez. I, 6 dicembre 2021, n. 2080, che ha ritenuto sussistente il reato di abuso d'ufficio nei confronti del Sindaco di un Comune che, per fini ritorsivi e discriminatori, non aveva rinnovato Tizio nell'incarico di responsabile dell'Area Vigilanza del Comune.

[17] Cass. pen., sez. VI, 9 dicembre 2020, n. 442.

[18] Cass. pen., sez. II, 4 dicembre 1997, n. 1279.

to strutturale di specificazione normativa dell'abuso punibile, al fine di scongiurare il rischio che un'interpretazione formalistica del requisito in questione potesse vanificare le ragioni politico-criminali della riforma voluta dal legislatore del 1997 per meglio descrivere il confine tra illegittimità ed illiceità e così assicurare il principio della separazione dei poteri, arrivando a consentire «al magistrato penale un ricorso disinvolto, improprio e anomalo al reato in questione, determinando indebite forme di interventismo giudiziario in contrasto con il principio costituzionale della divisione dei poteri»[19].

Partendo dal presupposto che, a seguito della riforma del 1997, il delitto di abuso di ufficio andava considerato come reato causalmente orientato, secondo la Corte doveva puntarsi l'attenzione sulla imprescindibile necessità di verificare la sussistenza di un nesso di derivazione causale o concausale tra la violazione di legge o di regolamento, posta in essere dall'agente pubblico, e l'evento conseguenza dell'abuso, rifuggendo da letture asettiche e meccanicistiche delle norme legislative o regolamentari oggetto di violazione, dovendosi, all'opposto, fare riferimento solo a quelle norme dotate di specifico contenuto prescrittivo, la cui violazione andava a incidere su posizioni soggettive "sostanziali" (o finali)[20].

Per la Corte, la violazione di legge o di regolamento poteva integrare, congiuntamente agli altri elementi richiesti dall'art. 323 c.p., il delitto di abuso di ufficio solo nella ricorrenza di due presupposti.

Il primo era che l'agente violasse leggi e regolamenti che di questi avessero «i caratteri formali e il regime giuridico, non essendo sufficiente un qualunque contenuto materialmente normativo della disposizione trasgredita».

Il secondo era che la norma violata non fosse genericamente strumentale alla regolarità dell'attività amministrativa, ma vietasse puntualmente il comportamento sostanziale dell'agente pubblico, con l'effetto che si dovevano considerare «irrilevanti le violazioni di alcune norme a carattere meramente procedimentale» (come ad es. quelle sull'obbligo per l'amministrazione di tenere conto delle memorie e dei documenti prodotti dal privato, o di motivare l'atto am-

[19] Cass. pen., sez. II, 4 dicembre 1997, n. 1279.
[20] Cass. pen., sez. VI, 30 settembre 1998, n. 1207.

ministrativo, ai sensi della l. n. 241 del 1990)[21], «ovvero le violazioni di norme generalissime o di principio, come quella prevista dall'art. 97 Cost. sul buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione», che peraltro appariva di carattere organizzativo e non sembrava prescrivere specifici comportamenti ai singoli soggetti[22], risultando meramente programmatica e priva di immediata portata precettiva[23].

Si deve osservare che sotto la vigenza dell'art. 323 c.p. come riformato dalla l. n. 234 del 1997, la linea interpretativa tesa ad escludere la rilevanza della violazione dell'art. 97 Cost. fu pian piano superata da un diverso indirizzo, divenuto poi maggioritario, e condiviso da autorevole dottrina[24], secondo cui il requisito della violazio-

---

[21] Cass. pen., sez. VI, 28 aprile 1999, n. 9961, «In tema di abuso di ufficio, vengono in rilievo solo le violazioni di norme che si trovino in diretto rapporto causale con il vantaggio o il danno previsti dall'art. 323 c.p., norme che, essendo specificamente orientate a vietare il comportamento sostanziale del soggetto pubblico, dispiegano i loro effetti su posizioni soggettive. Non integrano pertanto l'elemento materiale del delitto sopra indicato quei comportamenti che si sostanziano nell'inosservanza di norme procedurali, destinate a svolgere la loro funzione solo all'interno del procedimento senza incidere sulla fase decisoria di composizione del conflitto di interessi materiali, oggetto della valutazione amministrativa (Nella fattispecie, la Corte ha ritenuto non integrare il reato di abuso di ufficio il comportamento di un soggetto, componente di una Commissione esaminatrice, che aveva immotivatamente e reiteratamente fatto rinviare lo svolgimento di prova di esami, allo scopo di favorire un determinato candidato)».

[22] Cass. pen., sez. II, 4 dicembre 1997, n. 1279, Per un articolato commento alla sentenza si rimanda a Tesauro, *Violazione di legge e abuso d'ufficio*, Torino, Giappichelli, 2002, 1 ss.; Mattevi, *L'abuso d'ufficio una questione aperta*, cit., 138 ss.

[23] Cass. pen., sez. VI, 30 settembre 1998, n. 1207; Cass. pen., sez. VI, 8 maggio 2003, n. 35108, «In tema di abuso d'ufficio, la norma di cui al co. 1 dell'art. 97 Cost., secondo la quale i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge in modo da assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, non ha carattere precettivo ed ha valore meramente programmatico, sicché 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. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto che non si potesse configurare il reato di abuso d'ufficio a carico di un amministratore per non aver ritenuto come redatti da soggetto non abilitato alcuni progetti e per non essersi astenuto dal procedere oltre nell'iter burocratico pur in difetto di un presupposto essenziale)».

[24] Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 253 ss.; Padovani, *L'abuso d'ufficio. La nuova struttura dell'art. 323 e l'eredità delle figure criminose abrogate*, in *Legisl. pen.*, 1997, 741 ss.; Grosso, *Condotte ed eventi del delitto di abuso d'ufficio*, cit., 329 ss.; Cupelli, *Abuso d'ufficio e tipologia delle fonti: sulla rilevanza penale della violazione di un*

ne di legge indicato dall'art. 323 c.p. ben poteva essere «integrato anche solo dall'inosservanza del principio costituzionale di imparzialità della pubblica amministrazione, per la parte in cui "esprimeva" il divieto di ingiustificate preferenze o di favoritismi»[25] oppure di «intenzionali vessazioni o discriminazioni»[26], in quanto imponeva «al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio una precisa regola di comportamento di immediata applicazione»[27], consi-

"sistema di norme", in *Cass. pen.*, 2001, 1013 ss.; Gambardella, *Il controllo del Giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit.; Manna, *Luci e ombre nella nuova fattispecie di abuso d'ufficio*, cit., 24; Silva, *Elementi normativi e sindacato del Giudice penale*, Padova, Cedam, 2014. In senso contrario: Benussi, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 34 ss.; Carmona, *La nuova figura di abuso di ufficio: aspetti di diritto intertemporale*, Relazione tenuta nell'incontro di studio sul tema "Giudice penale e pubblica amministrazione", organizzato dal CSM, 19-21 marzo 1998; Manes, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, cit., 258; Dolcini, Marinucci, *Codice penale commentato*, Milano, Giuffrè, 1999, 1824, che hanno ritenuto che l'art. 97 Cost. era inidoneo ad essere elevato a parametro normativo della condotta abusiva in quanto caratterizzato da una congenita vaghezza ed elasticità di contenuto, che avrebbe dato vita «ad una figura di reato in aperto contrasto con il principio di precisione delle norme incriminatrici imposto dalla Costituzione sia al Legislatore che all'interprete».

[25] Cass. pen., sez. VI, 17 febbraio 2011, n. 27453, relativa alla contestazione di abuso d'ufficio di avere, in concorso tra loro, tutti componenti del Consiglio di Coordinamento del 10^ Municipio del Comune di Roma, proceduto alla valutazione dei candidati aspiranti all'incarico di «posizione organizzativa» in modo non imparziale e trasparente, violando l'art. 97 Cost., l. n. 241 del 1990, art. 1 e delib. n. 26 del 2001, art. 2 del Comune di Roma, e di avere intenzionalmente favorito il candidato M.L., al quale attribuivano arbitrariamente un punteggio aggiuntivo, consentendogli così di ottenere l'assegnazione dell'incarico in danno dell'avente diritto P.G.C.

[26] Cass. pen., sez. VI, 14 giugno 2012, n. 41215, «In tema di abuso di ufficio, il requisito della violazione di legge può consistere anche nella inosservanza dell'art. 97 Cost., nella parte immediatamente precettiva che impone ad ogni pubblico funzionario, nell'esercizio delle sue funzioni, di non usare il potere che la legge gli conferisce per compiere deliberati favoritismi e procurare ingiusti vantaggi ovvero per realizzare intenzionali vessazioni o discriminazioni e procurare ingiusti danni».

[27] Cass. pen., sez. VI, 12 giugno 2012, n. 25180, dove venivano richiamate, a sostegno dell'orientamento espresso: Cass. pen., sez. VI, 12 febbraio 2008, n. 25162; Cass. pen., sez. II, 10 giugno 2008, n. 35048, secondo cui la tesi della natura non precettiva dell'art. 97 Cost. era stata «definitivamente superata, fin dalla sentenza n. 1 del 1956 della Corte Costituzionale, che ha dimostrato, oltre ogni dubbio, la piena e diretta efficacia precettiva di tutte le disposizioni della Costituzione», così che non si poteva dubitare che, nell'esercizio delle funzioni pubbliche, la violazione del dovere di imparzialità, sancito dall'art. 97 Cost., comma 1, realiz-

stente nell'obbligo per la pubblica amministrazione di trattare tutti i soggetti portatori di interessi tutelatati alla stessa maniera, senza favoritismi patrimoniali o discriminazioni ingiuste e non privilegiando situazioni personali in conflitto con l'interesse generale della collettività[28].

Secondo l'attenta ricostruzione operata dalla Corte di legittimità, l'art. 97 Cost., pur dettando principi di natura programmatica, comunque, presentava «un residuale significato precettivo relativo all'imparzialità dell'azione amministrativa», che lo rendeva «un parametro di riferimento per il reato» in questione, perché l'imparzialità richiamata nell'art. 97 Cost. si sostanziava nel divieto di operare partigianerie o vessazioni, ossia nel dovere per la pubblica amministrazione di trattare nella stessa maniera tutti i soggetti portatori dei medesimi interessi tutelati, «conformando logicamente i criteri oggettivi di valutazione alle differenziate posizioni soggettive»[29].

Il Giudice di legittimità faceva notare che nella sua essenzialità il significato del principio di imparzialità risiedeva nel diretto riferimento al criterio degli interessi tutelati, nel senso che l'amministrazione aveva l'obbligo di essere imparziale assicurando tutela ad un interesse nel confronto con l'insieme degli altri interessi pubblici e privati compresenti con i quali doveva essere "ponderato": l'imparzialità dell'amministrazione, perciò, non corrispondeva al senso comune del termine, cioè come soggetto al di sopra delle parti, in quanto la sua azione era rivolta al perseguimento di obiettivi specifici.

Per questo l'imparzialità di cui parlava l'art. 97 Cost., si traduceva, nel suo nucleo essenziale, nel divieto di operare favoritismi o discriminazioni, quindi nell'obbligo per l'amministrazione di trat-

---

zava il requisito della «violazione di norme di legge» indispensabile per integrare la condotta punibile nel reato di abuso di atti d'ufficio, di cui all'art. 323 c.p., come modificato dalla l. n. 234 del 1997.

[28] Cass. pen., sez. VI, 17 febbraio 2011, n. 27453.

[29] In dottrina si veda: Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 76, per il quale l'art. 97 Cost. «consente di affermare che la legge deve non solo predisporre l'organizzazione amministrativa necessaria al raggiungimento dei fini dell'imparzialità e del buon andamento, ma altresì astenersi dall'intervenire rendendo di fatto non imparziale e non congrua l'attività di scelta effettuata in concreto in vista di interessi pubblici (riserva di ponderazione degli interessi)».

tare tutti i soggetti portatori di interessi tutelabili con la medesima misura[30].

In questo senso la Cassazione, aderendo alla più evoluta interpretazione giuspubblicistica[31], aveva messo in luce l'aspetto bifasico della regola dell'imparzialità enunciata dall'art. 97 Cost., osservando che, se da un lato il principio aveva «certamente una portata programmatica», nella parte in cui si riferiva all'organizzazione della pubblica amministrazione, per la quale non poteva essere rilevante ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 323 c.p., in quanto doveva «necessariamente essere mediato dalla legge di attuazione»; dall'altro lato, lo stesso principio, «riferito all'attività concreta della pubblica amministrazione, che ha l'obbligo di non porre in essere favoritismi e di non privilegiare situazioni personali che configgono con l'interesse generale della collettività», oppure di non «realizzare intenzionali vessazioni o discriminazioni e procurare ingiusti danni»[32], aveva quei caratteri e quei contenuti precettivi previsti

[30] Cass. pen., sez. VI, 12 febbraio 2008, n. 25162, relativa ad un'ipotesi di abuso d'ufficio nei confronti di Tizio, Cavio, Mevio e Sempronio, per avere il primo, in qualità di Funzionario della Motorizzazione civile di X e Responsabile del settore «nazionalizzazione dei veicoli e patenti nautiche», procurato un ingiusto profitto agli altri tre imputati, titolari e gestori di fatto dell'agenzia di pratiche automobilistiche Y, compiendo atti contrari ai doveri d'ufficio e in violazione di disposizioni di legge, consistiti nel preferenziale disbrigo delle pratiche avviate dalla Y in relazione a richieste di nazionalizzazione di veicoli acquistati all'estero, tra l'altro evadendo pratiche ancorché incomplete della documentazione richiesta, eludendo i meccanismi interni previsti per il protocollo e la presentazione delle domande di nazionalizzazione, rilasciando il permesso provvisorio di circolazione in luogo della carta di circolazione.

[31] Per Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2022, 148 ss., l'art. 97 Cost. ha una portata trasversale, enunciando dei principi che concernono tanto l'attività amministrativa quanto l'esercizio del potere discrezionale, fungendo «da guida per l'amministrazione nei casi in cui la norma di conferimento le attribuisce ambiti di scelta tra una pluralità di soluzioni tutte quante in astratto compatibili con la norma». Anche per Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 50, la norma in questione «ha natura precettiva e non semplicemente programmatica. La portata dell'articolo è stata poi estesa non solo alla legge, ma anche all'amministrazione, ivi compresa quella non statale; infine, in virtù di una interpretazione estensiva della locuzione pubblico ufficiale, dottrina e giurisprudenza hanno affermato l'applicabilità diretta dei due principi in esame così all'organizzazione come all'attività amministrativa».

[32] Cass. pen., sez. VI, 14 giugno 2012, n. 41215, «In tema di abuso di ufficio, il requisito della violazione di legge può consistere anche nella inosservanza

dall'art. 323 c.p., in quanto imponeva «al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio una precisa regola di comportamento di immediata applicazione»[33], «vietandogli ingiustificate preferenze o favoritismi ovvero, al contrario, condotte ispirate a vessazione, emarginazione e discriminazione motivata da ritorsione e finalizzata a procurare un danno ingiusto»[34].

Secondo l'attenta lettura fatta dalla Cassazione l'art. 323 c.p., nella formulazione introdotta con la l. n. 234 del 1997, faceva riferimento ad una condotta che non era genericamente connotata da

---

dell'art. 97 Cost., nella parte immediatamente precettiva che impone ad ogni pubblico funzionario, nell'esercizio delle sue funzioni, di non usare il potere che la legge gli conferisce per compiere deliberati favoritismi e procurare ingiusti vantaggi ovvero per realizzare intenzionali vessazioni o discriminazioni e procurare ingiusti danni». (Fattispecie nella quale il reato di abuso d'ufficio era contestato a Tizio, direttore della Clinica urologica dell'Università di X e Primario dell'Unità operativa di urologia dell'Azienda ospedaliera di X, per avere, nello svolgimento delle predette funzioni, intenzionalmente arrecato un danno ingiusto: – A) al dr Y, Medico chirurgo urologo in servizio presso il medesimo reparto, compiendo atti e comportamenti di emarginazione nei suoi confronti e impedendogli di prestare l'attività chirurgica (di sala operatoria, di endoscopia e di endourologia) dal (omissis) al (omissis); – B) al dr H, Dirigente sostituto responsabile dell'Unità operativa complessa di Urologia, adottando due distinti provvedimenti con cui lo spossessava di funzioni e competenze a lui spettanti in forza di deliberazione del Direttore generale dell'Azienda ospedaliera, attuativa delle disposizioni legislative e del contratto collettivo nazionale di lavoro in essa richiamate).

[33] Cass. pen., sez. VI, 12 giugno 2012, n. 25180. In questa direzione si vedano pure: Cass. pen., sez. V, 12 febbraio 1999, n. 3704, «secondo cui la stessa Costituzione codifica il principio che la condotta del dipendente pubblico deve essere costantemente rivolta ad assicurare il buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97)»; Cass. pen., sez. VI, 24 febbraio 2000, n. 4881; Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2002, n. 31895; Cass. pen., sez. VI, 2 aprile 2009, n. 19135, secondo la quale l'art. 97 Cost. stabiliva la regola dell'imparzialità e della buona amministrazione come obiettivo essenziale dell'azione della pubblica amministrazione. Secondo l'imputazione il Sindaco del Comune di (omissis) con provvedimento del X aveva revocato a Tizia, Comandante della polizia municipale, l'incarico di Dirigente del Settore Commercio, (omissis) e Polizia locale, in violazione del d.lgs. n. 165 del 2001, art. 21, d.lgs. n. 267 del 2000, art. 109 e art. 22 del CCNL del 14.11.1998, intenzionalmente recandole danno e per mero spirito di ritorsione, facendo valere generiche ragioni di sfiducia irrilevanti e comunque riferite all'attività da lei posta in essere quale Comandante della Polizia municipale e non nella veste di Dirigente di quel settore.

[34] Cass. pen., sez. VI, 14 giugno 2012, n. 41215, che ha reputato la sussistenza del reato a carico del Primario medico che aveva posto in essere comportamenti di vessazione ed emarginazione dei medici del reparto che non avevano assecondato le proprie scelte. Similmente: Cass. pen., sez. VI, 22 marzo 2019, n. 27855.

abuso, come nelle fattispecie precedenti, ma doveva essere caratterizzata da violazione di norme di legge o di regolamento ovvero da omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi previsti, perché il legislatore aveva voluto delimitare «con più precisione la sfera dell'illecito, circoscrivendolo entro un ambito che non consentisse indebite interferenze nell'azione amministrativa e implicasse la chiara definizione dei canoni esterni di riferimento»[35].

L'inciso in violazione di norme di legge o di regolamento, dunque, consisteva nel superamento di quei canoni esterni all'azione amministrativa, fissati per l'appunto con norme di legge o di regolamento.

La Corte faceva, tuttavia, notare che il riferimento alla legge comportava anche il richiamo alle fonti sovraordinate alla legge stessa, tra le quali, «prima di tutto la Carta fondamentale, cioè la Costituzione, ove parimenti in grado di definire in modo preciso i limiti dell'azione amministrativa», perché era proprio la Costituzione a stabilire "precise direttive" all'azione amministrativa, «sia sul versante della stretta correlazione tra il potere affidato e la fonte di esso sia su quello dell'effettivo svolgimento dell'azione amministrativa». L'intera disciplina dell'azione amministrativa andava, di conseguenza, collocata «nell'ambito costituzionale», a partite dal richiamo all'art. 97 Cost., «da valutare in sinergia con l'art. 54 Cost.», in modo da trarre le precise regole che «le funzioni pubbliche devono essere esercitate con disciplina ed onore e che i pubblici uffici devono essere organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione»[36].

Per il Giudice di legittimità, solo in apparenza queste norme introducevano «canoni di carattere generale», in quanto, in realtà, tali direttive contenevano «un immediato risvolto applicativo, imponendo, da un lato, il rispetto della causa di attribuzione del potere, in modo che lo stesso» non fosse esercitato al di fuori dei suoi presupposti; e, dall'altro lato, l'imparzialità dell'azione, la quale non poteva essere connotata da «deliberati favoritismi» diretti «a procurare

[35] Cass. pen., sez. VI, 21 febbraio 2019, n. 22871.
[36] Cass. pen., sez. VI, 21 febbraio 2019, n. 22871.

ingiusti vantaggi»[37], oppure «contrassegnata da profili di discriminazione e ingiustizia manifesta, aspetti di per sé contrastanti con l'intero assetto costituzionale dei poteri amministrativi, come in concreto poi disciplinati dalla legge»[38].

Per la Corte, insomma, appariva corretto dare rilievo, per la configurazione del reato di abuso d'ufficio, come riformato nel 1997, anche all'inosservanza del principio dell'imparzialità enunciato nell'art. 97 Cost., nella parte in cui, precludendo «ingiustificate preferenze o favoritismi ovvero intenzionali vessazioni o discriminazioni»[39], stabiliva dei canoni che avevano una precisa valenza e costituivano «la base stessa dell'esercizio dei pubblici uffici», con la conseguenza che correttamente potevano essere sussunti come parametro di valutazione dell'abusività della condotta prevista dall'art. 323 c.p.[40].

---

[37] Cass. pen., sez. VI, 14 giugno 2012, n. 41215. Così pure Cass. pen., sez. VI, 2 aprile 2015, n. 27816, «l'art. 97 Cost., sebbene detti principi di natura programmatica là dove riferiti agli aspetti organizzativi, è comunque espressione di un precetto direttamente applicabile quando pone il divieto di favoritismi, cioè impone l'obbligo di trattare i soggetti portatori di un interesse tutelato con la medesima misura. Entro questi limiti l'art. 97 cit. integra la violazione di legge prevista dall'art. 323 c.p.».

[38] Cass. pen., sez. VI, 21 febbraio 2019, n. 22871.

[39] Cass. pen., sez. VI, 21 febbraio 2019, n. 22871. Nello stesso senso: Cass. pen., sez. VI, 24 giugno 2014, n. 37373, secondo cui il principio di imparzialità enunciato dall'art. 97 Cost., se riferito all'attività concreta della pubblica amministrazione, «che ha l'obbligo di non porre in essere favoritismi e di non privilegiare situazioni personali che confliggono con l'interesse generale della collettività, assume i caratteri e i contenuti precettivi richiesti dall'art. 323 c.p. in quanto impone al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio una precisa regola di comportamento di immediata applicazione», mettendo, al contempo, in rilievo che le medesime considerazioni si possono fare anche per la condotta finalizzata a realizzare intenzionali vessazioni o discriminazioni e procurare ingiusti danni; Cass. pen., sez. VI, n. 42215 del 2012: «sul piano normativo ai fini dell'art. 323 c.p. rileva la palese violazione dell'art. 97 Cost., nella parte immediatamente precettiva, che impone, a ogni funzionario pubblico, nell'esercizio delle proprie funzioni, di non usare il potere che la legge gli conferisce per compiere deliberati favoritismi e procurare ingiusti vantaggi patrimoniali ovvero per realizzare intenzionali vessazioni o discriminazioni e procurare ingiusti danni».

[40] Cass. pen., sez. VI, 21 febbraio 2019, n. 22871. Così pure Cass. pen., sez. II, 27 ottobre 2015, 46096, per la quale «in tema di abuso di ufficio, il requisito della violazione di legge può consistere anche nella inosservanza dell'art. 97 Cost., nella parte immediatamente precettiva che impone ad ogni pubblico funzionario, nell'esercizio delle sue funzioni, di non usare il potere che la legge gli conferisce per

Nel ragionamento della Suprema Corte, l'accertamento che l'azione amministrativa aveva assunto un carattere o di illecito favoritismo patrimoniale o di discriminazione e di ritorsione, non valeva solo a qualificare *ab extrinseco* il movente, ma rilevava «sul piano oggettivo, connotando il contenuto di tale azione e rendendo la condotta penalmente tipica»[41].

In altre parole, per la Cassazione, l'abuso d'ufficio si sostanziava nella violazione delle finalità di imparzialità e/o buon andamento dell'amministrazione enunciate dall'art. 97 Cost., «consumata attraverso la mancata osservanza di norme specifiche dirette a garantire il perseguimento di dette finalità». Per questo, «ai fini dell'accertamento della sussistenza di tale reato, sotto il profilo materiale», occorreva «oltre all'individuazione delle norme violate, evidenziare in termini precisi sotto quale profilo tali violazioni» avevano «inciso sul tradimento delle finalità suddette: in mancanza di ciò, anche l'individuazione di scopi privati, connotanti il comportamento», non bastava «ad integrare il reato»[42].

Ad avviso del Giudice di legittimità, l'art. 97 Cost. era, poi, idoneo a determinare la violazione di legge rilevante per l'integrazione del reato in esame anche nella parte in cui dispone «che all'impiego pubblico si accede mediante concorso», dettando «una regola di autorganizzazione, avente valore precettivo e, quindi, di immediata ap-

---

compiere deliberati favoritismi e procurare ingiusti vantaggi ovvero per realizzare intenzionali vessazioni o discriminazioni e procurare ingiusti danni».

[41] Cass. pen., sez. VI, 21 febbraio 2019, n. 22871, che ha rigettato il ricorso avverso la sentenza della Corte di appello che a sua volta aveva confermato quella del Gup del Tribunale, con cui il Sindaco di un Comune era stato riconosciuto colpevole del delitto di cui all'art. 323 c.p., contestatogli al capo B), in relazione al mancato rinnovo per fini ritorsivi e discriminatori a (OMISSIS) dell'incarico di Responsabile dell'Area Vigilanza del Comune, da cui era derivato al (OMISSIS) l'ingiusto danno connesso alla mancata corresponsione di indennità associate alla posizione e ad un sostanziale demansionamento.

[42] Cass. pen., sez. VI, 12 novembre 1999, n. 13797. Così pure Cass. pen., sez. VI, 12 giugno 2018, n. 49549, «In tema di abuso d'ufficio, il requisito della violazione di legge può essere integrato anche dall'inosservanza del principio costituzionale di imparzialità della pubblica amministrazione nella parte in cui, esprimendo il divieto di ingiustificate preferenze o di favoritismi, impone al pubblico ufficiale e all'incaricato di pubblico servizio una precisa regola di comportamento di immediata applicazione, fermo restando che la stessa deve comunque attenere all'esercizio dei poteri attribuiti al pubblico ufficiale».

plicazione per la pubblica amministrazione, mentre le eventuali eccezioni a detta regola sono demandate al legislatore per il quale essa riveste valore programmatico»[43].

4. *La corretta lettura dell'abuso per violazione di regole di condotta nel rispetto dei principi costituzionali*

La puntigliosa ricognizione della giurisprudenza di legittimità formatasi in tema di abuso d'ufficio, dopo la legge di riforma del 1997 e prima del decreto "Semplificazioni", permette di ritenere che le pronunce della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione, intervenute dopo il decreto "Semplificazioni", nella parte in cui hanno escluso la rilevanza dell'art. 97 Cost. come parametro di valutazione dell'abusività della condotta repressa dall'art. 323 c.p., sono affette, quanto meno, da una grave forma di svista interpretativa.

Esse, infatti, hanno ricostruito la portata dell'art. 97 Cost. sulla base del contenuto dell'art. 323 c.p., cadendo nell'errore di alterare la regola della gerarchia delle fonti dell'ordinamento italiano a costituzione rigida, per la quale è la norma di legge ordinaria a doversi conformare alla Costituzione, con il corollario che l'interprete, nell'esaminare una figura di reato, in questo caso quella di abuso d'ufficio novellata nel 2020, deve cercare di darne un'interpretazione conforme alla norma costituzionale che esprime il bene tutelato in quella stessa norma penale, in questo caso l'art. 97 Cost. congiuntamente all'art. 54 Cost.

Avendo operato questa deformazione esegetica, l'orientamento della Corte Costituzionale, ripreso dalla Sesta Sezione della Corte di Cassazione, ha trascurato i risultati raggiunti prima della riforma del 2020 dalla giurisprudenza di legittimità, che, con estrema chiarezza e profonda sistematicità, aveva ben definito il contenuto e la portata precettiva dei principi enunciati, in modo chiaro e semplice, dalla Costituzione negli artt. 54 e 97 ed i loro riflessi sulla configurazione della fattispecie di abuso d'ufficio[44].

---

[43] Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2002, n. 31895.

[44] Mezzetti, *Manuale breve diritto costituzionale*, cit., 353 ss.

Leggendo i due articoli della Costituzione in modo congiunto, si comprende facilmente che, se i pubblici uffici devono essere organizzati secondo le disposizioni di legge in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, coloro che svolgono i poteri pubblici, a loro volta, non possono che avere l'obbligo di esercitarli con disciplina ed onore per raggiungere quegli stessi obiettivi imposti all'organizzazione di cui fanno parte e per la quale operano, ossia il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione per la quale esercitano i poteri a loro conferiti.

Dalle due norme costituzionali si desume, quindi, la precisa regola di condotta, da cui non residua alcun margine di discrezionalità, che impone agli agenti pubblici di svolgere le funzioni o i servizi assegnati con disciplina ed onore, senza provocare favoritismi o discriminazioni, che intrinsecamente impediscono il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa.

Appare, allora, incontrovertibile che l'art. 97 Cost., nel formulare le regole imprescindibili di legalità, di imparzialità e di buon andamento alle quali deve ispirarsi la pubblica amministrazione, non solo indica quali siano i valori costituzionali ai quali il legislatore penale ha inteso dare protezione con l'art. 323 c.p. e con gli altri delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, ma ha, pure, un contenuto precettivo specifico, che si traduce in precise regole di comportamento, dalle quali non residuano margini di discrezionalità:

– sia nella parte in cui impone all'agente pubblico di svolgere la funzione o il servizio di sua competenza rispettando la legge, in modo imparziale ed all'esclusivo fine di raggiungere l'interesse pubblico, così da evitare di cagionare favoritismi patrimoniali indebiti o discriminazioni ingiustificate;

– sia nella parte in cui impone all'agente pubblico di permettere l'accesso al pubblico impiego solo mediante concorso[45].

In proposito si sottolinea come Amato abbia posto in rilevo che l'art. 97 Cost., «se riferito all'attività concreta della pubblica ammi-

[45] In questa direzione: Aprile, *Una riforma in controtendenza: l'abuso d'ufficio "depotenziato"*, in Fidelbo, *Il contrasto ai fenomeni corruttivi. Dalla spazzacorrotti alla riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 450 ss.; Salcuni, *Abuso d'ufficio ed eccesso di potere: "fine di un amore tormentato"?*, cit., 24.

nistrazione, […], assume i caratteri e i contenuti precettivi richiesti dall'art. 323 c.p., in quanto impone al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio una precisa regola di comportamento di immediata applicazione», consistente nel divieto di tenere comportamenti ispirati a ingiustificate preferenze o favoritismi, oppure a vessazione, emarginazione e discriminazione «motivata da ritorsione e finalizzata a procurare un danno ingiusto»[46].

Tirando le somme dei ragionamenti svolti, si può giungere alla fondata conclusione che l'art. 97 Cost., in combinato disposto con l'art. 54 Cost., è il primo dei parametri di riferimento per valutare l'abusività della condotta ai sensi dell'art. 323 c.p., anche nella formulazione introdotta nel 2020, perché enuncia, in modo imprescindibile, le specifiche regole di condotta della legalità, dell'imparzialità, del buon andamento e dell'accesso al pubblico impego mediante concorso, che, da un lato, presiedono all'agire, con disciplina ed onore, degli agenti pubblici senza che residuino per loro margini di discrezionalità e, dall'altro lato, sono di per sé idonee ad evitare la

[46] Amato, *Non sussiste irrilevanza penale se il potere discrezionale è distorto*, in *Guida dir.*, 2021, 49/50, 98. Così, pure: Gambardella, *Simul stabunt simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del Giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, cit., 162, che ha osservato che l'art. 97 Cost. è "a fortiori" una norma di legge, che contiene «una precisa regola di comportamento di immediata applicazione», che non lascia margini di discrezionalità; 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?)*, cit., 4.2; Parodi Giusino, *In memoria dell'abuso d'ufficio*, cit., 88 ss.

Contra: Donini, *Reati contro la p.a. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formalmente amministrativo e di quello giurisprudenziale*, cit., 539, che ha sostenuto che, prima della riforma del 2020, 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 sé o un terzo sul piano patrimoniale o per danneggiarlo, commette abuso d'ufficio»; Bartoli, Pelissero, Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 517; Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit., 7, per il quale la formula introdotta nel luglio 2020 «sottrae alla fattispecie le disposizioni costituzionali e di legge costituzionale», perché «il principio di tassatività non consente il ricorso all'argomento *a fortiori*, per cui la loro violazione, in ipotesi, dovrebbe valere "a maggior ragione" se è punita la violazione di "semplici" leggi»; Pisani, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, cit., 17; Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale, II*, a cura di Rossi, cit., 499; Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte speciale, I*, cit., 255.

commissione di ingiusti vantaggi patrimoniali o di danni ingiusti, come richiesto dalla figura di reato in esame.

E si noti che queste regole costituzionali stabilite per le condotte che gli agenti pubblici devono assumere per il corretto espletamento delle loro attività pubbliche vengono, poi, declinate dalle leggi o dagli atti aventi forza di legge, nei molteplici settori amministrativi con specifico riguardo ai diversi interessi pubblici perseguiti, come avviene ad esempio:

– con la l. 7 agosto 1990, n. 241 (come succ. mod.), contenente le nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti, che, all'art. 1, nell'enunciare i principi generali dell'attività amministrativa, stabilisce che essa «persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e da altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario»;

– con il t.u. dell'edilizia contenuto nel d.p.r. n. 380 del 2001, che, all'art. 12, prevede che «il permesso di costruire è rilasciato in conformità alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente»;

– con il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, contenente il codice dei contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 della l. 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici, che, all'art. 1, impone alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di perseguire «il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza», costituendo «il principio del risultato […] attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità», perseguito anche «nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea», senza, però, fare alcun riferimento al principio costituzionale dell'imparzialità dell'azione amministrativa, a differenza di quanto, invece, stabiliva più compiutamente l'art. 30 del precedente codice dei contratti pubblici contenuto del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

5. *L'importanza del vizio di legittimità dell'eccesso di potere nel diritto amministrativo*

Per chiarire l'effettiva portata dell'espressione «in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità», appare opportuno verificare in quali termini la modifica introdotta nel luglio del 2020 vada ad incidere sulla rilevanza o meno del vizio di legittimità dell'eccesso di potere ai fini della sussistenza del reato di abuso d'ufficio.

È utile ricordare che tale vizio di legittimità, dopo essere stato introdotto per la prima volta con la legge del 1889 istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato, con il significato di straripamento di potere, ossia come invasione dell'area riservata ad altro potere dello Stato, fu ben presto inteso dal Consiglio di Stato, al fine di meglio controllare la discrezionalità dell'azione amministrativa, che deve sempre muoversi nel rispetto del principio di legalità, come sviamento di potere, ossia come esercizio della potestà pubblica per un fine diverso da quello stabilito come tipico dalla legge[47], analogamente a quanto avveniva in Francia.

---

[47] Ci si riferisce a Cons. st., sez. IV, decisione 7 gennaio 1892, n. 3, in *Giust. amm.*, 1891, 1 ss., con commento di Codacci Pisanelli, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Città di Castello, Lapi, 1900, 249 ss.

Gasparri, *Eccesso di potere (diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965, 124 ss.; Sacchi Morsiani, *Eccesso di potere*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, Utet, 1982, 221 ss.; Modugno, Manetti, *Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, Treccani, 1989, 1 ss.; Scoca, *La crisi del concetto di eccesso di potere*, in *Prospettive del processo amministrativo*, a cura di Mazzarolli, Padova, Cedam, 1990, 171 ss.; Morbidelli, *Contributo dell'amministrativista alla riforma (e all'interpretazione) del reato di abuso di ufficio*, in *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Milano, Giuffrè, 2000, 44, ha precisato che l'eccesso di potere è anche violazione della legge attributiva del potere, che viene strumentalizzato e sviato, dando origine al vizio della funzione, che lede il principio di buon andamento e di imparzialità sancito dall'art. 97 Cost.; Cioffi, *Eccesso di potere e violazione di legge nell'abuso d'ufficio*, Milano, Giuffrè, 2001, 25 ss.; Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela: dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano 2008; Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2017; Torricelli (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità: sistemi giuridici a confronto*, Torino, Giappichelli, 2018.

Si deve, difatti, evidenziare che l'azione della pubblica amministrazione non consiste soltanto nella mera esecuzione della legge che la disciplina, ma comprende anche la c.d. "discrezionalità amministrativa", cioè «lo spazio di scelta che residua allorché la normativa di azione non predetermini in modo completo tutti i comportamenti dell'amministrazione»[48], o, per dirla in altro modo, il margine di apprezzamento che la legge rimette alla determinazione della pubblica amministrazione[49], oltre il quale esiste il merito amministrativo, inteso come la corrispondenza fra il contenuto dell'azione ed il risultato a cui essa dovrebbe tendere in base al principio di opportunità[50], che resta un campo precluso al sindacato dell'autorità giudiziaria penale.

Nel corso del tempo, nella giurisprudenza amministrativa si è affermata la tendenza a raggruppare, sotto la categoria dell'eccesso di potere i limiti alla discrezionalità amministrativa, che, espressi da norma positive, sono inerenti alla natura stessa del potere esercitato, sostanziandosi nell'interesse pubblico, nella causa del potere esercitato e nei precetti di logica e di imparzialità.

Il vizio può, quindi, consistere:

I) nello sviamento dall'interesse pubblico, quando l'atto amministrativo persegua un interesse diverso da quello pubblico stabilito dalla legge, ossia o quello privato dell'agente o quello di altri soggetti legati all'agente da rapporti di cointeressenza;

II) nello sviamento dalla causa tipica, quando l'atto amministrativo miri a finalità diverse da quelle stabilite dalla legge e proprie di un diverso potere;

c) nella illogicità o nella irragionevolezza della volontà espressa dall'atto amministrativo[51].

---

[48] Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 356.

[49] Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., 483 ss.; Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, Laterza, 2014, 45 ss.

[50] Coraggio, *Merito amministrativo*, in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, Giuffrè, 1976, 130 ss.

[51] Secondo la giurisprudenza amministrativa l'eccesso di potere si desume da alcune figure sintomatiche, come ad es.: contraddizione tra motivazione e dispositivo ovvero fra le varie parti della motivazione; contraddizione con precedenti manifestazioni di volontà; travisamento dei fatti; disparità di trattamento; mancata predeterminazione dei criteri attributivi di benefici; difetto di motivazione; violazione

Ebbene, il vizio di legittimità dell'eccesso di potere per sviamento è il «risvolto patologico della discrezionalità» e «nasce dalla violazione di quelle prescrizioni che presiedono allo svolgimento della funzione – alla quale va rapportata la discrezionalità – che non sono ravvisabili in via preventiva e astratta»[52]. Come giustamente rilevato, l'eccesso di potere si manifesta laddove vi sia una violazione dei «c.d. limiti interni non scritti della discrezionalità amministrativa, risolvendosi, in definitiva, in un cattivo esercizio della potestà discrezionale della pubblica amministrazione»[53].

In particolare, costituisce oggi un punto fermo per la giurisprudenza[54] e la dottrina amministrativa[55] che il vizio di eccesso di potere per sviamento si sostanzia nella divergenza, effettiva e comprovata, fra l'atto posto in essere e la sua funzione tipica, ovvero nell'esercizio del potere per una finalità diversa da quella stabilita dal legislatore con la norma attributiva dello stesso, ossia, quando l'atto è stato adottato per un interesse diverso da quello pubblico.

Lo "sviamento di potere", quindi, ricorre:

– sia in caso di "sviamento dall'interesse pubblico", ossia «quando l'atto sia determinato da un interesse diverso da quello pubblico, interesse che può essere o un interesse privato dell'agente o di suoi congiunti […] o un interesse di gruppo o di partito»;

– sia in caso di "sviamento dalla causa tipica", «quando l'atto,

---

di circolare; violenza morale o dolo (che si ha quando l'agente opera sotto la pressione di violenza morale o per raggiro del privato); violazione o elusione di giudicato. Sul punto si rimanda a: Sala, *L'eccesso di potere amministrativo dopo la legge n. 241/1990; un'ipotesi di ridefinizione*, in *Dir. Amm.*, 1993, 191 ss.; Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., 319 ss.

[52] Come sostenuto da Mazzaroli, Pericu, Romano, F.A. Roversi Monaco, Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 1993.

[53] Merli, *Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio*, cit., 10.

[54] Ad es.: Cass. pen., S.U., 29 settembre 2003, n. 1448, Cass. pen., S.U., 28 marzo 2006, n. 7024.

[55] Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 622, che ha considerato l'eccesso di potere come «il risvolto patologico della discrezionalità. Esso sussiste quando la facoltà di scelta spettante all'amministrazione non è correttamente esercitato. L'eccesso di potere nasce dalla violazione di quelle prescrizioni che presiedono allo svolgimento della funzione che non sono ravvisabili in via preventiva e astratta»; Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 207; Garofoli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1176.

pur tendendo ad un fine pubblico, persegua un fine diverso da quello per il quale è stato conferito il potere (ad es., ordinanza di spostamento della stazione delle autolinee extraurbane, allo scopo di favorire l'azienda municipalizzata dei trasporti urbani)»[56].

Entrambi i vizi, che inficiano l'atto amministrativo, comportandone l'invalidità, attengono all'aspetto funzionale dell'atto stesso, in quanto ciascun atto è caratterizzato da una finalità disposta dalla legge al fine di tutelare uno specifico interesse pubblico, così che lo sviamento di potere rappresenta la «constatata divergenza dell'atto dalla sua funzione istituzionale»[57]. In questo senso il Consiglio di Stato ha definito in più riprese il concetto di "sviamento di potere", sostenendo che tale vizio di legittimità «ricorre allorché il pubblico potere viene esercitato per finalità diverse da quelle enunciate dal legislatore con la norma attributiva dello stesso, ovvero quando l'atto posto in essere sia stato determinato da un interesse diverso da quello pubblico»[58].

L'individuazione di questo vizio di legittimità deve essere compiuta attraverso un giudizio di logica congruità dell'atto, che va svolto prendendo in considerazione tre elementi: gli interessi primari, gli interessi secondari e la situazione di fatto[59].

All'amministrazione non è conferito un generico potere esercitabile a tutela dell'interesse pubblico, ma poteri specifici, ciascuno preposto al fine di tutelare un determinato interesse: lo «sviamento di potere si concreta allorquando la pubblica amministrazione curi, esercitando un potere, un interesse diverso da quello tipico, anche se pubblico, anche – al limite – se di pregio intrinseco maggiore di quello in relazione al quale le era stato attribuito il potere esercitato»[60].

---

[56] Virga, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1999, 122 ss.

[57] A.M. Sandulli, *Diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, 700; Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2016; Vipiana, *L'attività amministrativa*, Padova, Cedam, 2017, 174 ss.

[58] *Ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 26 luglio 2021 n. 5532. Similmente TAR Veneto, 420 del 2017 «lo sviamento di potere consiste nell'effettiva e comprovata divergenza fra l'atto e la sua funzione tipica, ovvero quando il potere è stato esercitato per finalità diverse da quelle enunciate dal legislatore con la norma attributiva dello stesso e, in particolare, quando l'atto posto in essere sia determinato da un interesse diverso da quello pubblico».

[59] Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 501.

[60] Mazzaroli, Pericu, Romano, F.A. Roversi Monaco, Scoca, *Diritto amministrativo*, cit., 1474.

La giurisprudenza ha, tuttavia, precisato che la censura di eccesso di potere per sviamento deve essere supportata da precisi e concordanti elementi di prova, idonei a dimostrare le divergenze dell'atto dalla sua tipica funzione istituzionale, non essendo a tal fine sufficienti semplici supposizioni o indizi che non si traducano nella dimostrazione dell'illegittima finalità perseguita in concreto dall'organo amministrativo; né il vizio in questione è ravvisabile allorquando l'atto, asseritamente viziato, risulta comunque adottato nel rispetto delle norme che ne disciplinano la forma e il contenuto e in piena aderenza al fine pubblico al quale è istituzionalmente preordinato[61].

6. *L'eccesso di potere nella figura di abuso d'ufficio del 1997*

Ciò chiarito, si deve evidenziare che la sussumibilità del vizio di eccesso di potere tra i parametri normativi di valutazione della correttezza o meno della condotta dell'agente pubblico, ai fini della configurabilità del reato di abuso d'ufficio, era stata già a lungo dibattuta, sia in dottrina che nella giurisprudenza di legittimità, dopo la riforma della fattispecie introdotta dalla l. n. 234 del 1997.

Dai lavori preparatori della legge emergeva in modo abbastanza evidente la volontà politica di escludere tale vizio dagli elementi costitutivi del reato, così da ribaltare la giurisprudenza di legittimità formatasi,

[61] Cons. St., sez. V, 27 marzo 2013, n. 1776 «(Conferma Tar Lombardia, Milano, sez. II, n. 7718 del 2000)»; Cons. St., sez. III, 8 gennaio 2013, n. 26 «Il sindacato del G.a., benché in origine incentrato sull'atto e non sul rapporto, ha esteso il proprio oggetto anche a tutto il procedimento amministrativo, mediante il vizio dell'eccesso del potere inteso progressivamente quale vizio della funzione (e non più del singolo atto), come dimostrano le classiche figure sintomatiche dell'errore di fatto e del difetto di istruttoria, poi confluite, con il passare del tempo, nei vizi di illogicità e di irragionevolezza; lungo questo percorso evolutivo, segnato dagli art. 24, 103 e 113 cost., si è andata affermando, da alcuni decenni, l'idea di un giudizio di accertamento dell'eccesso di potere nel quale il G.a., pur non spingendosi sino a sindacare la valutazione dei vari interessi fatta dall'autore dell'atto, verifica tuttavia che tali interessi esistano davvero nella realtà fenomenica, che non vi siano omissioni o sostituzioni importanti e che vi sia una coerenza logica nella valutazione compiuta (Conferma Tar Lazio, Roma, sez. I, n. 4997 del 2012)».

senza contrasti, in tema di abuso di ufficio sotto la vigenza dell'art. 323 c.p. come modificato dall'art. 13 della legge n. 86 del 1990[62].

Con autorevolezza, Pagliaro aveva, in proposito, rimarcato che «lo scopo subiettivo del legislatore non si identifica con la obiettiva funzione della norma, posto che, una volta emanata, la disposizione ha una vita propria nel mondo del diritto. L'inserirsi della disposizione nuova nel sistema giuridico, mentre modifica quest'ultimo, ha, per la circolarità dei processi dello spirito, anche l'effetto di sottoporre la disposizione alle regole del sistema», con la conseguenza che «la storicità del mondo del diritto vieta di dare rilievo decisivo alla volontà subiettiva del legislatore, esauritasi nel momento stesso in cui l'atto normativo è posto».

Partendo da tale assioma, Pagliaro aveva evidenziato che la descrizione della condotta penalmente rilevante contenuta nel testo dell'art. 323 c.p. del 1997 permetteva di ritenere che lo stravolgimento dell'uso del potere discrezionale per fini privati era «anch'esso una gravissima violazione di leggi e regolamenti e perciò» doveva essere punito» pure sotto la vigenza di quel testo, anche in considerazione della circostanza che «per effetto della legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo» erano «da iscrivere nella violazione di legge non poche figure prima ricondotte all'eccesso di potere».

Per Pagliaro, l'abuso d'ufficio comportava «sempre uno sviamento del potere dalla causa tipica, per la quale il potere stesso» era conferito all'agente pubblico, così che, dove vi era un atto amministrativo, l'atto in questione ne risultava «sempre viziato da eccesso di potere. L'attento autore faceva, però, notare che non era vera la tesi reciproca, perché non ogni atto viziato da eccesso di potere comportava di per sé un abuso d'ufficio, in quanto per l'integrazione del reato occorreva che l'agente pubblico che compiva l'atto viziato, non soltanto doveva essere consapevole del vizio, ma doveva agire «al fine, richiesto dall'art. 323 c.p., di recare ad altri un danno o procurare a sé o ad altri un vantaggio»[63], non spettanti per l'ordinamento giuridico.

---

[62] Gambuti, *Abuso d'ufficio e sviamento di potere*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 723 ss.; Pagliaro, *Nuovi spunti sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 501 ss.; Camaioni, *Il nuovo abuso d'ufficio: un'abrogazione mancata*, in *Le nuove leggi penali. Problemi attuali della giustizia penale*, 1998, 50 ss.

[63] Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 239 ss.

Anche Stortoni aveva sostenuto, con perspicacia, che la dizione «in violazione di norme di legge o di regolamento», contenuta nell'art. 323 c.p., ricomprendeva l'eccesso di potere, inteso, però, come vizio di legittimità con contenuto obiettivo, secondo i dettami del diritto amministrativo, sia per meglio rispettarne la *ratio legis*, sia perché, altrimenti, sarebbe stata «ingiustificata la diversità di trattamento che» si sarebbe determinata «tra i vari vizi dell'atto» amministrativo[64].

Nella stessa direzione si era mosso Seminara, sostenendo che l'eccesso di potere, correttamente qualificato quale vizio concernente «esclusivamente l'atto come entità reale e obiettiva, al fine di verificare la corrispondenza del suo contenuto alla puntuale realizzazione della funzione» che gli era propria, era ricompreso nell'elemento oggettivo del reato di abuso di ufficio, che era «caratterizzato da una strumentalizzazione delle funzioni parimenti realizzabile in atti vincolati o discrezionali, ove il fuoco del disvalore» era incentrata «su una distorsione del potere finalizzata ad un ingiusto vantaggio o danno».

Secondo Seminara, il tentativo compiuto dai compilatori della riforma del '97 di far rientrare nella fattispecie penale solo i vizi estrinseci di legalità formale era stato un insuccesso per le seguenti ragioni:

– perché nel diritto amministrativo la nozione di violazione di legge assumeva «un'accezione totalizzante, in grado di ricomprendere ogni possibile vizio dell'atto o del provvedimento amministrativo e dunque anche l'eccesso di potere», essendo l'esercizio dell'attività amministrativa vincolato al principio di legalità come integrato da quelli di imparzialità e di buon andamento;

– perché nell'art. 323 c.p. la nozione di violazione di legge non era coincidente con il corrispondente vizio dell'atto amministrativo definito negli artt. 26 r.d. n. 1054 del 1926 e 2 l. n. 1034 del 1971, come si desumeva sia dal mancato riferimento all'incompetenza,

---

Questo orientamento è stato condiviso da Cupelli, *Il nuovo abuso d'ufficio*, in *CdC*, 4, 98, 279 ss.; D'Avirro, *L'abuso d'ufficio. La legge di riforma 16 luglio 1997 n. 234*, cit., 265 ss.; Manna, *Luci e ombre nella nuova fattispecie di abuso d'ufficio*, cit., 24.

[64] Stortoni, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 133 ss.

che era un tipico vizio di violazione di legge; sia dal richiamo esplicito alla violazione dell'obbligo di astensione che era uno dei tipici vizi di legge;

– perché diversi elementi sintomatici dell'eccesso di potere erano stati normativizzati in espresse norme di legge, diventando vizi di legge (art. 3, l. n. 241 del 1990; art. 13 t.u. n. 3 del 1957; art. 8, l. n. 70 del 1975; art. 1, l. n. 241 del 1990, ecc.)[65].

In senso contrario, Della Monica aveva osservato che la *ratio* della riforma tendeva ad escludere l'eccesso di potere dal novero delle condotte sanzionabili, come si desumeva dal tenore letterale dell'art. 323 c.p., che, nella parte in cui parlava di violazione di norme di leggi o di regolamenti, stava a significare che il presupposto dell'abuso doveva essere l'inosservanza «di previsioni specifiche durante il processo di formazione del provvedimento».

L'abuso d'ufficio, quindi, secondo Della Monica, consisteva nella violazione di specifiche norme di comportamento, diretta al conseguimento di un risultato ingiusto, che doveva sostanziarsi in uno scopo privato perseguito a discapito della causa tipica del provvedimento[66]. Ma così dicendo, il noto autore ometteva di considerare che, nel diritto amministrativo, il perseguimento di un fine privato con l'azione amministrativa deviata dalla sua causa tipica costituiva, per l'appunto, una forma di eccesso di potere.

A loro volta, Fiandaca e Musco avevano argomentato che la dizione «in violazione di norme di legge o di regolamento» escludeva

---

[65] Seminara, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 1251 ss. Similmente Pisani, *Abuso d'ufficio*, in Canestrari, Cornacchia, De Simone (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2017, 264 ss., secondo il quale rientravano nella fattispecie penale le forme più gravi di deviazione dell'atto dai suoi fini, configurabili quando il potere pubblico era svolto per uno «scopo del tutto estraneo al modello legale e al di fuori dei presupposti di fatto di esercizio del potere discrezionale (c.d. eccesso di potere estrinseco)». Cioffi, *Eccesso di potere e violazione di legge nell'abuso d'ufficio: profili di diritto amministrativo*, cit.; Tesauro, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit.

[66] Della Monica, *La non configurabilità dell'abuso di ufficio per eccesso di potere*, in Aa.Vv., *Modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, Giuffrè, 1997, 61 ss. Nello stesso senso: Russo, *La violazione di legge e di regolamento*, ivi, 21 ss.; Tellone, *La violazione delle norme sulla competenza*, ivi, 41 ss.; A. Tesauro, *Violazione di legge e abuso d'ufficio*, cit., 259.

la rilevanza dell'eccesso di potere, perché comportava «la rilevanza penale dell'abuso soltanto nella misura in cui il Giudice» avesse accertato che esisteva una precisa norma legislativa o regolamentare, della cui violazione il pubblico funzionario poteva essere chiamato a rispondere: diversamente, cioè in assenza della violazione di puntuali norme, il reato non sarebbe stato configurabile.

Tuttavia, gli stessi autori evidenziavano che con la l. n. 241 alcune figure sintomatiche dell'eccesso di potere erano da considerare violazioni di legge rilevanti ai fini della configurazione del reato previsto e punito dall'art. 323 c.p.[67].

In una posizione mediana si era posto Gambardella, per il quale il Giudice penale, in tema di abuso di ufficio, non doveva stabilire la ricorrenza del vizio di eccesso di potere, anche se svolgeva un'indagine in larga misura sovrapponibile a quella che riguardava l'accertamento del vizio dell'atto, perché aveva, essenzialmente, il compito di controllare l'attività della pubblica amministrazione, anche quella di tipo discrezionale, al fine di verificare l'eventuale violazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, che di per sé era idonea a integrare il requisito costitutivo dell'art. 323 c.p., rappresentato dalla violazione di norme di legge o di regolamento[68].

Venendo alla giurisprudenza di legittimità, si evidenzia che, nei primi tempi successivi all'entrata in vigore della legge di riforma del 1997, si affermò un orientamento contrario a qualificare l'eccesso di potere un parametro di valutazione dell'abusività della condotta del pubblico agente.

Secondo la Cassazione, sulla base dei resoconti della discussione parlamentare, la ratio della disposizione introdotta a modifica dell'art. 323 c.p., nella parte in cui prevedeva la modalità tipica della condotta consistente nell'esercizio della funzione o del servizio

---

[67] Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 243 ss.

Analoghe considerazioni si ritrovano pure in Patalano, *Amministratori senza paura della firma con i nuovi vincoli alle condotte punibili*, in *Guida dir.*, 1997, 29, 18 ss.; Forlenza, *Necessario un check-up sulla giurisprudenza per la diversa configurazione del delitto*, ivi, 23 ss.; Manzione, *Le forme di manifestazione della condotta*, in Aa.Vv., *Modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, cit., 3 ss.

[68] Gambardella, *Il controllo del Giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 298 ss.

in violazione di legge o di regolamento, era di escludere che l'abuso punibile potesse essere identificato «con il semplice eccesso di potere o con una delle figure sintomatiche di questo», in modo da contrastare la prevalente giurisprudenza di legittimità affermatasi dopo la riforma del 1990[69], che, invece, sosteneva, come si è sopra visto, l'importanza per la configurazione dell'abuso d'ufficio di tale vizio di legittimità, «inteso come l'esercizio di un potere per un fine improprio rispetto a quello funzionale»[70].

La Cassazione rilevava che nel corso dei lavori parlamentari era stato messo in evidenza che proprio la giurisprudenza che esaltava l'eccesso di potere come vizio rilevante per la sussistenza di tale reato aveva prodotto «una eccessiva estensione dell'area di punibilità»: motivo per il quale, il legislatore del 1997, per valorizzare il principio della separazione dei poteri ed individuare «con sufficiente chiarezza il discrimine tra illegittimità e illiceità», aveva voluto configurare il reato in questione come violazione di "una precisa" norma di legge o di regolamento, che vietasse «puntualmente il comportamento sostanziale del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio», escludendo l'eccesso di potere[71].

---

[69] Cass. pen., sez. II, 4 dicembre 1997, Tosches.

[70] Come detto da Cass. pen., sez. VI, 16 giugno 1995, Aragona.

[71] Cass. pen., sez. II, 4 dicembre 1997, Tosches; Cass. pen., sez. VI, 29 ottobre 1997, n. 1470; Cass. pen., sez. VI, 10 novembre 1997, n. 1163; Cass. pen., sez. II, 4 dicembre 1997, n. 1279; Cass. pen., sez. VI, 17 febbraio 1998, n. 4075; Cass. pen., sez. VI, 3 novembre 1998, n. 12793; Cass. pen., sez. VI, 8 novembre 2000, n. 12556; Cass. pen., sez. VI, 3 aprile 2002, n. 6600; Cass. pen., sez. VI, 16 dicembre 2002, n. 1761.

Si ricorda che in precedenza Cass. pen., S.U., 2 luglio 1955, in *Giust. pen.*, 1955, II, 769, aveva escluso che il Giudice ordinario potesse effettuare una valutazione dell'azione amministrativa per eccesso di potere, perché avrebbe finito con l'impingere «inevitabilmente nel merito amministrativo», proiettando «nel giudizio penale elementi che vi debbono rigorosamente rimanere estranei». A partire, però, da Cass. pen., 15 novembre 1967, in *Cass. pen.*, 1968, 64, n. 54, Ippolito, si è affermato costantemente l'orientamento che «in materia penale il Giudice ordinario ha normale competenza a giudicare per *occasionem* e *incidenter tantum* sulla legittimità dell'atto amministrativo, anche se discrezionale, giacché il riscontro di legittimità sugli atti amministrativi riconosciuto al Giudice ordinario dall'art. 5, l. 20 marzo 1865, n. 2248 all. E, abolitiva del contenzioso amministrativo, va intesa, per quanto riguarda le controversie penali, come estensibile, all'accertamento di tutti i vizi attinenti alla legittimità dell'atto, ivi compreso l'eccesso di potere, con l'unico invalicabile limite del divieto di ogni rivalutazione dei fatti e di quegli atteggiamen-

Lentamente, però, si andò radicando un indirizzo favorevole a considerare il vizio di eccesso di potere per sviamento rilevante per la configurazione del reato in questione, sul rilievo che l'innovata formulazione dell'art. 323 c.p., se, da un lato, prescindeva dai vizi dell'atto amministrativo e richiedeva che la condotta fosse integrata dall'ingiusto vantaggio patrimoniale o dal danno ingiusto procurato nello svolgimento della funzione o del servizio in violazione di norme di legge o di regolamento; dall'altro lato, indiscutibilmente, imponeva che la condotta rilevante doveva essere estrinsecazione dell'esercizio del potere conferito dalla normativa di base dell'ufficio, di cui faceva parte il soggetto agente.

Ad avviso della Corte di Cassazione, poiché si trattava di una funzione, ossia di un potere assegnato per realizzare una finalità pubblica, che era la causa intrinseca prevista dalla legge per quel potere, appariva evidente che ricorreva il presupposto della violazione di norme di legge o di regolamento quando la condotta si fosse svolta, non solo, «in contrasto con le forme, le procedure, con i requisiti richiesti», ma anche quando essa non si fosse conformata alla finalità prestabilita dalla legge, dalla quale traeva origine l'attribuzione del potere esercitato, che, a differenza dell'autonomia negoziale del diritto privato, era caratterizzato dal vincolo della tipicità e della stretta legalità funzionale.

Secondo il Giudice di legittimità questo assunto non poteva essere superato «rapportando la violazione della norma, che funzionalizza il potere, alla figura di eccesso di potere ovvero dello sviamento di potere (riferiti – peraltro in modo alquanto disinvolto – nel dibattito parlamentare di modifica legislativa dell'art. 323 alla categoria dei vizi del merito dell'atto), e quindi, sulla base della ratio legislativa innovativa, concludere nel senso che l'irrilevanza di tali vizi dell'atto rispetto alla fattispecie penale» non poteva «non comprendere l'illegalità in parola».

Con profondità di analisi la Corte osservava, difatti, che questa conclusione ometteva di considerare che il potere esercitato per un fine diverso da quello voluto dalla legge (e quindi per uno scopo personale od egoistico, e comunque estraneo alla pubblica ammini-

---

ti concreti dell'esercizio del potere discrezionale, che ineriscono all'apprezzamento delle esigenze di necessità, convenienza e opportunità».

strazione), in vista del quale esso era attribuito, si poneva perciò da solo, fuori dallo schema di legalità, rappresentando «nella sua oggettività offesa dell'interesse tutelato».

La Corte rilevava che il Giudice penale, nel compiere questo accertamento, non si interessava «del formarsi dell'atto, ma del fatto concreto, quale risultato della condotta» dell'agente pubblico, «senza interferire nella autonomia della pubblica amministrazione, e senza inferire in materia riservata alla dogmatica dell'atto amministrativo»[72].

Per la Cassazione, allora, l'abuso richiesto per l'integrazione criminosa prevista dall'art. 323 c.p. doveva concepirsi come esercizio del potere per scopi diversi da quelli imposti dalla natura della funzione pubblica di cui l'agente era investito[73], potendo configurarsi il reato «anche in caso di "sviamento di potere", cioè quando il comportamento dell'agente, pur formalmente corrispondente alla norma» che regolava l'esercizio dei suoi poteri, era «tenuto in assenza delle ragioni d'ufficio» che lo avrebbero legittimato e produceva così intenzionalmente un danno o un vantaggio patrimoniale ingiusto[74].

Per il Giudice di legittimità, la violazione di norme di legge o di regolamento, connotante il reato di abuso di ufficio, era configurabile, pure, quando la condotta contraddiceva il fine specifico previsto dalla legge o dal regolamento conferente il potere, concretizzandosi in uno svolgimento della funzione o del servizio che andava oltre ogni possibile opzione attribuita all'agente pubblico, caratterizzan-

---

[72] Cass. pen., sez. VI, 9 febbraio 1998, Marinucci.

[73] Cass. pen., sez. VI, 25 febbraio 1998, n. 5118. In questa direzione sono, poi, intervenute: Cass. pen., sez. VI, 15 maggio 1998 n. 5820, «Ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 323 c.p., ricorre una violazione di legge non solo quando la condotta sia stata svolta in contrasto con le forme, le procedure, i requisiti richiesti, ma anche quando essa non si sia conformata al presupposto stesso da cui trae origine l'attribuzione del potere, caratterizzandosi per la presenza del vizio rappresentato dall'eccesso di potere»; Cass., sez. VI, 15 febbraio 2001, n. 6190; Cass. pen., sez. VI, 10 dicembre 2001, n. 1229; Cass. pen., sez. VI, 13 dicembre 2002, n. 1320; Cass. pen., sez. VI, 19 maggio 2004, n. 28389; Cass. pen., sez. II, 9 febbraio 2006, n. 7600.

[74] Cass. pen., sez. VI, 13 febbraio 2006, n. 22242, con la quale il reato è stato ritenuto relativamente a provvedimenti di trasferimento del personale in servizio presso un Comune, sul rilievo, tra l'altro, che trattatavasi di trasferimenti ispirati a esigenze personalistiche degli agenti e non disposti per esigenze di efficienza e di buona amministrazione; Cass. pen., sez. VI, 25 settembre 2009, n. 41402.

dosi per la finalità di sviamento del potere esercitato con l'adozione dello specifico atto formale in assenza delle ragioni che eventualmente lo legittimavano.

La Corte faceva notare che, in tale contesto, l'atto era lo strumento attraverso il quale si realizzava il comportamento che, solo, costituiva reato: «nel caso concreto, la finalizzazione dell'atto ad uno scopo che – perseguendo consapevolmente la volontà di recare un danno obiettivamente ingiusto, quale una revoca di incarico (con le negative implicazioni economiche, funzionali e di immagine connesse) al di fuori dei casi consentiti» – esulava dallo schema legale tipico con intensità tale da sconfinare da atto a comportamento per l'assenza dei presupposti di fatto che consentivano l'azione della pubblica amministrazione[75].

Per la Suprema Corte, dunque, l'abuso d'ufficio connotato da violazione di norme di legge o di regolamento si poteva configurare, non solo quando la condotta dell'agente pubblico era in contrasto con il significato letterale, logico e sistematico della disposizione di riferimento, ma anche quando essa contraddiceva lo specifico fine perseguito dalla norma, concretizzandosi nell'esercizio della funzione o del servizio che andava oltre «ogni possibile opzione attribuita al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio per realizzare tale fine»[76].

Il contrasto giurisprudenziale venne risolto, con l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione nel 2011, che affermò che, in linea generale, ai fini del requisito della violazione di legge (o di regolamento), era rilevante che l'atto di ufficio non era stato posto in essere nel rispetto delle norme di legge (o di regolamento), che regolavano l'attività esercitata e attribuivano al pubblico ufficiale il potere di compierla.

---

[75] Cass. pen., sez. VI, 2 aprile 2009, n. 19135, dove si richiamavano: Cass. pen., sez. VI, 11 marzo 2005, n. 12196; Cass. pen., sez. VI, 18 ottobre 2006, n. 38965; Cass. pen., sez. VI, 11 giugno 2008, n. 37172.

[76] Cass. pen., sez. VI, 10 dicembre 2001, n. 1229, dove si è ritenuta la sussistenza del reato in capo ai Componenti della Commissione esaminatrice di un concorso per l'accesso a Scuola di specializzazione universitaria, i quali, pur a conoscenza del furto di una copia del questionario della prova avvenuto prima del suo espletamento e, quindi, della probabile preventiva conoscenza delle domande da parte di alcuni candidati, avevano egualmente fatto svolgere la prova, sull'assunto che la norma extrapenale di riferimento – art. 13 d.p.r. 10 marzo 1982 n. 162 – si limitava a stabilire la procedura concorsuale ma non si occupava né del comportamento degli esaminatori, né del pericolo che i candidati potessero conoscere in anticipo i quesiti da risolvere.

Osservavano le Sezioni Unite che per qualsiasi tipo di pubblica funzione autoritativa si poteva parlare di esercizio legittimo solo se tale esercizio era diretto a realizzare lo scopo pubblico in funzione del quale era attribuita la potestà, che del potere costituiva la condizione intrinseca di legalità.

Richiamandosi alla giurisprudenza "nettamente prevalente" elaborata dalla Corte, le Sezioni Unite ritenevano che la violazione di legge (o di regolamento), rilevante a norma dell'art. 323 c.p., si aveva, non solo quando la condotta di un qualsivoglia agente pubblico era svolta in contrasto con le norme che regolavano l'esercizio del potere (profilo della disciplina), ma anche quando difettavano le condizioni funzionali che legittimavano lo stesso esercizio del potere (profilo dell'attribuzione), ossia quando la condotta risultava volta alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere era conferito.

Anche in questa ipotesi si realizzava un vizio della funzione legale, consistente nello sviamento di potere, che integrava violazione di legge perché stava a significare che la potestà non era stata esercitata secondo lo schema normativo che ne legittimava l'attribuzione.

Da qui il principio di diritto statuito dalle Sezioni Unite che, per la configurabilità del reato di abuso d'ufficio sussisteva il requisito della violazione di legge sia quando la condotta del pubblico ufficiale fosse stata svolta in contrasto con le norme disciplinanti l'esercizio del potere; sia quando la condotta fosse risultata «orientata alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere» era «attribuito, realizzandosi in tale ipotesi il vizio di sviamento di potere», che integrava una violazione di legge perché il potere non sarebbe stato svolto nel rispetto dello schema normativo, che ne legittimava l'attribuzione[77].

---

[77] Cass. pen., S.U., 29 settembre 2011, n. 155, dove si richiamavano in termini analoghi, tra le tante, Cass. pen., sez. VI, 9 febbraio 1998, n. 5820; Cass. pen., sez. VI, 19 maggio 2004, n. 28389; Cass. pen., sez. VI, 11 marzo 2005, n. 12196; Cass. pen., sez. VI, 18 ottobre 2006, n. 38965; Cass. pen., sez. VI, 25 settembre 2009, n. 41402; Cass. pen., sez. V, 16 giugno 2010, n. 35501; Cass. pen., sez. VI, 5 luglio 2011, n. 35597. (Fattispecie relativa all'omessa riunione di trentacinque procedure esecutive complessivamente identiche quanto ai soggetti ed all'oggetto, in ciascuna delle quali partecipavano in forma di intervento le medesime trentacinque associazioni pignoranti, con conseguente abnorme lievitazione delle spese pro-

Sviluppando questo indirizzo, la Corte, successivamente, ribadì che la l. n. 234 del 1997 non aveva inteso circoscrivere l'ambito di applicazione del reato di abuso d'ufficio ai soli casi "di violazione di legge" in senso stretto, ma aveva voluto ricomprendere nella fattispecie anche gli altri vizi di legittimità dell'atto amministrativo, comprese sia le ipotesi di eccesso di potere, che erano configurabili laddove vi fosse stata l'oggettiva distorsione dell'atto «dal fine di interesse pubblico che avrebbe dovuto soddisfare»; sia le ipotesi di sviamento di potere, sussistenti quando il potere pubblico fosse stato esercitato al di fuori dello schema normativo, che ne legittimava l'attribuzione[78], in quanto anche tale vizio dell'atto amministrativo si sostanziava in una violazione delle norme di legge che lo contemplavano[79].

---

cessuali liquidate dal Giudice dell'esecuzione in favore delle associazioni creditrici facenti capo al coimputato, che agiva in proprio, quale difensore, e a nome delle predette associazioni di cui era rappresentante e titolare).

L'indirizzo espresso dalle Sezioni unite è stato apprezzato da Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 368 ss., che ha evidenziato che lo sviamento di potere consiste «nell'uso del potere in modo non conforme all'interesse pubblico individuato da disposizioni dotate di uno specifico contenuto prescrittivo, indirizzato verso un evento finale caratterizzato dalla nota dell'ingiustizia, predicato cioè di contraddittorietà fra l'interesse pubblico e quello privato».

[78] Cass. pen., sez. VI, 12 giugno 2012, n. 25180; Cass. pen., sez. VI, 24 giugno 2014, n. 37373, secondo cui il legislatore del 1997 non aveva inteso limitare la portata applicativa dell'art. 323 c.p. ai casi di violazione di legge in senso stretto, avendo voluto far rientrare anche le altre situazioni che integravano un vizio dell'atto amministrativo: dunque, anche le ipotesi di eccesso di potere, configurabili laddove vi era stata oggettiva distorsione dell'atto dal fine di interesse pubblico che avrebbe dovuto soddisfare; e quelle di sviamento di potere, riconoscibili se il potere pubblico era stato esercitato al di fuori dello schema che ne legittimava l'attribuzione; Cass. pen., sez. VI, 21 febbraio 2019, n. 22871 che aveva reputato corretto ravvisare il delitto di abuso di ufficio non solo quando «la condotta del pubblico ufficiale 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 collidente 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'attribuzione», richiamandosi a Cass. pen., S.U., n. 155 del 29 settembre 2011; Cass. pen., sez. VI, n. 27816 del 2 aprile 2015.

[79] L'orientamento della Cassazione ha trovato l'adesione di Vallini, *L'abuso d'ufficio*, in Palazzo (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 2011, 297; Prete, *Il sindacato del Giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 1 ss.; e la parziale critica di Silva, *Elementi normativi e sindacato del Giudice penale*, cit., 137; Castaldo, Naddeo (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 38 ss.

7. *I contrasti giurisprudenziali sulla rilevanza dello sviamento di potere per la configurazione del nuovo abuso d'ufficio*

Ad una prima lettura potrebbe sembrare che l'indirizzo giurisprudenziale affermato dalle Sezioni Unite sia stato completamente disatteso dalla l. n. 120 del 2020, che, all'art. 23, nel riformulare il reato di abuso di ufficio, ha stabilito che la fattispecie, a parte i casi di violazione dell'obbligo di astensione, si sostanzia nel comportamento assunto dall'agente pubblico nello svolgimento delle funzioni o del servizio svolto in violazione «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

In questa direzione è andata la Corte Costituzionale, che, come sopra si è visto, nella prima occasione in cui si è pronunciata sulla configurazione dell'art. 323 c.p. fornita dal legislatore nel 2020 ha detto, in modo un po' assertivo, che la modifica del 2020, nella parte in cui richiede che le norme di condotta da non violare da parte dell'agente pubblico siano espressamente previste dalla legge o dall'atto avente forza di legge e formulate in modo tale da non lasciare margini di discrezionalità, comporta l'impossibilità di dare rilievo, per la commissione del reato, al compimento di atti viziati da eccesso di potere[80].

Questa affermazione della Corte Costituzionale, a differenza dell'altra espressa nella stessa decisione sull'irrilevanza della violazione dell'art. 97 Cost. per l'integrazione del reato qui in discussione, non è stata pienamente condivisa dalla Corte di Cassazione che, sulla base di un'approfondita riflessione sulle patologie della discrezionalità amministrativa, ha fornito del nuovo testo dell'art. 323 c.p. una lettura più articolata e maggiormente rispettosa dei principi costituzionali che presiedono alla pubblica amministrazione.

Sin dai primi interventi successivi all'entrata in vigore del d.l. n. 76 del 2020, la Cassazione ha statuito che la nuova formulazione dell'art. 323 c.p., nella parte in cui stabilisce che la condotta repressa, tenuta dall'agente pubblico nel concreto svolgimento della funzione o del servizio, sia caratterizzata dalla violazione di rego-

[80] Corte cost., sent. 25 novembre 2021, n. 8.

le di condotta cogenti per l'azione amministrativa, specificamente disegnate dalla legge o da atto avente forza di legge in termini così "completi e puntuali" da non far residuare margini di discrezionalità per l'agente, effettivamente comporta, come si è visto nelle pagine precedenti, l'insussistenza della responsabilità penale dell'agente pubblico nel caso in cui «le regole comportamentali gli consentano di agire in un contesto di discrezionalità amministrativa, anche tecnica», intesa nella sua portata essenziale di «autonoma scelta di merito» dell'interesse pubblico primario da perseguire in concreto, effettuata all'esito della compiuta «ponderazione comparativa tra gli interessi pubblici e quelli privati» compresenti.

La Suprema Corte, tuttavia, ha, in prevalenza, precisato che l'esclusione della responsabilità penale in caso di violazione di norme che lascino all'agente margini di discrezionalità viene meno quando l'esercizio del potere discrezionale:

– travalica «in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici», che determina il vizio di sviamento di potere, ossia di «violazione dei limiti esterni della discrezionalità», in quanto risulta che l'agente, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, persegue interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito;

– oppure si sostanzia nell' inosservanza dell'obbligo di astensione in situazione di conflitto di interessi, che è l'altra modalità della condotta prevista dall'art. 323 c.p.

Per la Corte di Cassazione, di conseguenza, la nuova disposizione normativa ha un ambito applicativo ben più ristretto rispetto a quello definito con la previgente definizione della modalità della condotta punibile, sottraendo al Giudice penale il sindacato del mero «cattivo uso», ossia «la violazione dei limiti interni nelle modalità di esercizio della discrezionalità amministrativa»[81].

---

[81] Cass. pen., sez. VI, 9 dicembre 2020, n. 442. Similmente Cass. pen., sez. VI, 25 agosto 2020, n. 32174; Cass. pen., sez. fer., 17 agosto 2021, n. 42640; Cass. pen., sez. VI, 18 maggio 2022, n. 2164.

L'orientamento prevalente della Corte Suprema è positivamente valutato da Amato, *In base al "nuovo" abuso di ufficio scatta il reato contro la Pa con sviamento di potere*, in *Guida dir.*, 2021, 5, 95 ss.; Id., *Non sussiste irrilevanza penale se il potere discrezionale è distorto*, cit., 49 ss.; Tordini Cagli, *Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione*

L'indirizzo sulla rilevanza dello sviamento di potere per l'integrazione della nuova fattispecie di abuso d'ufficio non è, però, uniforme all'interno della stessa Sesta Sezione della Cassazione, che, in un'occasione, ha pure, affermato che tale vizio di legittimità è ininfluente ai fini della configurabilità della responsabilità penale *ex* art. 323 c.p. quando il potere esercitato dall'agente pubblico sia contraddistinto da spazi di discrezionalità, in quanto quella norma penale richiede la violazione di specifiche regole di condotta, così che non può avere alcun rilievo la circostanza che quel potere si sia «concretizzato nell'adozione di un provvedimento amministrativo recante una motivazione incompleta ovvero insufficiente, dunque in violazione del generico obbligo di motivazione che deve qualifi-

---

ancora aperta, cit., 1 ss.; Crismani, *La discrezionalità amministrativa nel reato di abuso d'ufficio*, in *Giustiziainsieme.it*, 29 aprile 2021; D'Avirro, *L'abuso d'ufficio*, cit., 96.

Contra: Alberico, *Le vecchie insidie del nuovo abuso d'ufficio*, cit., 20, secondo il quale l'orientamento della Corte di legittimità «appare addirittura *contra legem*, nella misura in cui abilita l'applicazione della fattispecie in un contesto ontologicamente caratterizzato dalla presenza della discrezionalità, condizione che, proprio secondo il testo della disposizione dovrebbe impedirne l'operatività»; Merlo, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "naturalizzatrice" della giurisprudenza*, cit., 7 ss.; Salcuni, *Abuso d'ufficio ed eccesso di potere: "fine di un amore tormentato"?*, cit., 19 ss. Serra, *La Cassazione e il "nuovo" abuso d'ufficio, ovvero del "senso imperfetto" della discrezionalità tecnica dell'amministrazione e dei c.d. autolimiti*, cit.; Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 256. Gamberini (a cura di), *Manuale di diritto penale*, cit., 729; Mattevi, *L'abuso d'ufficio una questione aperta*, cit., 259 ss.; Corleto, *La responsabilità penale per abuso d'ufficio dopo il decreto "Semplificazioni": effetti e implicazioni sull'attività degli amministratori pubblici*, cit., 80 ss.; Manes, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Percorsi di parte speciale*, cit., 146. In una posizione intermedia si pongono Bartoli, Pelissero, Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 518, che, pur interpretando la riforma del 2020 nel senso di aver espunto sia i regolamenti che l'eccesso di potere per sviamento dai parametri di valutazione dell'abusività della condotta, hanno evidenziato l'irrazionalità di non punire i casi più gravi di violazione delle regole che presiedono al corretto uso della discrezionalità amministrativa, non sanzionando più «la violazione dolosa di regolamenti o lo sviamento del potere con causazione intenzionale di un profitto patrimoniale o di un danno a terzi», così da aver sostanzialmente abrogato l'art. 323 c.p., lanciando ai pubblici amministratori il preoccupante messaggio che «la semplificazione e lo snellimento delle procedure burocratiche fondamentali nel nostro Paese vada perseguito a costo dell'esercizio dolosamente distorto dei pubblici poteri».

care tutti gli atti amministrativi che incidono sulla sfera giuridica dei relativi destinatari»[82].

8. *Sviamento di potere e abuso d'ufficio biforme*

L'orientamento da subito consolidatosi a livello di Giudice di legittimità, anche dopo la riforma dell'abuso d'ufficio effettuata con il d.l. n. 76 del 2020, rende giustizia all'importanza che il vizio di legittimità dell'eccesso di potere per sviamento riveste nel diritto amministrativo nel dare piena attuazione ai principi, imprescindibili in una moderna democrazia, contenuti nell'art. 113 Cost., ossia: che «contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa»; e che «tale tutela non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti.

Si è, così, osservato che «l'esercizio della discrezionalità in contrasto con il modello legale, e, cioè, al di fuori dei presupposti di fatto di esercizio del potere discrezionale, appare riconducibile al paradigma della «violazione di norme di legge» e non rientra nella zona franca della discrezionalità, essendovi solo un'apparenza di esercizio di potere discrezionale (eccesso di potere estrinse-

[82] Cass. pen., sez. VI, 17 febbraio 2022, n. 13136, che ha pure escluso la rilevanza dell'art. 97 Cost. Nello stesso senso, Cass. pen., sez. VI, 10 giugno 2022, n. 28402, per la quale il limite interno «connaturato all'azione amministrativa e rappresentato dallo sviamento di potere, figura sintomatica elaborata dalla giurisprudenza e dalla dottrina dell'eccesso di potere quale vizio dell'atto amministrativo, consistente nell'uso del potere discrezionale per un fine diverso da quello per cui esso è stato conferito all'amministrazione e in particolare, alla luce dei parametri indicati dall'art. 323 c.p., al fine di compiere favoritismi e procurare ingiusti vantaggi ovvero per realizzare intenzionali vessazioni o discriminazioni o procurare ingiusti danni, […] non trova riscontro nell'attuale formulazione dell'art. 323 c.p. e che in ogni caso l'accertamento della sussistenza degli eventi indicati dalla previsione deve essere necessariamente preceduta dalla verifica della violazione dei parametri normativi di riferimento, tra cui per l'appunto non figurano più le norme regolamentari o le norme di legge generali ed astratte, da cui non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità nell'azione del pubblico ufficiale».

co)», quando il potere «sia esercitato in vista della realizzazione di un interesse collidente con quello per cui il potere è attribuito», a condizione che la distorsione funzionale si sostanzi nella violazione di una specifica e precisa regola comportamentale, «e cioè in una violazione estrinseca del dettato normativo», perché in questo caso l'autorità giudiziaria ordinaria compie un accertamento sull'attività amministrativa «al cospetto di un preciso parametro di riferimento»[83].

Analogamente si è messo in luce che, anche dopo la riforma del 2020, la cifra qualificante il delitto in esame è rimasta «l'abusività dell'atto: e non può essere altrimenti, pena lo snaturamento del concetto stesso di «abuso d'ufficio»: «gli altri elementi costitutivi del fatto ne delimitano sì i confini, ritagliando e cesellando l'area del penalmente rilevante, ma è l'ingiustizia della condotta a costituire, fondare, il disvalore del tipo criminoso *de quo*».

Appare, perciò, corretta l'interpretazione applicativa della giurisprudenza che continua ad incentrare la sussistenza del fatto perlopiù ancora sul carattere abusivo dell'azione amministrativa, anche per violazione del vizio dell'eccesso di potere per sviamento[84].

Ragionando in tal modo, si rispetta l'evoluzione del diritto pubblico verso forme «di maggiore giustiziabilità, controllo del potere pubblico, determinatezza delle regole di comportamento che lo imbrigliano, e quindi obblighi per l'amministrazione», con la conseguenza che «escludere del tutto la discrezionalità dal potere di sindacato del Giudice sarebbe in controtendenza rispetto a questa evoluzione: significherebbe riaffermare l'assolutezza del potere, stabilendo che quando c'è potere non c'è controllo», in tal modo violando il precetto costituzionale dell'art. 113 che impone di assicurare la tu-

---

[83] Pisani, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, cit., 14 ss., che ha fatto l'esempio «del compimento di un atto invasivo di fotosegnalazione da parte di un Ufficiale di Polizia giudiziaria in difetto di ragioni che lo giustificavano e per sole finalità vessatorie», dove lo sviamento dalle funzioni della condotta si caratterizzava per un difetto di potere in relazione alla specifica situazione concreta che rendeva l'atto illecito per violazione della legge processuale.

[84] Barletta, Cappellini, *Il sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell'agire pubblico*, cit., 6 ss.

tela giurisdizionale delle posizioni giuridiche soggettive lese da atti della pubblica amministrazione[85].

L'interpretazione sistematica del nuovo art. 323 c.p., effettuata, dalla Corte di Cassazione, alla luce del principio che la funzione del diritto penale è quella di rafforzare con la minaccia della sanzione penale i valori fondamentali della comunità nazionale espressi dalla Carta costituzionale, permette di ritenere che anche l'eccesso di potere per sviamento, essendo uno dei vizi tipici di legittimità dell'azione amministrativa per contrasto con il principio costituzionale di imparzialità e di buon andamento, costituisce elemento integrativo della fattispecie in esame[86], in quanto idoneo a produrre, a seconda dei casi, o l'ingiusto vantaggio patrimoniale o il danno ingiusto, che costituiscono il momento consumativo del reato.

Per consolidare l'assunto si ricorda che le regole di uguaglianza, imparzialità, buon andamento e ragionevolezza, risultanti dal com-

---

[85] Barletta, Cappellini, *Il sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell'agire pubblico*, cit., 12 ss.

[86] In questo senso: Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 14 ss.; Ruggiero, *L'abuso d'ufficio fra potere discrezionale e legalità vincolante*, cit., 30, per il quale «l'esigenza di riportare il concetto di "discrezionalità" nel quadro di una valutazione normativa, superando l'ambiguo concetto di "libertà", fa sì che la violazione dei doveri di ragionevolezza e di proporzionalità e, maggiormente, di imparzialità (a cui la ragionevolezza va riportata) e, quindi, l'adeguamento dell'azione amministrativa a canoni di razionalità amministrativa, si risolvano nella violazione di una specifica regola di condotta prevista dalla legge ai sensi dell'art. 323 c.p.», anche perché «come non esiste un potere la cui attività sia meramente vincolata, così non esiste una discrezionalità che non sia espressione di un potere e vincolata al buon uso di questo»; Castaldo, Naddeo (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 83, hanno rimarcato che, se si tiene come baricentro dell'art. 323 c.p. l'offesa arrecata al buon andamento della Pubblica amministrazione, si riesce a recuperare il disvalore dell'evento «sul quale si innerva l'abuso penalmente rilevante, preservando la valenza dell'eccesso di potere laddove esso si traduca nello sviamento che innesca la transizione dal "merito amministrativo" al "merito privato" di consistenza criminosa». *Contra*: Perongini, *L'abuso d'ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 170, ha sostenuto, invece, che «la configurazione dell'eccesso di potere, come elemento costitutivo della fattispecie penale, non è conforme al principio di tipicità, perché difetta del necessario riferimento a una specifica legge; non è conforme al principio di tassatività, perché il contenuto della patologia non si rinviene in una previa legge una esatta connotazione; non è conforme al principio della prevedibilità perché le figure di eccesso di potere sono continuamente incrementate dalla giurisprudenza e dalla dottrina e non costituiscono un *numerus clausus*».

binato disposto degli artt. 3, 54 e 97 Cost., sono poste a presidio dell'esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione, in quanto fungono da argine all'esercizio del potere amministrativo, dettandone i criteri che devono essere eletti a guida dell'azione e che, conseguentemente, costituiscono il fondamento costituzionale dei limiti all'esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione[87].

Appare, allora, corretto fornire della nuova formulazione dell'art. 323 c.p. una ricostruzione che rispetti gli artt. 3, 54 e 97 Cost., nel senso di ritenere sussistente il reato di abuso d'ufficio quando la condotta dell'agente pubblico sia connotata, nel concreto svolgimento della funzione o del servizio, da sviamento di potere per avere perseguito un interesse oggettivamente discordante e contrastante con quello per i quali il potere discrezionale è stato attribuito all'agente pubblico, in quanto costituisce limite ontologico dell'azione pubblica, tanto se vincolata quanto se discrezionale, che essa, per essere legittima, persegua effettivamente l'interesse pubblico o la finalità pubblica per i quali il potere pubblico è stato istituito e conferito all'agente pubblico[88], e non ingiusti vantaggi patrimoniali o danni ingiusti.

Nella medesima prospettiva, si rileva che altri articoli del medesimo capo I del titolo II del libro II del codice penale, all'interno del quale è compreso l'art. 323, nella parte in cui considerano l'eserci-

---

[87] Nicotra, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa*, in *federalismi.it-Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 14 giugno 2017.

[88] In proposito Aprile, *Una riforma in controtendenza: l'abuso d'ufficio "depotenziato"*, in Fidelbo, *Il contrasto ai fenomeni corruttivi. Dalla "spazzacorrotti" alla riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 454, ha rilevato che, se si interpretasse l'art. 323 c.p. come applicabile solo in riferimento alle violazioni di norme di legge inerenti ad attività amministrative non aventi alcun margine di discrezionalità, si finirebbe con il tradire «l'originario fine della disposizione, che, […], è quello di tutelare l'interesse alla imparzialità e al buon andamento della pubblica amministrazione, obiettivamente leso da iniziative che dovessero avere come unico scopo quello di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o di cagionare ad altri un danno ingiusto». Ugualmente Manna, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit., 57, per il quale sarebbe paradossale che il reato di abuso d'ufficio non riguardasse pure lo sviamento di potere, inteso come «l'inserimento di una prospettiva privatistica che faccia deviare l'atto dalla sua causa tipica, e perciò dotato di un'indubbia capacità lesiva dell'imparzialità sancita dall'art. 97 Cost.

zio indebito di poteri pubblici elemento costitutivo della fattispecie penale, come la concussione, la corruzione propria e l'induzione indebita, sono interpretati, pacificamente, nel senso che integra il fatto di reato pure l'esercizio del potere discrezionale in senso difforme dallo scopo imposto dalla legge, al punto che si è affermato che proprio nell'ambito dell'esercizio di un'attività discrezionale tali reati «trovano il proprio terreno d'elezione, in ragione della maggior ampiezza del raggio d'azione riconosciuto al funzionario dalle norme di settore»[89].

Ad esempio, in materia di concussione (art. 317 c.p.), la Corte di Cassazione ha detto che la limitazione della sussistenza del reato «a fronte di soli atti amministrativi dovuti non ha alcuna consistenza giuridica», in quanto lo stato di soggezione del privato può essere ravvisato anche a fronte del compimento di atti discrezionali (tanto più se di mera discrezionalità tecnica), ogni qual volta della discrezionalità non venga fatto un uso conforme agli interessi pubblici che l'agente pubblico dovrebbe perseguire[90].

Parimenti, in tema di corruzione c.d. propria (art. 319 c.p.), il Giudice di legittimità ha statuito che il reato può essere integrato anche con l'atto discrezionale, qualora questo sia emanato senza rispettare le regole di esercizio del potere esercitato da parte dell'agente pubblico, che violi, in particolare, «il dovere d'ufficio di agire con imparzialità nella ricerca dell'interesse pubblico», nel momen-

---

[89] Cass. pen., sez. VI, 18 novembre 2020, n. 8036. L'orientamento è condiviso da Gamberini (a cura di), *Manuale di diritto penale*, cit., 704.

[90] Cass. pen., 11 gennaio 1994, De Rossi. Si veda pure Cass. pen., sez. VI, 9 gennaio 2009, Romano e altri, per la quale elemento essenziale della fattispecie è l'abuso di potere, «per effetto del quale la volontà del soggetto passivo si determina, sotto l'influenza del cosiddetto *metus publicae potestatis*, il quale deve consistere non nella generica posizione di supremazia, sempre connaturata alla qualifica di pubblico ufficiale, idoneo a far sì che l'indebita promessa o dazione da parte del privato sia collegata alla pressione a esso abuso connessa e alla correlata posizione non paritaria con il p.u. e quindi di soggezione nei suoi confronti in cui il privato si sia venuto a trovare». In dottrina, Bartoli, Pelissero, Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 462 ss.; Catenacci, *Concussione (art. 317 c.p.)*, in Catenacci (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 69 ss.; Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 210 ss.; Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale II*, a cura di A. Rossi, cit., 462 ss., secondo il quale «si ha abuso di potere tutte le volte che questo è esercitato fuori dei casi stabiliti dalle leggi, dai regolamenti e dalle istruzioni di servizio o senza le forme prescritte».

to in cui opera la scelta tra le diverse soluzioni adottabili «in modo da assicurare il maggior beneficio del privato a seguito del compenso promesso o ricevuto», perché in questo caso l'atto adottato trova «il suo fondamento prevalentemente nell'interesse privato», e non nell'interesse pubblico assegnatogli dalla legge[91].

La Corte ha, così, precisato, che l'art. 319 c.p. vuole punire «anche l'uso distorto della discrezionalità amministrativa, cioè il procedimento condizionato non già da un percorso di attenta ed imparziale comparazione tra gli interessi in gioco, ma dalla percezione di un indebito compenso affinché venga raggiunto un esito determinato», che induce il pubblico ufficiale a rinunciare al pieno dispiegamento della discrezionalità, ossia alla «piena e indipendente verifica della soluzione finalizzata al migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico esistente nel caso di specie», per compiere, all'opposto, una scelta rispondente alle finalità del corruttore, «senza occuparsi della rispondenza agli scopi dell'Amministrazione»[92].

---

[91] Cass. pen., sez. VI, 12 giugno 1997, Albini, per la quale «Risponde di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio […] il pubblico ufficiale che accetta somme di denaro per garantire ad una determinata società l'aggiudicazione di un appalto-concorso, dovendosi escludere la natura di atto dovuto di tale procedura. Infatti nella gara ad evidenza pubblica in base al criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, […], la indicazione della Commissione tecnica in ordine alla offerta economicamente più vantaggiosa costituisce elemento non vincolante, dal quale l'organo competente a stipulare il contratto può discostarsi adducendo la relativa motivazione tecnica ed economica». Così pure Cass. pen., sez. VI, 1° luglio 1997, n. 7377; Cass. pen., sez. VI, 4 dicembre 2002-23 gennaio 2003, n. 3388, «Ai fini della configurabilità del reato di corruzione propria, sono atti contrari ai doveri d'ufficio non soltanto quelli illeciti (siccome vietati da norme imperative) o illegittimi (perché in contrasto con norme giuridiche dettate per la loro validità ed efficacia), ma anche quelli che, pur formalmente regolari, prescindano per consapevole volontà del p.u. o dell'incaricato di p.s., dall'osservanza dei doveri istituzionali, espressi in norme di qualsiasi livello e compresi evidentemente quelli di correttezza e di imparzialità». Similmente Cass. pen., sez. II, 26 febbraio 2004, Altamore e altri. In dottrina: Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale II*, cit., 485 ss.; Bartoli, Pelissero, Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 492 ss.; Catenacci, Picardi, *I delitti di corruzione*, in Catenacci (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 130 ss.; Fidelbo (a cura di), *Il contrasto ai fenomeni corruttivi*, cit., 27 ss.

[92] Cass. pen., sez. VI, 4 febbraio 2014, n. 23354, dove si è, pure, detto che «non basta il dato obiettivo della retribuzione per qualificare automaticamente l'atto discrezionale come contrario ai doveri dell'ufficio. Si perverrebbe altrimenti, ed in effetti, ad una sostanziale abrogazione dell'art. 318 cod. pen., relativa-

A tal fine, per il Giudice di legittimità, è doveroso verificare «la struttura del patto corruttivo, da una parte, per accertare se sia o meno identificabile "a monte" un atto contrario ai doveri di ufficio, e, dall'altro, per verificare la condotta del pubblico agente nei settori che interferiscono con gli interessi del corruttore», per comprendere se il predetto funzionario, al di là del caso di manifeste violazioni di discipline cogenti, di elusione della causa fondativa del potere attribuito, abbia, in conseguenza del patto, fatto o meno buon governo del potere assegnatogli, tenendo conto di tutti i profili valutabili, o se abbia pregiudizialmente inteso realizzare l'interesse del privato corruttore, a fronte di ragionevolmente possibili esiti diversi», essendo possibile che «l'atto discrezionale, nonostante l'accordo corruttivo, realizzi l'interesse pubblico e che il comportamento del pubblico ufficiale non abbia violato nessun dovere specifico»[93].

Similmente in tema di induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 *quater* c.p.) la Corte di Cassazione ha rilevato che integra la condotta tipica di tale delitto «la coazione psicologica, non ricollegabile ad una minaccia, né esplicita né implicita, che derivi dal timore di un ritardo nell'emanazione di un atto discrezionale collegato ad un abuso della qualità di pubblico ufficiale consistente, in particolare, nella deviazione delle regole di correttezza proprie dell'esercizio della pubblica funzione»[94].

Per mera completezza, si ricorda che, in tema di sindacabilità del provvedimento la cui inosservanza vale ad integrare la fattispe-

---

mente agli atti amministrativi di natura discrezionale. […] Solo quando l'atto risulti sicuramente identico a quello che sarebbe stato comunque adottato a tutela del pubblico interesse, con il medesimo contenuto e con le medesime modalità, il pagamento corruttivo potrebbe considerarsi ininfluente sulla sua conformità ai doveri dell'ufficio, e dunque riconducibile alla fattispecie della c.d. corruzione impropria».

[93] Cass. pen., sez. VI, 30 aprile 2021, n. 35927. In dottrina: Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale II*, cit., 468 ss.; Gamberini (a cura di), *Manuale di diritto penale*, cit., 715; Musco, Fiandaca, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 232 ss.; Barletta, Cappellini, *Il sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell'agire pubblico*, cit., 4.

[94] Cass. pen., sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 21192; Cass. pen., sez. VI, 18 novembre 2020, n. 8036; Cass. pen., sez. VI, 2 febbraio 2021, n. 34836. In dottrina: Bartoli, Pelissero, Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 475 ss.; Musco, Fiandaca, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 210 ss.

cie di cui all'art. 650 c.p., è affermazione assolutamente costante della Corte di cassazione il ritenere che, per verificare la sussistenza del reato di inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità pubblica «il Giudice è tenuto a verificare previamente la legalità sostanziale e formale del provvedimento che si assume violato, sotto i tre profili tradizionali della violazione di legge, dell'eccesso di potere e della incompetenza; ne consegue che ove venga rilevato il difetto del presupposto della legittimità sotto uno di tali profili, l'inosservanza del provvedimento non integra il reato in questione per la cui sussistenza è richiesto esplicitamente che il provvedimento sia legalmente dato»[95].

Tutto ciò permette di giungere pacificamente alla conclusione che, nel rispetto della sistematicità dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, tra i parametri normativi per la valutazione dell'abusività della condotta dell'agente pubblico rientrano *ex* art. 323 c.p., pure, l'art. 26 t.u. 26 giugno 1924 n. 1054, l'art. 6 t.u. 3 marzo 1934 n. 383 e l'art. 3, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, 21 *octies* l. n. 241 del 1990 come succ. mod., l'art. 29 del codice del processo amministrativo (di cui al d.lgs. n. 104 del 2010), nella parte in cui specificamente definiscono l'eccesso di potere per sviamento come uno dei tipici vizi di legittimità dell'azione amministrativa, da cui non residuano spazi di discrezionalità per l'agente pubblico, che non deve mai disattendere l'interesse ed il fine pubblico che ha l'obbligo di perseguire nel concreto esercizio dei poteri a lui conferiti[96], così da non poter mai produrre l'ingiusto vantaggio patrimoniale o il danno ingiusto previsti dall'art. 323 c.p. come l'evento del reato.

---

[95] Cass. pen., sez. I, 96/205585; Cass. pen., sez. I, 92/191629; Cass. pen., sez. I, 90/186154; Cass. pen., sez. III, 12 febbraio 2021, n. 10773.

[96] E si consideri che l'affermazione è rafforzata dalla constatazione che la l. n. 241 del 1990 (come modificata dalla l. n. 15 del 2005), contenente le norme in materia di procedimento amministrativo, ha normativizzato le più tradizionali figure sintomatiche di eccesso di potere elaborate dalla giurisprudenza amministrativa.

9. *Il sindacato penale sull'azione amministrativa integrante l'abuso d'ufficio*

Giunti a questo punto, si può osservare, richiamando Padovani, che costituisce un travisamento dell'art. 323 c.p. il pensare di dover subordinare la cognizione penale dell'abuso di ufficio alla «previa rilevazione incidentale di un vizio di legittimità dell'atto», perché «l'atto amministrativo illegittimo potrà concorrere ad integrare la fattispecie dell'abuso, ma certo non definisce in alcun modo i limiti precettivi della disposizione»[97].

Ai fini del sindacato giurisdizionale penale svolto in riferimento all'art. 323 c.p., non vige, difatti, la regola dell'art. 5 l. abol. cont. amm., secondo cui l'autorità giudiziaria ordinaria applica «gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi», per la semplice ragione che il controllo giurisdizionale penale non ha lo scopo di accertare i vizi di illegittimità dell'atto amministrativo in quanto tali[98], ma di verificare se la concreta condotta, attiva od omissiva, assunta dall'agente pubblico, sia o meno sussumibile nella fattispecie penale, «in base alle regole di qualificazione proprie» del diritto penale[99].

Nelle ipotesi in cui l'atto amministrativo rilevi penalmente come elemento costitutivo della condotta illecita, il potere di sindacato del Giudice penale non comporta la disapplicazione prevista dall'art. 5 cit., perché l'atto amministrativo viene preso in considerazione per verificarne la legittimità o l'illegittimità unicamente per valutare se si siano o meno realizzati, in fatto, taluni elementi costitutivi della fattispecie tipica, oggetto di contestazione.

In altri termini, in caso di abuso d'ufficio, il Giudice penale non ha il problema di applicare o meno l'atto amministrativo, costituen-

---

[97] Padovani, *L'abuso di ufficio e il sindacato del Giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 85 ss.; Id., *Commento all'art. 1 l. 16 luglio 1997 n. 234*, in *Leg. pen.*, 1997, 1 ss.; Id., *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 7 ss. Si veda pure Caraccioli, *Abuso d'ufficio e controllo del Giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Nuova Rassegna*, 1994, 2349 ss.

[98] Come rimarcato da Sgubbi, *Reati contro la p.a. e sindacato del Giudice penale sull'attività amministrativa: il legislatore alla rincorsa del Pubblico ministero*, cit., 99 ss.

[99] Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 368.

te una delle modalità di realizzazione del reato, dovendo accertarne l'eventuale illegittimità soltanto allo scopo di controllare se il compimento di quel determinato atto amministrativo realizzi o meno una condotta idonea a integrare, in concreto, la previsione normativa repressiva[100].

In particolare, per valutare la sussistenza o meno del reato di abuso d'ufficio, occorre verificare la rilevanza penale non solo e non tanto di «quegli elementi di fatto che *ex se* integrano l'atto amministrativo (illegittimo), ma soprattutto» di «quei comportamenti – precedenti, concomitanti e persino successivi all'atto – che denotano la strumentalizzazione dell'ufficio a fini indebiti, segnatamente nelle due forme della "prevaricazione" e dello "sfruttamento a fini personali" dell'ufficio»[101].

Dovendo il Giudice penale non applicare o disapplicare un atto amministrativo, ma accertare una condotta criminosa, egli non incontra alcun limite nella verifica circa l'eventuale esistenza di una distorsione funzionale dell'ufficio a scopi privati, che è la condotta in cui consiste, essenzialmente, il reato di abuso di ufficio.

Pertanto, se è vero che il Giudice penale non ha il potere di riconsiderare il merito amministrativo fornendo un diverso apprezzamento dei fini pubblici e della congruità dei mezzi prescelti per raggiungerli, è anche vero che il Giudice penale ha il dovere, per l'appunto, di verificare se esista veramente, nella situazione di fatto considerata, un merito amministrativo, che è di per sé escluso quando l'ufficio pubblico è esercitato al di là dei presupposti di fatto e/o di diritto che ne legittimano l'uso o per una finalità di vantaggio o di danno diversi da quelli istituzionalmente previsti, e quindi in violazione della legge disciplinante il potere esercitato[102].

Il sindacato svolto dal Giudice penale per accertare il fatto abusivo tende, quindi, a verificare se il potere pubblico è stato svolto

---

[100] Così pure Silva, *Elementi normativi e sindacato del Giudice penale*, cit., 112; Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 367 ss.

[101] Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 368.

[102] Contento, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, Laterza, 1979.

per scopi di pubblico interesse oppure per realizzare uno scopo privato, sia che si tratti di attività vincolata, sia che si tratti di attività discrezionale[103].

Nell'attività vincolata, l'abuso si concretizza nel mancato compimento dell'atto dovuto o nel suo compimento difforme da quello legalmente prefissato; nell'attività discrezionale, l'abuso, invece, consiste nel fare un uso del potere di scelta o al di fuori dei casi consentiti oppure in modo non conforme agli interessi pubblici perseguiti «con conseguente deviazione dell'atto dalla sua causa tipica»[104], prendendo sempre come parametro di raffronto il modello imposto dalla legge attributiva del potere svolto.

E nell'accertare l'abuso d'ufficio, ossia la condotta di un particolare amministratore pubblico collocata fuori dal contesto istituzionale, piegando il potere pubblico ad una dimensione privata, il Giudice penale, avvalendosi di tutti gli strumenti di indagine che la legge gli consente, compie una valutazione sulla legittimità dell'attività amministrativa senza ledere le prerogative della pubblica amministrazione, in quanto l'accertamento non comporta né la disapplicazione né l'annullamento dell'atto illegittimo eventualmente riscontrato, che resta efficace sino al suo annullamento o alla sua revoca nelle sedi competenti[105].

L'analisi sin qui condotta permette, allora, di affermare che il disegno perseguito dalle forze politiche di maggioranza prima con la l. n. 234 del 1997 e poi sviluppato con il d.l. n. 76 del 2020 (convertito nella l. n. 120 del 2020), teso a limitare il sindacato giudiziario penale in tema di abuso di ufficio alle condotte poste in essere dagli

---

[103] Cingano, *Ampiezza e limiti del sindacato del Giudice penale sull'atto amministrativo: vizi macroscopici ed elemento soggettivo; vizi non invalidanti ed elemento oggettivo del reato. La valutazione dell'atto amministrativo da parte del Giudice nel processo penale*, in Aa.Vv., *P.A. ricerche giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia*, vol. X, n. 1, Università degli Studi di Urbino, 2022, 725 ss.

[104] Cass. pen., S.U., 14 marzo 2014, n. 12228.

[105] Gambardella, *Simul stabunt simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del Giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, cit., 160, ha correttamente evidenziato che «"il tipo delittuoso abuso d'ufficio" […] 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».

operatori pubblici "amministrativi" nello svolgimento dei soli poteri vincolati, può dirsi in gran parte già superato, perché l'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata del vigente art. 323 c.p. comporta, come fatto dalla Cassazione in prevalenza, il riconoscimento al Giudice penale della piena potestà di accertare l'abuso di ufficio, inteso come l'uso illegittimo dei poteri pubblici causalmente orientato a produrre intenzionalmente un ingiusto vantaggio patrimoniale o un danno ingiusto, non solo quando l'abuso concerne un atto vincolato, ma anche quando l'abuso investe un atto discrezionale viziato da sviamento di potere[106], proprio per aver intenzionalmente perseguito il fine privatistico costituente l'evento ingiusto del reato.

La discrezionalità amministrativa, infatti, non è pura libertà di agire per il pubblico amministratore, che può compiere delle scelte sull'*an*, sul *quando* o sulle modalità di compimento dell'azione amministrativa esclusivamente per conseguire, nei modi e nei termini prestabiliti, le finalità e l'interesse pubblico previsti dalla legge istitutiva del potere esercitato[107], con il logico corollario che si può verificare abuso d'ufficio anche nell'esercizio di un potere discrezionale quando vengono violate le condizioni poste espressamente dalla

---

[106] Si ricorda che, con il solito acume, Amato, *Abuso d'ufficio-meno azioni punibili*, in *Guida dir.*, 8 agosto 2020, ha prontamente rilevato che a seguito della modifica dell'art. 323 c.p. fatta con la l. n. 120 del 2020, che «di fatto […] la casistica dell'abuso d'ufficio sembra essere confinata all'ipotesi della violazione dell'obbligo di astensione», in quanto l'aver limitato il sindacato penale sui comportamenti assunti in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ossia ai soli "atti vincolati", che sono di per sé privi di discrezionalità, finisce con il neutralizzare praticamente gli spazi di applicabilità della norma incriminatrice, essendo la stragrande maggioranza degli atti e delle attività dell'amministrazione comunque caratterizzate dalla necessità di una scelta, quanto meno sotto il profilo dell'apprezzamento e della comparazione degli interessi in gioco [l'interesse pubblico e l'interesse del privato; a volte anche l'interesse privato di controinteressati]».

[107] Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 244 ss.

Anche per Garofoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Neldiritto, 2023, 901, la discrezionalità «presuppone il riconoscimento in capo all'amministrazione […] di uno spazio valutativo e decisionale, potendo la stessa individuare il modo migliore per perseguire l'interesse pubblico in sede normativa predeterminato», e quindi nel rispetto dei confini fissati dalla legge e dei criteri di buona amministrazione.

legge o da atto avente forza di legge per l'esercizio di quel potere nel rispetto delle finalità e dell'interesse pubblico fissati dal legislatore (abusività oggettiva)[108], da cui non residuano per l'agente pubblico spazi di discrezionalità nello scegliere altre finalità o altri interessi pubblici da quelli predeterminati dalla legge conferente il potere esercitato, dimodocché all'autorità giudiziaria penale non si può non riconoscere il potere di esercitare il controllo di legalità anche sull'attività discrezionale della pubblica amministrazione, per verificarne il rispetto dei limiti stabiliti dalla legge[109].

Appare, perciò, condivisibile l'assunto espresso da Pagliaro di ritenere che «lo sviamento di poteri, nel quale l'abuso si sostanzia, produce necessariamente un vizio di legittimità dell'atto», che il Giudice penale ha il potere di accertare, anche nella forma dell'eccesso di potere per sviamento, non per annullarlo o disapplicarlo, ma solo per controllare la sussistenza o meno del fatto di reato, svolgendo un sindacato che rientra tra i poteri tipici conferiti al Giudice ordinario, «posto che, appunto, uno dei casi, nei quali a quest'ultimo è consentito il sindacato di legittimità dell'atto amministrativo, è quello che concerne i giudizi penali quando la indagine sulla legittimità o meno di un dato provvedimento amministra-

---

[108] Ossia: l'art. 26 t.u. 26 giugno 1924, n. 1054, l'art. 6 t.u. 3 marzo 1934, n. 383 e l'art. 3, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, 21 *octies*, l. n. 241 del 1990 come succ. mod., l'art. 29 del codice del processo amministrativo (di cui al d.lgs. n. 104 del 2010).

[109] Parimenti Gambardella, *Simul stabunt simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del Giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, cit., 163, per il quale «abuso d'ufficio e sindacato sul cattivo uso della discrezionalità amministrativa stanno e cadono insieme», secondo un noto aforisma, perché l'essenza dell'abuso d'ufficio è l'illegittimo uso dell'azione amministrativa discrezionale, così che il suo accertamento necessariamente comporta il controllo di legalità dell'autorità giudiziaria penale sull'azione discrezionale. Così pure Viciconte, *Il controllo del Giudice penale e del Giudice contabile sulla discrezionalità amministrativa: la legalità dell'esperienza giuridica concreta*, in *Riv. Corte dei Conti*, 2021, 3, 50 ss., che ha sostenuto che «costituisce un vincolo ontologicamente invalicabile quello del perseguimento del fine indicato dalla norma all'esercizio dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione», con la conseguenza che lo sviamento di potere rappresenta la soglia di sbarramento rispetto a qualsivoglia intervento legislativo in relazione alla fattispecie di abuso d'ufficio, «dovendo ritenersi […] incompatibile rispetto al sistema qualsivoglia tentativo di legittimazione di condotte tentate dal perseguimento di fini in contrasto con quelli tipici della norma».

tivo si riveli necessaria premessa per l'accertamento dell'esistenza di un reato»[110].

Ragionare in modo diverso, nel senso cioè di ritenere che la modifica introdotta con il d.l. n. 76 del 2020 comporti che «ogni atto di esercizio del potere discrezionale amministrativo […] sia sottratto al controllo di legalità in sede giudiziaria, anche nel caso di condotte affaristiche o prevaricatrici», che, con l'intenzionalmente procurare ingiusti vantaggi patrimoniali o danni ingiusti, determinano un serio pregiudizio ai beni fondamentali della legalità, del buon andamento e della imparzialità dell'azione amministrativa sanciti dagli artt. 54 e 97 Cost., appare una palese violazione delle fondamenta stesse dello Stato di diritto, che, all'opposto, impongono la repressione di tali condotte per preservare quell'imparzialità degli organi pubblici[111], «che è diretta specificazione, in relazione alle funzioni esercitate da tali organi, del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), su cui è fondato l'intero assetto costituzionale del nostro Stato e di ogni moderno Stato civile»[112].

---

[110] Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 246 ss.

[111] Sul dovere del legislatore di predisporre la tutela penale dei valori costituzionalmente rilevanti si rimanda a Bricola, *Teoria generale del reato*, cit., 541 ss.; Fiandaca, Musco, *Diritto penale-Parte generale*, cit., 27 ss.; Mazzacuva, *Diritto penale e Costituzione*, in Aa.Vv., *Introduzione al sistema penale*, a cura di Insolera, Mazzacuva, Pavarini, Zanotti, cit., 100 ss.

[112] Parodi Giusino, *Osservazioni critiche sulla riforma dell'art. 323 c.p.*, cit., 102 ss. Così pure Gambardella, *Simul stabunt simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del Giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, cit., 161, per il quale solo l'interpretazione diretta a tutelare i valori costituzionali espressi dagli artt. 97 e 54 Cost. permette di reprimere i casi di abuso più eclatanti che si verificano proprio nell'esercizio di un potere discrezionale.

Capitolo X

L'IMPRESCINDIBILE RUOLO DELL'ABUSO D'UFFICIO PER LA TUTELA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Sommario: 1. I rapporti tra l'abuso d'ufficio e gli altri reati connotati da esercizio abusivo dei poteri pubblici. – 2. L'abuso d'ufficio come fattispecie basilare per la tutela della pubblica amministrazione. – 3. Le iniziative per comprimere o abrogare il reato di abuso d'ufficio intraprese nel corso della XIX legislatura.

1. *I rapporti tra l'abuso d'ufficio e gli altri reati connotati da esercizio abusivo dei poteri pubblici*

Ai fini dell'inquadramento dei rapporti intercorrenti tra l'art. 323 c.p. e le altre norme che prevedono l'uso indebito dei poteri pubblici, si deve osservare che l'art. 323 c.p., usando la formula «salvo che il fatto non costituisca un più grave reato», configura il reato di abuso d'ufficio come sussidiario rispetto a quelli più gravemente puniti, nel senso che la norma, per il principio di specialità di cui all'art. 15 c.p., non è applicabile:

– da un lato, quando l'uso illegittimo dei poteri pubblici costituisca elemento, a seconda dei casi, oggettivo o soggettivo, di un diverso reato punito con pena maggiore;

– dall'altro lato, quando tale uso sia circostanza aggravante di altra fattispecie penale, purché quest'ultima sia sanzionata più severamente[1].

[1] Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 378 ss.; Bartoli, Pelissero, Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 521; Cate-

Sul punto la Cassazione a Sezioni Unite ha statuito che la clausola di consunzione contenuta nell'art. 323 c.p. impone di considerare la fattispecie d'abuso d'ufficio «quale residuale e sussidiaria e diretta, indipendentemente da un rapporto di specialità tra fattispecie astratte, ad escludere l'applicazione del precetto penale nel caso in cui la condotta materiale di abuso, integri al tempo stesso un reato più grave e in esso si consumi», cosa che avviene «non solo quando il fatto commesso realizza un ulteriore reato che implica l'abuso di poteri dell'ufficio (peculato, corruzione) ma anche quando una fattispecie criminosa di diverso contenuto illecito (truffa, falso) è commessa, o è aggravata, mediante un comportamento che costituisce abuso di ufficio, sempre, però, che la condotta integrante l'abuso s'esaurisca interamente nella fattispecie maggiore»[2].

In attuazione di questo principio, si deve ritenere che, poiché per la sussistenza del reato in esame si richiede che la condotta illecita sia realizzata mediante l'esercizio del potere pubblico attribuito al soggetto agente, i comportamenti non correlati all'attività funzionale, o meramente occasionati da essa, costituendo una mera violazione del dovere di correttezza, non sono rilevanti ai sensi dell'art. 323 c.p., anche quando siano in contrasto di interessi con l'attività istituzionale[3].

Detto in altro modo, il reato va inteso come «abuso nominato o tipico di poteri a previsione» di norme di legge o di atti aventi forza di legge e «deve come tale essere inerente al concreto svolgimento delle funzioni o del servizio propri del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, non valendo ad integrare la fattispecie criminosa il diverso fenomeno dello sfruttamento della personale condizione dell'agente con abuso di qualità»[4].

NACCI, *Abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*, in CATENACCI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 182.

[2] Cass. pen., S.U., 29 settembre 2011, n. 155.

[3] Cass. pen., sez. VI, 17 febbraio 2022, n. 14721: Fattispecie in cui la Corte ha escluso la sussistenza del reato nei confronti di un Consigliere comunale che aveva assunto un incarico professionale di consulenza presso l'Azienda municipalizzata di raccolta dei rifiuti nel medesimo Comune, in violazione del divieto posto dall'art. 78, comma 5, d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267.

L'orientamento è condiviso da CATENACCI, *Abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*, in CATENACCI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 171.

[4] Cass. pen., sez. VI, 12 giugno 2018, n. 49549.

Dovendo consistere nell'uso illegittimo dei poteri pubblici, il reato di cui all'art. 323 c.p., nella formula attualmente in vigore, non sussiste, quindi, quando si faccia un abuso della qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio al di fuori dell'esercizio dell'ufficio o del servizio pubblico, che è, invece, contemplato specificamente come elemento integrativo del reato sia nella concussione *ex* art. 317 c.p., sia nell'induzione indebita a dare o promettere utilità *ex* art. 319 *quater* c.p., che reprimono «l'uso indebito della posizione personale rivestita» dall'agente pubblico, e quindi la strumentalizzazione «da parte di costui non di una sua attribuzione specifica, bensì della propria qualifica soggettiva – senza alcuna correlazione con atti dell'ufficio o del servizio – così da far sorgere nel privato rappresentazioni costrittive o induttive di prestazioni non dovute»[5].

Seminara ha, in proposito, osservato che dalla nozione di abuso di ufficio prevista dall'art. 323 c.p. esulano tutte le attività materiali compiute con violazione dei doveri o con abuso della qualità e gli atti arbitrari concomitanti, antecedenti o successivi agli atti di ufficio, dai quali emerge non un esercizio funzionale finalizzato ad uno scopo indebito bensì un mero approfittamento delle mansioni, proprio perché il fatto deve essere compiuto nell'esercizio delle funzioni o del servizio[6].

Parimenti, Romano ha rilevato che il reato in esame non sussiste «quando il comportamento del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio non violi una norma propriamente attinente alla funzione o servizio, tendente a disciplinare le modalità di svolgimento dell'azione amministrativa, bensì una norma penale generale, destinata come tale a […] reprimere la condotta criminosa di chiunque; e detto comportamento il pubblico agente abbia tenuto

[5] Cass. pen., S.U., 24 ottobre 2013, n. 12228, dove si è rimarcato che «l'abuso della qualità, per assumere rilievo come condotta costrittiva o induttiva, deve sempre concretizzarsi in un facere (non è configurabile in forma omissiva) e deve avere una efficacia psicologicamente motivante per il soggetto privato; costui cioè deve comunque avvertire la possibile estrinsecazione dei poteri del pubblico agente, con conseguenza per sé pregiudizievoli o anche ingiustamente favorevoli e, proprio per scongiurare le prime o assicurarsi le seconde, decide di aderire all'indebita richiesta».

[6] Seminara, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 35.

sfruttando la posizione di potere che pure gli derivi dalla funzione o servizio esercitato», perché in questo caso si ha «il reato comune aggravato, o *ex* art. 61 n. 9, oppure da aggravanti previste da specifiche norme incriminatrici…»[7].

In questa ipotesi, infatti, «l'evento della condotta *contra ius* non costituisce alcunché di ulteriore rispetto alla fattispecie tipica realizzata, e il "comportamento" di abuso è assorbito ed esaurito in quest'ultima fattispecie, che si pone come *lex specialis* rispetto a quella di cui all'art. 323»[8], con l'effetto che, ad esempio, il delitto di lesioni personali volontarie gravi e aggravate dalla qualità di pubblico ufficiale assorbe il reato di abuso di ufficio[9].

Allo stesso modo si è affermato che «la condotta del pubblico ufficiale che sia posta in essere in violazione di una norma penale non integra il delitto d'abuso d'ufficio ma il reato che da quella norma è previsto, e l'abuso dei poteri e la violazione dei doveri inerenti alla pubblica funzione, con cui quella condotta è attuata, configurano la circostanza aggravante di cui all'art. 61 n. 9 c.p.»[10].

Di conseguenza gli atti di inurbanità, ingiuria o percosse commesse dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio, essendo forme di abuso della qualità di pubblico ufficiale, non co-

---

[7] Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 253 ss. In giurisprudenza: Cass. pen., sez. VI, 1 ottobre 2003, n. 49536, «Deve escludersi, in applicazione della regola della specialità sancita dall'art. 15 c.p., il concorso formale del reato di abuso di ufficio con quelli, più gravi, di violenza privata e lesioni, aggravati entrambi *ex* art. 61 n. 9 c.p.»; Cass. pen., sez. VI, 13 dicembre 2007, n. 2974.

[8] Cass. pen., sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 42801.

[9] Cass. pen., sez. III, 14 febbraio 2011, n. 25709, nel caso di un Maresciallo dei Carabinieri, che, nell'eseguire una perquisizione per la ricerca di stupefacenti, aveva volontariamente percosso la vittima, provocandole delle lesioni.

[10] Cass. pen., sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 42801, con la quale la Corte ha ritenuto assorbito il reato di abuso d'ufficio in quello di lesioni personali aggravate ai sensi dell'art. 61 n. 9 c.p., in riguardo alla condotta del pubblico ufficiale, appartenente alla Polizia municipale, che nell'esercizio delle funzioni di controllo della circolazione stradale aveva fermato un motociclista privo del casco protettivo e lo aveva colpito con pugni.

In precedenza: Cass. pen., sez. VI, 1 ottobre 2003, n. 49536, secondo cui «atteso il carattere residuale del reato di abuso previsto dall'art. 323 c.p., deve escludersi, in applicazione della regola della specialità sancita dall'art. 15 c.p., il concorso formale di tale reato con quelli, più gravi, di violenza privata e lesioni, aggravati entrambi *ex* art. 61 n. 9 c.p.».

stituiscono il reato in esame ma forma aggravate *ex* art. 61 n. 9 c.p. delle correlative fattispecie.

Si deve, poi, osservare che, anche dopo la riforma del 2020, la condotta di abuso d'ufficio, consistendo nell'uso illegittimo del potere di azione giuridica, può realizzarsi mediante omissione quando la legge non ricollega degli effetti giuridici equivalenti all'atto amministrativo alla condotta omissiva, come, invece, avviene nel caso del silenzio-assenso *ex* art. 20, l. n. 241 del 1990[11], nel quale il silenzio è una forma di esercizio del potere amministrativo[12].

Essendo reato di danno causalmente orientato alla produzione di un evento antigiuridico, l'art. 323 c.p. si combina con la disposizione accessoria del comma 2 dell'art. 40 c.p., secondo cui non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo[13], dimodocché la condotta abusiva può configurarsi anche in forma omissiva, quando, ricorrendo gli ulteriori requisiti indicati nell'art. 323 c.p., sul pubblico agente «gravi l'obbligo di impedire l'evento di vantaggio patrimoniale o di danno» ingiusto[14], come quando l'agente pubblico deliberatamente si astenga dall'esercitare i poteri pubblici, «ricorrendo a sistemi defatigatori di ritardo, di ostruzionismo, volti a conseguire» l'evento ingiusto «in cambio del sollecito compimento dell'atto richiesto»[15].

---

[11] Paolantonio, *Comportamenti non provvedi mentali produttivi di effetti giuridici*, in Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., 377 ss.

[12] In dottrina: Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1970; Sticchi-Damiani, *Il Giudice del silenzio come Giudice del provvedimento virtuale*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2010, 1 ss.

Si deve evidenziare che per Cass., sez. VI, 17 ottobre 2013, n. 45629, ai fini dell'integrazione del reato di omissione di atto d'ufficio, «è irrilevante il formarsi del silenzio-rifiuto entro la scadenza del termine di trenta giorni», con l'effetto che il silenzio-rifiuto deve essere qualificato come un inadempimento «e, quindi, come condotta omissiva richiesta per la configurazione della fattispecie incriminatrice», in quanto «non può sovrapporsi la questione del rimedio apprestato dall'ordinamento contro l'inerzia della pubblica amministrazione con la responsabilità penale del pubblico funzionario, anche perché, con l'esperibilità dei rimedi giurisdizionali avverso il silenzio-rifiuto, non si soddisfano neppure interamente le esigenze di tutela nei confronti della pubblica amministrazione, basti pensare al vizio di merito dell'atto amministrativo».

[13] Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 253 ss.

[14] Cass. pen., sez. VI, 22 novembre 1999, Battista.

[15] Cass. pen., S.U., 14 marzo 2014, n. 12228. In dottrina: Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 356 ss.

Perciò, il rifiuto indebito di compiere un atto d'ufficio posto in essere in modo da arrecare un danno ingiusto o un vantaggio patrimoniale ingiusto integra il reato *de quo*, dovendo applicarsi l'art. 323 c.p., in quanto norma più grave rispetto all'art. 328 c.p., che contempla il reato di «rifiuto di atti d'ufficio – omissione»[16].

In attuazione di questi principi, il reato di abuso di ufficio, ad esempio, è ipotizzabile a carico del Responsabile dell'Ufficio tecnico comunale che abbia omesso consapevolmente di svolgere l'attività di vigilanza sul territorio e di adottare i provvedimenti di sua competenza per reprimere un abuso edilizio, potendosi ravvisare la violazione di legge, richiesta dalla norma incriminatrice, nell'art. 4, l. n. 47 del 1985 sul «controllo dell'attività urbanistico-edilizia», come successivamente modificato dall'art. 27 del d.p.r. n. 380 del 2001, che impone a tale funzionario «di esercitare la vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia nel territorio comunale e di ordinare, tra l'altro, l'immediata sospensione dei lavori in caso di attività in contrasto con norme di legge e/o di regolamento e con le prescrizioni degli strumenti urbanistici»[17].

Nel delineare i rapporti tra la fattispecie di cui all'art. 323 c.p. e quelle, tutte più gravi, di concussione, di corruzione propria e di induzione indebita, che pure comportano un uso indebito del potere pubblico, la Cassazione ha precisato che, mentre l'abuso d'ufficio reprime «l'uso distorto del potere», ossia la sua deviazione dalla causa tipica per la quale è riconosciuto all'agente pubblico, che se ne avvale per perseguire «uno scopo diverso ed in conflitto con il bene pubblico e con l'interesse dell'amministrazione», le altre tre fattispecie, all'opposto, sanzionano «la strumentalizzazione della funzione pubblica», che può estrinsecarsi o nella forma del mercimonio, come avviene nei reati di corruzione, o nella «prospettazione di determinazioni variamente pregiudizievoli per il privato interlocutore», come avviene nella induzione indebita o nella concussione[18].

---

[16] Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 9.

[17] Cass. pen., sez. VI, 7 dicembre 2000, n. 6192.

[18] Cass. pen., sez. VI, 18 novembre 2020, n. 8036, dove si è messo in rilievo che nella corruzione c.d. impropria di cui all'art. 318 c.p., che non richiede il compimento di atti illegittimi, si ha una strumentalizzazione della funzione pubblica senza uso di attività istituzionale in contrasto con l'interesse pubblico, a differenza,

Sulla base del principio di consunzione, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto il reato di abuso d'ufficio assorbito dalla fattispecie comportante l'utilizzo non corretto dei poteri pubblici e punita con pena più grave, come nei casi, rispettivamente previsti:

– dall'art. 319 per la corruzione propria, perché, quando il vantaggio economico dell'agente pubblico «sia da questi conseguito in dipendenza dell'erogazione altrui e di un proprio comportamento, attivo od omissivo, contrario ai doveri d'ufficio, trova applicazione, per il principio di specialità, la più grave delle due figure criminose in questione, e cioè quella della corruzione, caratterizzata, rispetto all'altra, dalla presenza nel soggetto erogatore di un'utilità collegata da nesso teleologico al suindicato comportamento del pubblico ufficiale»[19];

– dall'art. 353, capoverso, c.p. per la turbata libertà degli incanti commessa dal pubblico ufficiale preposto alla gara, che «non può concorrere con il reato di abuso di ufficio, nel caso in cui il pubblico ufficiale preposto alla gara, in attuazione di un accordo illecito intervenuto con soggetti privati, ponga in essere un'attività amministrativa in violazione di legge […] e funzionale all'espletamento della procedura, in quanto la stessa condotta non può dar luogo al concorso formale dei due reati, stante la riserva contenuta nell'art. 323 c.p. e avuto riguardo alla natura sussidiaria di tale previsione»[20];

---

invece, dell'abuso d'ufficio, che per la sua realizzazione richiede sempre l'uso illegittimo del potere pubblico.

[19] Cass. pen., sez. I, 1 ottobre 1998, n. 4663. Così pure Cass. pen., sez. VI, c.c. 7 maggio 1998, n. 1680; Cass. pen., sez. VI, 16 novembre 1999, n. 13939; Cass. pen., sez. VI, 24 novembre 2016, n. 4459, «Il reato di abuso d'ufficio (art. 323 cod. pen.) e quello di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 cod. pen.), non possono formalmente concorrere fra loro giacché, quando il vantaggio economico del pubblico ufficiale sia da questi conseguito in dipendenza di un'erogazione altrui e di un proprio comportamento, attivo od omissivo, contrario ai doveri d'ufficio, trova applicazione, per il principio di specialità, la più grave delle due figure criminose in questione, e cioè quella della corruzione, caratterizzata, rispetto all'altra, dalla presenza del soggetto erogatore di un'utilità collegata da nesso teleologico al suindicato comportamento del pubblico ufficiale».

[20] Cass. pen., sez. VI, 28 aprile 1999, n. 9387; Cass. pen., sez. VI, 11 dicembre 2002, n. 14380.

Si deve, altresì, ricordare che per Cass. pen., sez. VI, 10 maggio 2023, n. 26225, a proposito di un caso nel quale il Direttore di un ente-parco aveva indebitamente conferito ad una donna, con la quale aveva uno stabile rapporto sentimentale, il po-

– dall'art. 640, comma 2, n. 1, c.p., per la truffa aggravata ai danni di un ente pubblico, perché l'art. 323 c.p. «prevede una clausola di consunzione, la quale è diretta, indipendentemente da un rapporto di specialità, a non permettere l'applicazione della fattispecie penale quando il comportamento abusivo costituisca al tempo stesso un reato più grave: ciò si verifica non solo quando il fatto commesso realizzi ulteriore reato implicante di necessità abuso di poteri (ad es.: peculato, corruzione), ma anche quando esso integri un altro illecito penale che lo ricomprenda occasionalmente (come la truffa)[21];

– dall'art. 326 c.p., per la rivelazione del segreto di ufficio, perché l'abuso di ufficio non è separabile in figura autonoma di reato da quello di rivelazione di segreti di ufficio, non potendosi addebitare all'autore, stante la unicità e coincidenza delle condotte, due volte la stessa violazione[22].

All'opposto, la Corte di Cassazione ha ritenuto sussistente il reato di abuso d'ufficio, e non quello di peculato c.d. d'uso, di cui al comma 2 dell'art. 314 c.p., qualora il pubblico ufficiale faccia un uso di energie o di beni appartenenti alla pubblica amministrazione per scopi estranei a quelli di istituto, come nel caso dell'utilizzo indebito di autovetture e personale di servizio per procurare un ingiusto vantaggio patrimoniale a sé stesso o a terzi[23].

Pertanto, integra il delitto di abuso di ufficio e non quello di peculato d'uso:

– la condotta dell'agente pubblico che utilizzi nel proprio privato interesse le prestazioni lavorative di un dipendente dell'ente di appartenenza (nella specie: autista-fattorino), perché il peculato, in tutte le sue forme, presuppone l'appropriarsi da parte dell'agente di

---

sto di Istruttore direttivo tecnico messo a bando per mobilità interna, omettendo di astenersi in violazione degli artt. 6 *bis* l. n. 241 del 1990 e 7 d.p.r. n. 62 del 2013, è configurabile il reato *ex* art. 323 c.p. e non quello di cui all'art. 353 c.p., che non ha ad oggetto i concorsi per l'accesso ad impieghi pubblici e le connesse procedure di mobilità del personale tra diverse amministrazioni, ma le procedure contrattuali finalizzate all'acquisizione da parte delle amministrazioni pubbliche di beni e servizi.

[21] Cass. pen., sez. V, 22 giugno 2000, n. 9618 che ha ritenuto assorbito l'abuso rispetto a una truffa aggravata ai danni del Comune commessa dall'imputato attraverso raggiri costituiti, tra l'altro, proprio dalle condotte ascritte a titolo di abuso.

[22] Cass. pen., sez. VI, 9 giugno 1997, Palumbo.

[23] Cass. pen., sez. VI, 15 aprile 2009, n. 25537.

una cosa, che viene destinata ad una finalità diversa da quella prevista dalla legge, mentre non è concepibile l'appropriarsi di una persona o della sua energia lavorativa[24];

– la condotta di appropriazione a proprio vantaggio da parte di impiegati della Conservatoria Immobiliare di energia elettrica necessaria al funzionamento di macchinari dell'ufficio[25];

– l'uso indebito da parte del dipendente pubblico, a fini privati, del collegamento a forfait della pubblica amministrazione a internet, senza causare all'amministrazione un maggior costo[26];

– l'uso indebito del fax della pubblica amministrazione da parte di un ispettore della Polizia di Stato, effettuato per richiedere all'ACI notizie ed informazioni su autovetture di lusso immatricolate in una data provincia, diretto a procurare un ingiusto vantaggio patrimoniale al coniuge, procacciatore d'affari presso un'agenzia di assicurazioni, che avrebbe potuto ottenerle solo previo pagamento[27].

Similmente si è statuito che «l'utilizzo di denaro pubblico per finalità diverse da quelle previste integra il reato di abuso d'ufficio qualora l'atto di destinazione avvenga in violazione delle regole contabili, sebbene sia funzionale alla realizzazione, oltre che di indebiti interessi privati, anche di interessi pubblici obiettivamente esistenti e per i quali sia ammissibile un ordinativo di pagamento o l'adozione di un impegno di spesa da parte dell'ente; mentre integra il più grave reato di peculato l'atto di disposizione del denaro compiuto – in difetto di qualunque motivazione o documentazione, ovvero in presenza di una motivazione meramente "di copertura" formale – per finalità esclusivamente private ed estranee a quelle istituzionali dell'ente»[28].

---

[24] Cass. pen., sez. VI, 13 maggio 1998, n. 8494. Così pure Cass. pen., sez. VI, 1 ottobre 2020, n. 37074, «Integra il delitto di abuso di ufficio e non quello di peculato la condotta del pubblico ufficiale che si avvalga arbitrariamente, per finalità esclusivamente private, delle prestazioni lavorative dei dipendenti di un ente pubblico, atteso che le energie umane, non essendo cose mobili, non sono suscettibili di appropriazione».

[25] Cass. pen., sez. VI, 14 novembre 2001, 1905.

[26] Cass. pen., sez. VI, 9 aprile 2008, n. 31688.

[27] Cass. pen., sez. VI, 4 maggio 2011, n. 20094.

[28] Cass., sez. VI, 7 giugno 2018, n. 37768. Così, pure, Cass. pen., sez. VI, 23 settembre 2020, n. 27910, «L'utilizzo di denaro pubblico per finalità diverse da quelle previste integra il reato di abuso d'ufficio qualora l'atto di destinazione avvenga in violazione delle regole contabili, sebbene sia funzionale alla realizzazione,

Controversa è, invece, la giurisprudenza in ordine ai rapporti intercorrenti tra il reato di falsità, materiale o ideologica, commessa dall'agente pubblico in atto pubblico (artt. 476 e 479 c.p.) e il reato di abuso d'ufficio, che può anche consistere nella falsa attestazione posta in essere dal pubblico ufficiale, in quanto la condotta di falso «costituisce violazione di un dovere immanente alla funzione pubblica, avendo il pubblico ufficiale il dovere di formare atti pubblici ideologicamente e materialmente veri»[29].

Si è, difatti, sostenuto, da una parte, che, per il principio di consunzione, «nel limite in cui l'abuso si ritenga commesso con la condotta di falso in atto pubblico che integra reato più grave, vi è assorbimento e non concorso formale di reati»[30]; dall'altra parte, che i due reati, offendendo beni giuridici distinti (ossia: la genuinità e la veridicità degli atti pubblici; l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione), possono concorrere tra loro, essendo altresì configurabile il nesso teleologico, qualora il falso sia consumato per commettere l'abuso»[31].

In una posizione mediana si è, pure, statuito che il reato di abuso di ufficio non è assorbito dal reato di falso ideologico, quando si possa ravvisare «nella condotta del pubblico ufficiale anche un'altra azione abusiva, contestuale ma distinta da quella integrante il falso»[32], in quanto «la clausola di consunzione contenuta nella pro-

---

oltre che di indebiti interessi privati, anche di interessi pubblici obiettivamente esistenti e per i quali sia ammissibile un ordinativo di pagamento o l'adozione di un impegno di spesa da parte dell'ente, mentre integra il più grave reato di peculato nel caso in cui l'atto di destinazione sia compiuto in difetto di qualunque motivazione o documentazione, ovvero in presenza di una motivazione di mera copertura formale, per finalità esclusivamente private ed estranee a quelle istituzionali. (Fattispecie in cui la Corte ha annullato con rinvio la condanna per peculato del Presidente di un'Azienda pubblica, rilevando che l'accertata violazione della normativa per la scelta della ditta appaltatrice e la mancata osservanza delle norme di contabilità, in assenza della prova della non corrispondenza dell'importo erogato al valore delle opere realizzate, avrebbero potuto integrare al più il reato di abuso di ufficio)».

[29] Cass. pen., 30 gennaio 2001, Pasinò.

[30] Così: Cass. pen., sez. V, 21 ottobre 1998, D'Asta; Cass. pen., sez. V, 19 maggio 2004, n. 2778; Cass. pen., sez. V, 10 novembre 2005, n. 11147.

[31] Cass. pen., sez. V, 1 febbraio 2000, n. 3349; Cass. pen., sez. V, 5 maggio 1999, n. 7581.

[32] Cass. pen., sez. V, 19 maggio 2004, n. 27778; Cass. pen., sez. VI, 18 dicembre 2019, n. 3515; e soprattutto Cass. pen., sez. V, 7 luglio 2017, n. 45992,

posizione iniziale dell'articolo 323 c.p. vale allorché vi sia una completa riproduzione degli elementi costitutivi del reato di abuso in quelli di un'altra fattispecie più grave»[33].

Da ultimo merita di essere ricordato che il reato di abuso d'ufficio, essendo posto a tutela dell'interesse al normale ed imparziale funzionamento della pubblica amministrazione, concorre con quello previsto dall'art. 12 della l. n. 121 del 1981, che, nel punire il pubblico ufficiale che comunica o fa uso di dati ed informazioni in violazione delle disposizioni della legge citata, o al di fuori dei fini previsti dalla stessa, mira a garantire la riservatezza dei dati e delle informazioni del CED del Ministero dell'Interno[34].

2. *L'abuso d'ufficio come fattispecie basilare per la tutela della pubblica amministrazione*

Volendo trarre delle conclusioni sistematiche all'esito della lunga dissertazione svolta sin qui, si può dire che l'art. 323 c.p., anche dopo e nonostante la modifica introdotta con il decreto "Semplificazioni", continua ad avere una posizione rilevante nell'ambito dell'articolato sistema dei reati contraddistinti dall'esercizio illegittimo dei poteri pubblici da parte degli agenti pubblici, perché fornisce un contributo significativo per definire con precisione il concetto di abuso di potere pubblico[35], che viene declinato in vario modo dal legislatore penale in fattispecie strutturalmente diverse.

A tal proposito si ricordano le seguenti espressioni:

– «l'aver commesso il fatto con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio…» nell'art. 61 n. 9 c.p. (circostanze aggravanti comuni);

«Sussiste concorso materiale, e non assorbimento, tra il reato di falso in atto pubblico e quello di abuso d'ufficio nel caso in cui la condotta di abuso non si esaurisce nella falsificazione, e la falsità in atti è strumentale alla realizzazione del reato di cui all'art. 323 c.p., di cui costituisce una parte della più ampia condotta».

[33] Cass. pen., sez. VI, 30 gennaio 2001, n. 30109.

[34] Cass. pen., sez. II, 21 dicembre 2011-1 febbraio 2012, n. 4253.

[35] Stortoni, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1976.

– «…avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria…» nell'art. 314 c.p. (peculato);

– «…abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno» nell'art. 317 c.p. (concussione);

– «…per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve…» nell'art. 318 c.p. (corruzione per l'esercizio della funzione);

– «…per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve…» nell'art. 319 c.p. (corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio);

– «…abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce…», nell'art. 319 *quater* c.p. (induzione indebita a dare o promettere utilità);

– «…violando i doveri inerenti alle funzioni o al servizio… rivela notizie d'ufficio, le quali debbano rimanere segrete…» nell'art. 326 c.p. (rivelazione ed utilizzazione di segreti d'ufficio);

– «…indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio…» nell'art. 328 c.p. (rifiuto di atti d'ufficio-omissione);

– «…rifiuta o ritarda indebitamente di eseguire» nell'art. 329 c.p. (rifiuto o ritardo di obbedienza commesso da un militare o da un agente della forza pubblica);

– «eccedendo con atti arbitrari i limiti delle sue attribuzioni» nell'art. 393 *bis* c.p. (cause di non punibilità in riferimento ai reati di cui agli artt. 336, 337, 338, 339, 339 *bis*, 341 *bis*, 342, 343 c.p.);

– «abuso di autorità contro arrestati o detenuti», che costituisce il titolo del reato previsto dall'art. 608 c.p., che sanziona la sottoposizione «a misure di rigore non consentite dalla legge»;

– «abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni» nell'art. 609 c.p. (perquisizione e ispezione personali arbitrarie);

– «… nell'esercizio delle sue funzioni, forma… un atto falso o altera un atto vero…» nell'art. 476 c.p.;

– «…nell'esercizio delle sue funzioni contraffà o altera certificati o autorizzazione amministrative ovvero mediante contraffazione o alterazione, fa apparire adempiute le condizioni…» nell'art. 477 c.p.;

– «…nell'esercizio delle sue funzioni, supponendo esistente un atto pubblico o privato, ne simula una copia… ovvero rilascia una copia di un atto pubblico o privato diversa dall'originale…» nell'art. 478 c.p.;

– «…ricevendo o formando un atto nell'esercizio delle sue funzioni, attesta falsamente…», nell'art. 479 c.p.[36].

Rapportando le formule usate in queste norme con quella utilizzata dall'art. 323 c.p. per definire il reato di "abuso d'ufficio", si comprende che, nel diritto penale, l'abuso di potere pubblico consiste, essenzialmente, nello svolgimento della funzione pubblica o del servizio pubblico da parte dell'agente pubblico in violazione dello statuto giuridico che specificamente disciplina la funzione o il servizio a lui conferiti; oppure in contrasto con l'obbligo di astenersi in presenza di un interesse proprio dell'agente o di un suo prossimo congiunto, o negli altri casi prescritti.

Si deve, però, precisare, con specifico riguardo alla categoria dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, che lo statuto giuridico da non violare si atteggia in modo diverso a seconda della fattispecie penale.

Nelle ipotesi più gravemente sanzionate del peculato, della concussione, della corruzione propria, dell'induzione indebita e della rivelazione ed utilizzazione di segreti d'ufficio, lo statuto giuridico consiste in norme di legge e di regolamento, istruzioni, norme interne, principi generali di diritto pubblico, che disciplinano l'agire degli agenti pubblici[37], in quanto per queste fattispecie, che ledono in modo più grave il bene giuridico della legalità, dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione, sancito dall'art. 97 Cost., e il dovere di adempiere le funzioni pubbliche con disciplina e onore, stabilito dall'art. 54 Cost., il legislatore penale non ha posto alcuna limitazione in relazione al parametro di valutazione della illegittimità della condotta.

Per il reato di abuso d'ufficio, invece, che, pure, lede, ma con minore gravità, quel bene e quel dovere costituzionalmente impo-

[36] Per una ricostruzione sistematica del concetto di abuso d'ufficio si veda: Ruggiero, *L'abuso d'ufficio fra potere discrezionale e legalità vincolante*, cit., 7 ss.

[37] Parafrasando Corte Cost., sent. 19 febbraio 1965, n. 7.

sti, dopo la riforma del 1997 e, soprattutto, dopo quella del 2020, lo statuto può consistere, oltre che nella violazione dell'obbligo di astensione, esclusivamente nella violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, in quanto il legislatore ha voluto circoscrivere il sindacato dell'autorità giudiziaria penale, «salvo a verificare [...] se ed in che misura ciò sia concretamente possibile», come rimarcato dalla Corte di Cassazione[38].

Rivisitando, in modo corretto, anche alla luce della giurisprudenza di legittimità formatasi sull'art. 323 c.p. dopo la novella del 2020, la tesi espressa dalle Sezioni Unite della Cassazione nel 2013, si può dire che l'abuso dei poteri pubblici (c.d. abuso oggettivo) consiste «nella strumentalizzazione da parte del pubblico agente dei poteri a lui conferiti, nel senso che questi sono esercitati in modo distorto, vale a dire per uno scopo oggettivamente diverso da quello per cui sono stati conferiti e in violazione delle regole giuridiche di legalità, imparzialità e buon andamento dell'attività» pubblica, dando origine alle seguenti ipotesi: a) esercizio dei poteri fuori dei casi previsti dall'ordinamento giuridico; b) mancato esercizio di tali poteri quando sarebbe doveroso esercitarli per l'ordinamento giuridico; c) esercizio dei poteri in modo difforme da quello stabilito dall'ordinamento giuridico[39]; d) esercizio dei poteri in contrasto con l'obbligo di astensione derivante dalla compresenza di un interesse dell'agente o di un suo prossimo congiunto o negli altri casi normativamente previsti.

Da tutto ciò consegue che ogni qual volta il legislatore penale eleva ad elemento costitutivo o circostanziale di una fattispecie penale l'uso indebito dei poteri pubblici, l'interprete (tanto se autorità giudiziaria quanto se autorità legislativa o esponente della dottrina) non può che fare riferimento alla nozione di abuso di potere che si è appena enucleata per la corretta ricostruzione dell'elemento dell'esercizio antidoveroso della funzione pubblica o del servizio pubblico, che si inserisce nelle diverse ipotesi di reato, venendo arricchita

[38] Cass. pen., sez. VI, 18 novembre 2020, n. 8036.
[39] Cass. pen., S.U., 14 marzo 2014, n. 12228.

dagli altri elementi che strutturano ciascuna fattispecie in modo, ovviamente, differenziato e più grave (tranne l'ipotesi *ex* art. 328 c.p.) rispetto al reato di abuso d'ufficio, nel quale la condotta abusiva presenta la caratteristica di dover essere intenzionalmente causativa dell'ingiusto vantaggio patrimoniale o dell'ingiusto danno realizzati o mediante il mancato rispetto dell'obbligo di astensione; o mediante la violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità.

Il reato di abuso d'ufficio viene, in tal modo, ad assumere un ruolo sussidiario[40], residuale e complementare all'interno del sistema dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, in quanto serve a completare lo spettro delle condotte meritevoli di sanzione penale con il reprimere quelle condotte di abuso di potere pubblico caratterizzate da favoritismo patrimoniale o da discriminazione, non connotate dalle più gravi forme di affarismo, di locupletazione o di costrizione proprie, a seconda dei casi, del peculato, della concussione, della corruzione, dell'induzione indebita o della rivelazione e utilizzazione di segreti d'ufficio[41].

Sintetizzando quanto esposto nelle pagine precedenti a proposito dei casi giurisprudenziali sino ad ora intervenuti, filtrati, ovviamente, alla luce delle modifiche introdotte dal decreto "Semplificazioni", si può dire che è decisamente ampio lo spettro delle condotte illegittime dell'agente pubblico, intenzionalmente dirette a produrre ingiusti vantaggi patrimoniali per sé o per altri o danni ingiusti ad altri, che sono represse dalla fattispecie prevista dall'art. 323 c.p.

---

[40] Come da ultimo affermato da Cass. pen., sez. VI, 10 maggio 2023, n. 26225.

[41] 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?)*, cit., 3, ha osservato che «se la "valvola" dell'abuso d'ufficio non viene opportunamente stretta – conferendo alla fattispecie legale contorni definiti, compatibili con il principio di precisione […] – il rischio è che la suddetta «funzione repressiva di chiusura» trasmodi in panpenalizzazione; se però quella valvola risulta troppo stretta, il rischio è inverso e non meno preoccupante – in termini di impunità e di inefficacia preventiva dell'incriminazione», specie in un sistema come quello italiano dove la responsabilità disciplinare si rivela inefficace e poco utilizzata.

In tale spettro si possono ricomprendere:

A) l'esercizio illegittimo dei poteri pubblici per l'accesso all'impiego pubblico, per la gestione del personale, per il conferimento di incarichi a servizio della pubblica amministrazione, come nei casi:

– del Presidente della Giunta regionale che aveva determinato e concorso ad adottare la nomina di Tizio, su sollecitazione dell'Onorevole Caio, a direttore generale dell'Arpa regionale in difetto dello svolgimento di una procedura comparativa tra gli aspiranti, e quindi dell'indicazione delle ragioni per le quali il selezionato era stato preferito rispetto agli altri candidati, in violazione di quanto stabilito dall'art. 10, comma 2, l. reg. Sardegna n. 6 del 2006[42];

– del Sindaco che aveva fatto adottare una delibera di Giunta con la quale una lavoratrice contrattista era stata autorizzata a svolgere prestazioni aggiuntive di dodici ore settimanali, rispetto a quelle previste dal contratto di diritto privato stipulato con l'ente territoriale, pur in assenza dei presupposti di legge, che vietavano di procedere ad assunzioni sotto qualsivoglia forma, per esigenze di compatibilità finanziaria, secondo quanto previsto dalle norme del patto di stabilità, ai sensi dell'art. 242, comma 1 e 2, d.lgs. n. 267 del 2000 in relazione all'allegato B) del punto 6 del d.m. Interni 24 settembre 2009[43];

– di un pubblico ufficiale che aveva procurato illegittimamente assunzioni ad un pubblico impiego, essendo configurabile il profitto o il vantaggio ingiusto di natura patrimoniale nella attribuzione della posizione impiegatizia e nell'acquisizione del relativo status[44];

– del Preside di una Scuola che aveva nominato alle funzioni vicarie un Insegnante così da riconoscergli indebitamente l'indennità di funzione, violando la disposizione della normativa scolastica che

[42] Cass. pen., sez. III, 21 febbraio 2023, n. 17397.

[43] Cass. pen., sez. V, 2 ottobre 2020, n. 37517, dove sono state richiamate Cass. pen., sez. VI, 2 aprile 2015, n. 27816; Cass. pen., sez. VI, 2 giugno 2014, n. 38357; Cass. pen., sez. VI, 24 giugno 2014, n. 37373; Cass. pen., sez. III, 17 gennaio 2014, n. 10810.

[44] Cass. pen., sez. VI. 29 ottobre 2003, n. 44759; Cass. pen., sez. VI, 5 marzo 2014, n. 15158.

riservava l'attribuzione di tale incarico al Collegio dei Docenti mediante elezione[45];

– del Responsabile di un ufficio pubblico che ricorreva arbitrariamente e sistematicamente alla collaborazione di personale esterno, pur potendo far fronte alle esigenze istituzionali attraverso il personale interno, arrecando vantaggio al privato cui conferiva incarichi retribuiti[46].

B) l'esercizio illegittimo dei poteri pubblici per il conferimento di servizi, come nel caso:

– del Responsabile della Polizia municipale di un Comune, che aveva, in violazione di legge, affidato, con procedura diretta e senza alcuna preventiva determinazione della Giunta municipale (intervenuta solo successivamente) alla società X il servizio di misurazione elettronica della velocità media dei veicoli lungo la strada statale, in particolare, omettendo di inserire – sia nel contratto, sia nella determinazione – un bilancio preventivo degli ulteriori costi di servizio (consistenti nella tariffa prevista a favore della società fissata in 24,00 euro più 6,00 euro, oltre iva, per ciascun verbale contestato) che, in ragione della prevedibile generazione di un alto numero di verbali di contestazione, da sommare al costo del canone annuo di noleggio delle apparecchiature di 30.000 euro oltre iva, avrebbero reso necessario un bando di gara, in tal modo procurando alla predetta società un ingiusto vantaggio patrimoniale derivante dall'affidamento diretto dell'appalto, con conseguente danno per la pubblica amministrazione[47].

C) l'esercizio illegittimo dei poteri pubblici in materia urbanistica, come nei casi:

– di «rilascio di permessi di costruire illegittimi per 'inosservanza dell'art. 12 d.p.r. n. 380/2001, secondo il quale il permesso a costruire, quale atto non discrezionale, è rilasciato in conformità alle previsioni urbanistiche, ai regolamenti edilizi e alla disciplina urbanistica, che il Dirigente del Settore è tenuto a rispettare»[48];

[45] Cass. pen., sez. VI 22 settembre 2003, n. 41918.
[46] Cass. pen., sez. VI, 6 febbraio 2020, n. 7972.
[47] Cass. pen., sez. VI, 2 gennaio 2021, n. 8057.
[48] Cass. pen., sez. IV, 23 febbraio 2022, n. 13139.

– di «rilascio del titolo abilitativo in sanatoria per abusi edilizi ricadenti in aree a rischio alluvionale elevato, in violazione delle prescrizioni del piano di assetto idrogeologico (nella specie, in difetto del necessario parere del competente Ufficio tecnico comunale) [...], poiché gli strumenti di pianificazione in materia, ancorché costituiscano fonti subprimarie, sono attuativi dell'art. 67 d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, ed operano quali presupposti di fatto di tale norma di legge, che conferisce ad essi immediata portata precettiva»[49];

D) l'esercizio illegittimo di poteri pubblici per procurare ingiusti vantaggi patrimoniali a sé o ad altri, come nei casi:

– del Segretario del Seggio elettorale che, esercitando in modo legittimo le funzioni vicarie di Presidente, nel provvedere alla sostituzione di Scrutatore assente, aveva designato all'incarico un congiunto (nella specie, la sorella), allo scopo di procurargli un ingiusto vantaggio patrimoniale, in violazione della disposizione contenuta nell'art. 41, comma 2, d.p.r. 30 marzo 1957 n. 361 (t.u. per le elezioni comunali), che prevedeva che fossero chiamati, in sostituzione dello Scrutatore assente, alternativamente l'anziano e il più giovane tra gli elettori presenti muniti di certificato elettorale e di valido documento d'identità[50];

– del Direttore generale di una Asl che si attribuiva l'incremento stipendiale previsto dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 502 del 1995, sostituendosi alla Regione nella valutazione dei relativi presupposti[51];

– del Dirigente di una Asl che, in violazione dell'art. 8quater d.lgs. n. 502 del 1992, disponeva il pre-accreditamento di una struttura privata per l'effettuazione di prestazioni di alta specializzazione, non subordinato all'espressa accettazione della remunerazione secondo le tariffe regionali (come stabilito dall'art. 6, comma 6, l. n. 724 del 1994), con riconoscimento alla struttura privata di corrispettivi richiesti al di fuori di qualsiasi verifica di congruità[52];

---

[49] Cass. pen., sez. VI, 8 marzo 2022, n. 13148.
[50] Cass. pen., sez. VI, 6 dicembre 2006, n. 17980.
[51] Cass. pen., sez. VI, 6 febbraio 2006, n. 14043.
[52] Cass. pen., sez. VI, 17 gennaio 2012, n. 15948.

– del Sanitario che, facendo uso di beni di pertinenza pubblica (ivi compreso il suo stesso tempo di lavoro), percepiva privatamente un compenso dal paziente visitato, così esercitando abusivamente attività intramuraria in violazione della relativa disciplina[53];

– dei Componenti di una Commissione esaminatrice che realizzavano abusi in un concorso pubblico nella valutazione delle prove a favore di alcuni concorrenti, perseguendo direttamente, qualunque ne fosse il movente, il fine di assicurare a tali concorrenti gli indubbi vantaggi economici connessi all'assegnazione dei posti messi a concorso e, quindi, un ingiusto profitto[54];

– del Responsabile di un ufficio pubblico che ricorreva arbitrariamente e sistematicamente alla collaborazione di personale esterno, pur potendo far fronte alle esigenze istituzionali attraverso il personale interno, arrecando vantaggio al privato cui conferiva incarichi retribuiti[55].

E) l'esercizio illegittimo di poteri pubblici per procurare ad altri un danno ingiusto, come nei casi:

– del Sindaco che, per fini ritorsivi e discriminatori, non aveva rinnovato un soggetto nell'incarico di Responsabile dell'Area Vigilanza del Comune[56];

– del Sindaco che aveva disposto illegittimamente la requisizione dell'immobile di Tizio per consegnarlo a Caio, nei confronti del quale stava per essere eseguito uno sfratto per morosità, avendo il Sindaco l'obbligo di astenersi in presenza di un interesse proprio, in quanto legale della società con la quale Tizio aveva una controversia su quello stesso immobile[57];

– dell'Agente della Polizia penitenziaria che, nel corso di un litigio per motivi privati con una donna, aveva utilizzato abusivamente una paletta segnaletica della Polizia penitenziaria e aveva chiesto pretestuosamente i documenti di identità alle persone accorse a difesa della donna[58];

---

[53] Cass. pen., sez. VI, 22 gennaio 2003, n. 9949.
[54] Cass. pen., sez. VI, 14 gennaio 2005, n. 11417.
[55] Cass. pen., sez. VI, 6 febbraio 2020, n. 7972.
[56] Cass. pen., sez. I, 6 dicembre 2021, n. 2080.
[57] Cass. pen., sez. fer., 17 agosto 2021, n. 42640.
[58] Cass. pen., sez. V, 9 febbraio 1999, n. 3684.

– del Vigile urbano che, potendo procedere alla contestazione sul posto, aveva disposto l'accompagnamento nei propri uffici, senza che la persona intimata avesse rifiutato di dichiarare le proprie generalità così che non sussistevano ragioni per ritenere la falsità delle dichiarazioni rese, in violazione dell'art. 11 del d.l. n. 59 del 1978, convertito in l. n. 191 del 1978, provocando così un danno ingiusto, consistito in un'umiliante costrizione, percepita dalla vittima come conseguente ad un atteggiamento di vessazione del tutto inutile[59];

– del Rettore di un'Università che aveva opposto il diniego di far visionare, ad un candidato per la nomina a Direttore generale dell'Azienda Policlinico, la documentazione della selezione, così da avergli prodotto l'evento di danno ingiusto, consistito nella mancata consultazione della documentazione necessaria per l'esperimento di eventuali iniziative a tutela dei propri interessi, allo scopo di procurare ad altri un vantaggio non patrimoniale[60];

– del pubblico ufficiale che aveva emesso un ordine di servizio con cui revocava ogni incarico ad una dipendente, in modo indebito e come ritorsione per aver testimoniato contro di lui, determinandole oltre che un danno economico, consistente nella perdita dell'incremento dello straordinario, derivante dai turni di disponibilità, anche una perdita di prestigio nei confronti dei colleghi di lavoro[61];

– del Sindaco che, in violazione dell'art. 56 d.lgs. n. 29 del 1993, aveva adibito un dipendente allo svolgimento di mansioni inferiori, con modalità tali da aver posto in essere gli estremi del mobbing, arrecando così intenzionalmente a tale lavoratore un danno ingiusto, sostanziatosi nella sua dequalificazione professionale[62];

– del Sindaco che, per mero spirito di ritorsione, aveva revocato l'incarico di Dirigente di un Settore comunale, che conservava la natura pubblicistica della funzione svolta e dei poteri esercitati, tale da essere qualificato pubblico ufficiale ai sensi dell'art. 357 c.p.,

---

[59] Cass. pen., sez. VI, 4 febbraio 2003, n. 9970; Cass. pen., sez. VI, 19 maggio 2004, n. 28389.

[60] Cass. pen., sez. VI, 1 dicembre 2003, n. 729; Cass. pen., sez. VI, 1 dicembre 2003, n. 729.

[61] Cass. pen., sez. VI, 15 gennaio 2004, n. 4945.

[62] Cass. pen., sez. VI, 17 ottobre 2007, n. 40891.

anche dopo la privatizzazione del rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti[63];

– del Primario di un Ospedale che poneva in essere, in violazione del principio di una assidua e solerte collaborazione, enunciato dall'art. 13 dello statuto degli impiegati civili dello Stato, comportamenti di vessazione ed emarginazione dei Medici del reparto, che non assecondavano le proprie scelte volte a dirottare pazienti dell'Ospedale ad una clinica privata[64].

F) l'esercizio di poteri pubblici in violazione dell'obbligo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, come nei casi:

– dell'Amministratore comunale che, omettendo di astenersi in violazione dell'art. 279 t.u. n. 383 del 1934, partecipava alla deliberazione di approvazione di variante del piano regolatore, in presenza di «un interesse concreto [...] di un prossimo congiunto», in quanto, a seguito dell'approvazione della variante, divenivano edificabili alcuni terreni di proprietà del prossimo congiunto[65];

– «del Sindaco che, allo scopo di favorire un proprio parente, pur avendo ricevuto dai Vigili urbani un verbale di accertamento e denuncia di un'opera abusiva», ometteva «l'immediata adozione dell'ordinanza di sospensione dei lavori»[66];

– del «Medico in servizio presso una Asl, che, avendo visitato un paziente», lo indirizzava «verso un laboratorio medico non convenzionato, di cui era socio, per l'espletamento di un esame di laboratorio, non informando il paziente della possibilità di eseguire detto esame anche presso una struttura convenzionata», violando, in tal modo, «il dovere di astensione cui era tenuto»

[63] Cass. pen., sez. VI, 2 aprile 2009, n. 19135.

[64] Cass. pen., sez. V, 12 febbraio 1999, n. 3704, «(Fattispecie in cui il Direttore generale di un'Azienda ospedaliera conferiva incarico di responsabile del procedimento per l'esecuzione di lavori ingegneristici ad un soggetto esterno, anziché al tecnico di ruolo interno all'azienda il quale vantava un'aspettativa concreta a ricevere tale incarico, in ragione del ristrettissimo numero dei legittimi aspiranti e della circostanza che, in un momento successivo, quella funzione sarebbe stata assegnata proprio a lui)»; Cass. pen., sez. VI, 14 giugno 2012, n. 41215.

[65] Cass. pen., sez. VI, 23 settembre 1998, n. 2662.

[66] Cass. pen., sez. VI, 12 luglio 2002, n. 3380.

per il conflitto che si profilava in concreto «tra interessi pubblici e privati»[67];

– del Medico specialista di una struttura pubblica, che, per conseguire un vantaggio patrimoniale, indirizzava un paziente verso il proprio studio privato per eseguire un ulteriore esame specialistico, «in violazione del dovere di astensione» impostogli «dal codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni» e «dalla sussistenza in concreto di un conflitto patente tra interessi pubblici e privati», non avendo alcun rilievo neppure «l'impossibilità di eseguire detto esame nella struttura pubblica», in quanto era «possibile ricorrere ad altre e contigue strutture pubbliche, raggiungibili senza particolari disagi dai pazienti, attesa la prossimità territoriale»[68];

– del Medico di una Struttura sanitaria pubblica, che, nello svolgimento delle sue pubbliche funzioni, dopo aver visitato un paziente, nell'indicargli il possibile iter diagnostico-terapeutico, gli prospettava l'opportunità del ricovero presso una casa di cura privata dove egli stesso operava e, poi, procedeva «materialmente a porre in essere le operazioni e gli adempimenti burocratici necessari al trasferimento, violando in tal modo l'obbligo di astensione di cui all'art. 6 del d.m. 31 marzo 1994 in presenza di un interesse proprio e così, intenzionalmente procurandosi l'ingiusto vantaggio patrimoniale costituito da compensi connessi alla prestazione professionale privata»;

– del Sindaco che non impediva la violazione dell'obbligo di astensione di taluni dei componenti del Consiglio comunale, i quali avevano collaborato alla individuazione dei soggetti irregolarmente assunti alle dipendenze del Comune allorché questi ultimi erano prossimi congiunti dei primi[69];

– dell'Amministratore comunale che, in violazione dell'art. 279 del t.u. n. 383 del 1934, nel decidere due configgenti richieste di utilizzazione della piazza per propaganda elettorale, omettendo di astenersi, respingeva l'istanza del rappresentante della lista avversaria e successivamente autorizzava la propria lista[70];

---

[67] Cass. pen., sez. VI, 9 aprile 2001, n. 24066.

[68] Cass. pen., sez. VI, sent. 24 aprile 2008, n. 27936; Cass. pen., sez. VI, 24 settembre 2012, n. 40824.

[69] Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2002, n. 31895.

[70] Cass. pen., sez. VI, 19 novembre 2001, n. 43169.

– del Sindaco, che, avendo assunto la presidenza della seduta del Consiglio comunale che doveva esaminare, tra gli altri temi, la mozione presentata dai Consiglieri di minoranza volta a sollecitare la costituzione di parte civile del Comune nel processo nei confronti dello stesso Sindaco, aveva omesso di astenersi in presenza di un interesse proprio, così da arrivare a sospendere e poi sciogliere la seduta stessa, cagionando ai Consiglieri presentatori della mozione ed al Comune l'ingiusto danno consistito nell'impedire che il Consiglio comunale discutesse e si pronunciasse sulla anzidetta mozione ai fini della successiva costituzione di parte civile nel processo pendente nei confronti del Sindaco per i reati di maltrattamenti, violenza sessuale e concussione in danno di dipendenti del Comune stesso[71];

– del Direttore di un Ente-parco che aveva indebitamente conferito ad una donna, con la quale aveva uno stabile rapporto sentimentale, il posto di Istruttore direttivo tecnico messo a bando per mobilità interna, omettendo di astenersi in violazione degli artt. 6 *bis* l. n. 241 del 1990 e 7 d.p.r. n. 62 del 2013[72].

Dal punto di vista empirico, si deve osservare che, nonostante l'elevato tasso di criminalità nell'ambito della pubblica amministrazione in Italia, che si pone, alla fine del 2022, al 41° posto sulla classifica di 180 paesi di *Transparency International*, assai difficilmente all'organo requirente giungono notizie di reato che rappresentino un fatto determinato e non inverosimile, riconducibile *prima facie* ad una delle ipotesi dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione più gravi dell'art. 323 c.p.

Questo avviene: – il più delle volte, perché il privato denunciante sospetta semplicemente di essere in presenza di una deci-

[71] Cass. pen., sez. fer., 25 agosto 2020, n. 32174.

[72] Come affermato da Cass. pen., sez. VI, 10 maggio 2023, n. 26225, «nell'ambito della fattispecie di abuso di ufficio, infatti, sono ricomprese, ricorrendo i presupposti indicati in tale disposizione (ossia, la violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero la mancata astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti), le condotte poste in essere dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio che, nella predisposizione e nello svolgimento» di procedure relative all'assunzione o alla mobilità di personale della pubblica amministrazione, «abbia intenzionalmente procurato un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arrecato ad altri un danno ingiusto».

sione presa dall'Agente pubblico in violazione del regime giuridico che regola la concreta situazione di fatto alla quale è interessato e crede di essere vittima o di un favoritismo verso altri o di una discriminazione nei suoi confronti, ma ignora che tale scelta sia il frutto di accordi corruttivi o di cointeressenze economiche dell'agente pubblico; – altre volte perché la Polizia giudiziaria, autrice del rapporto informativo introduttivo, non è riuscita a raccogliere gli elementi di prova idonei a suffragare l'ipotesi che la condotta illecita assunta dall'agente pubblico in modo da avvantaggiare economicamente un privato sia la conseguenza di una accordo illecito di corruzione o di induzione indebita concluso dall'agente pubblico con il privato, che, a sua volta, essendo punibile, non ha alcun interesse a fornire informazioni che lo farebbero incriminare.

Stando così le cose, a partire dalla riforma del 1990, che volutamente assegnò alla fattispecie di cui all'art. 323 c.p. un ruolo centrale all'interno dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, e sino ad oggi, le notizie di reato inerenti a comportamenti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contestati come illegittimi e produttivi di ingiusti vantaggi o di ingiusti danni, vengono, per lo più, iscritte nel registro delle notizie di reato *ex* art. 335 c.p.p. inizialmente ai sensi dell'art. 323 c.p., in attesa degli ulteriori sviluppi delle indagini preliminari, che possono eventualmente portare all'acquisizione degli elementi di prova delle altre e più gravi fattispecie di reato concernenti pur sempre forme di abuso dei poteri pubblici.

Nonostante la posizione residuale ricoperta nel diritto penale in conseguenza della novella del 2020, che ha strozzato la fattispecie prevista dall'art. 323 c.p. sino a renderla, secondo alcuni, "un'arma spuntata" per «perseguire condotte di abuso e strumentalizzazione del potere pubblico a fini privati»[73], si può, ugualmente, affermare che tale reato, per i suoi elementi strutturali, soprattutto per quello della violazione dell'obbligo di astensione, svolge ancora adesso, nell'ambito dell'apparato giudiziario

[73] Gatta, *L'annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: tra paura della "firma", esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, cit., 5.

preposto alla repressione dei reati dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio, la funzione ausiliaria, ma molto importante, di consentire l'iniziale iscrizione nell'apposito registro previsto dall'art. 335 c.p.p. (da cui discendono conseguenze di estrema importanza per il corretto sviluppo delle indagini preliminari a garanzia della posizione dell'accusato) della notizia di reato contenente la rappresentazione di un fatto, determinato e non inverosimile, assunto da un agente pubblico nell'esercizio illegittimo della funzione o del servizio, di cui è titolare, in modo da realizzare un evento ingiusto, che appare, inizialmente, riconducibile in ipotesi solo alla fattispecie incriminatrice dell'abuso d'ufficio a causa dell'assenza degli ulteriori e più gravi elementi propri delle altre ipotesi di reato, più similari, comportanti l'abuso dei poteri pubblici o di tipo appropriativo *ex* art. 314 c.p.; o di tipo costrittivo *ex* art. 317 c.p.; o di tipo corruttivo *ex* artt. 318 ss. c.p.; o di tipo induttivo *ex* art. 319 *quater* c.p.

3. *Le iniziative per comprimere o abrogare il reato di abuso d'ufficio intraprese nel corso della XIX legislatura*

Le semplici osservazioni sin qui svolte sull'importanza della figura di reato dell'abuso d'ufficio per la corretta repressione dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione dovrebbero far comprendere che nella società italiana attraversata da fenomeni diffusi di "corruttela" e di "malgoverno", intrecciati spesso alla radicata criminalità organizzata di stampo mafioso, che tende a infiltrarsi nelle Istituzioni del Paese, sia, quanto meno, distonico avanzare proposte di ulteriore restringimento o addirittura di abrogazione *tout court* del reato di abuso di ufficio, sul rilievo, abbastanza semplicistico, che esso intralcerebbe l'azione amministrativa, perché susciterebbe apprensioni e timori tra i pubblici amministratori di essere incautamente sottoposti dall'autorità giudiziaria penale ad indagini, talora ampiamente pubblicizzate sui mass media, che, poi, si andrebbero a concludere, nella maggior parte dei casi, con una assoluzione, che non

riparerebbe i danni provocati alla carriera professionale o politica degli inquisiti[74].

A tal proposito si richiamano le proposte di legge presentate nel corso della XIX legislatura alla Camera dei Deputati: dall'On. Rossello (F.I.) AC 399 e dall'On. Pittalis (F.I.) AC 645 per la secca abrogazione del reato; dall'On. Costa (Azione) AC 654 per la depenalizzazione del reato in questione con trasformazione del fatto contemplato in illecito amministrativo con sanzione pecuniaria da 1000 a 15.000 euro, aumentabile nei casi di vantaggio o di danno prodotti dall'illecito di particolare rilevanza; dall'On. Pella (F.I.) AC 716, per riscrivere l'art. 323 c.p. nei seguenti termini: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero consapevolmente omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, arreca direttamente ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni. – La pena è aumentata nei casi in cui il danno direttamente causato ha un carattere di rilevante gravità».

La secca abrogazione dell'art. 323 c.p. (con la conseguente eliminazione di ogni riferimento a tale articolo in altre norme, come ad es. l'art. 322 *bis* c.p.) è stata ripresa, pure, dall'art. 1 lett. b) del disegno di legge n. 808 presentato il 19 luglio 2023 dal Ministro della Giustizia Nordio e dal Ministro della Difesa Crosetto, dopo la deliberazione del 15 giugno 2023 del Consiglio dei Ministri del I Governo Meloni.

L'iniziativa di abrogare il reato di abuso d'ufficio è stata giustificata nella relazione illustrativa, fondamentalmente, con l'esigenza di risolvere la sproporzione esistente tra il ridotto numero di condanne emesse e l'elevato numero di procedimenti penali aperti per

[74] Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit., 12 ss., che ha suggerito di far ricorso alla formulazione di specifici illeciti amministrativi per reprimere i fatti ricompresi nell'alveo dell'art. 323 c.p.; B. Romano, *Il "nuovo" abuso d'ufficio e l'*abolitio criminis *parziale*, in *Pen. dir. e proc.*, 2021, 1 ss.

tale reato, riportando dati statistici parziali ed incompleti, in quanto si citano, per il 2021, 18 condanne in primo grado, 9 condanne davanti al Gup e 35 sentenze di patteggiamento, a fronte di 4.745 iscrizioni, delle quali 4.121 definite con archiviazione; e per il 2022, 3.938 procedimenti aperti, dei quali 3.536 definiti con archiviazione, mancando, però, alla rilevazione ministeriale, inspiegabilmente, sei uffici.

Per i Ministri presentatori tale sproporzione sarebbe «una anomalia che ha portato alla scelta proposta con il […] disegno di legge», in modo da recuperare «risorse al sistema, non impegnando inutilmente l'apparato giudiziario e sollevando l'azione amministrativa ed il singolo indagato dalle ricadute negative derivanti da iscrizioni che risultano non rientrare in alcuna categoria di illecito penale».

Ad avviso dei Ministri, l'abrogazione proposta non determinerebbe vuoti di tutela sia perché «il sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione resta, comunque, un apparato repressivo estremamente articolato», rafforzato dalla circostanza che «l'intera gamma dei reati comuni è punita più gravemente se essi sono posti in essere con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla pubblica funzione o al pubblico servizio»; sia perché l'ordinamento italiano da diversi anni prevede un'ampia disciplina «in funzione di prevenzione delle *malpractice* nel settore pubblico», come i piani anti-corruzione e l'alta vigilanza «di una Agenzia indipendente», ai quali si aggiungono le previsioni introdotte dal d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24, che ha dato attuazione alla direttiva europea 2019/1937, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione o delle disposizioni normative nazionali.

Per i Ministri proponenti, quindi, «l'insieme organico dei rimedi preventivi anche in sede di controllo amministrativo, e repressivi, di natura penalistica, disciplinare, contabile ed erariale» consentirebbe «di assicurare una completa tutela degli interessi pubblici, senza arretramenti» anche con l'abrogazione della fattispecie di cui all'art. 323 c.p., ferma restando «la possibilità di valutare in prospettiva futuri specifici interventi additivi volti a sanzionare, con formulazioni circoscritte e precise, condotte meritevoli di pena in forza di eventuali indicazioni di matrice euro-unitaria che dovessero sopravvenire».

In proposito, non si può fare a meno di rimarcare che le iniziative tese all'abrogazione o all'ulteriore compressione del reato in questione, creano un pericoloso vuoto nella tutela della pubblica amministrazione in riferimento a tutte quelle condotte illecite, di indubbia gravità sociale, che si sono illustrate nel paragrafo precedente, che al momento sono, correttamente e giustamente, represse dall'art. 323 c.p.[75], ma che poi, con l'abrogazione o l'ulteriore restringimento dell'area di quella fattispecie, non verrebbero più sanzionate penalmente, non potendo rientrare nel campo d'azione di altre fattispecie penali, se non con azzardate, e per questo non auspicabili, interpretazioni[76].

Operando in tal modo, il legislatore attenuerebbe di molto il controllo di legalità dell'autorità giudiziaria penale sull'azione della pubblica amministrazione, con il precluderle di verificare se l'esercizio dei poteri pubblici sia stato intenzionalmente indirizzato, al di fuori della legalità, a indebitamente favorire patrimonialmente qualcuno o a danneggiare ingiustamente qualcun altro, così da rendere più debole quella tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei cittadini nei confronti degli atti arbitrari commessi con abuso di potere da parte degli agenti pubblici, che è una funzione propria del potere giudiziario all'interno dello Stato di democrazia liberale[77].

---

[75] Gatta, *Concorsi pubblici "turbati": per la Cassazione è configurabile l'abuso d'ufficio ma non la turbativa d'asta: un esemplare caso di vuoti di tutela che si prospetta con l'abrogazione dell'art. 323 c.p.*, in *Sist. pen.*, 2023, luglio 2023, che, nel commentare Cass. pen., 10 maggio 2023, n. 26225, ha messo in rilievo che l'abrogazione dell'art. 323 c.p. produrrebbe la non punibilità degli abusi commessi truccando un concorso pubblico per la selezione del personale.

[76] Gambardella, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel "disegno di legge Nordio"*, in *Sist. pen.*, 26 settembre 2023, ha osservato che «se si abroga l'art. 323 c.p., almeno una parte dello spazio occupato dall'abuso d'ufficio sarà coperto da altre incriminazioni, talvolta maggiormente sanzionate, le quali vedranno espandere il loro campo d'azione: si pensi all'omissione di atti d'ufficio (art. 328 c.p.), al peculato per distrazione (art. 314 c.p.), alla turbata libertà delle gare e del procedimento di scelta del contraente (artt. 353 e 353-*bis* c.p.)». L'attento autore ha, pure, messo in risalto che «La paventata abrogazione dell'abuso d'ufficio inficia infatti il microsistema corruttivo, lo depotenzia, perché tale delitto fa parte a pieno titolo del sottosistema in questione; è, come dire, l'avamposto (insieme al traffico di influenze illecite), il delitto-spia, delle figure di corruzione in senso stretto (è collegato direttamente agli artt. 318 e 319 c.p.)».

[77] Gambardella, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel "disegno di legge Nordio"*, cit., ha osservato che «il controllo del Giudice penale sulla legalità dell'agire della pubblica amministrazione origi-

Oltretutto, l'indirizzo politico espresso con tali iniziative di legge non trova neppure alcuna giustificazione nei dati statistici sull'applicazione giudiziaria dell'art. 323 c.p. (riportati nel capitolo VI).

Tali dati, infatti, per il 2021 denotano: – per un verso, il numero di circa 4745 denunce presentate per abuso d'ufficio, che è assolutamente proporzionato al numero dei dipendenti pubblici (circa 3.500.000) e al numero di potenziali utenti della pubblica amministrazione presenti in Italia (ossia circa 59 milioni di abitanti)[78], così da aversi un'incidenza di denunce pari allo 0,10% dei dipendenti, tale da non poter giustificare atteggiamenti di paura da parte dei dipendenti onesti; – per l'altro verso, un utilizzo molto cauto della fattispecie penale da parte della magistratura ordinaria, sia requirente, che ha presentato richiesta di archiviazione in otto casi su dieci, sia giudicante, che ha pronunciato complessivamente solo 62 condanne e 256 proscioglimenti[79].

E si noti che tali dati statistici, a differenza di quanto fatto dai Ministri proponenti Nordio e Crosetto, devono essere aggiornati alla luce degli effetti prodotti dall'entrata in vigore dell'art. 15, comma 1, lett. a) n. 1, del d.lgs. n. 150 del 2022, che ha modificato l'art. 335 c.p.p. nel senso di imporre al Pubblico ministero l'iscrizione immediata nell'apposito registro esclusivamente della notizia di reato, che gli perviene o che ha acquisito di propria iniziativa, che contenga «la rappresentazione di un fatto determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice». È evidente che i

---

na 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 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 cittadino». Similmente anche Pelissero, *Sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio e di riformulazione del traffico d'influenze illecite*, in *Sist. pen.*, 18 settembre 2023.

[78] Romanelli, *L'insostenibile leggerezza della paura (della firma)*, in *Sist. pen.*, 2023, 2, 55, che ha definito «priva di qualunque fondamento sostanziale» l'affermazione che la paura "della firma" derivi dall'esistenza del reato di abuso d'ufficio.

[79] Garofoli, *La annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: le preoccupazioni dei Sindaci tra PNRR e rilancio della macchina dello Stato*, cit., 5.

più severi criteri di iscrizione introdotti dalla c.d. riforma Cartabia, inevitabilmente, si riverberano in senso decisamente più restrittivo sul regime delle iscrizioni delle notizie di reato inquadrabili nella fattispecie di abuso d'ufficio *ex* art. 323 c.p., come ridefinito dal decreto "Semplificazioni".

Si deve, inoltre, osservare che le proposte di legge suddette ed il disegno di legge Nordio/Crosetto sono, palesemente, in contrasto, *ex* art. 117 Cost., con gli obblighi internazionali già assunti dallo Stato italiano a seguito della sottoscrizione della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata a Medina dall'Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003, resa esecutiva con la l. n. 116 del 2009.

Partendo dall'assunto che la corruzione costituisce una minaccia «per la stabilità e la sicurezza delle società, minando le istituzioni ed i valori democratici, i valori etici e la giustizia e compromettendo lo sviluppo sostenibile e lo stato di diritto», anche per i nessi esistenti tra la corruzione ed «altre forme di criminalità, in particolare la criminalità organizzata e la criminalità economica, compreso il riciclaggio di denaro», la Convenzione obbliga le parti:

– ad adottare le misure legislative e le altre misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale alla corruzione, alla sottrazione, all'appropriazione indebita od altro uso di beni da parte di un pubblico ufficiale, all'arricchimento illecito di un pubblico ufficiale e al riciclaggio dei proventi del crimine;

– ad esaminare l'adozione di misure legislative o altre misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale ad altri comportamenti, tra i quali l'abuso d'ufficio, il millantato credito, la corruzione nel settore privato, la sottrazione di beni nel settore privato, la ricettazione di beni provenienti da uno dei reati previsti nella Convenzione.

Nello specifico, l'art. 13 della Convenzione, intitolato "Abuso d'ufficio", impone a ciascuno Stato Parte di esaminare «l'adozione delle misure legislative e delle altre misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale, quando l'atto è stato commesso intenzionalmente, al fatto per un pubblico ufficiale di abusare delle proprie funzioni o della sua posizione, ossia di compiere o di astenersi dal compiere, nell'eser-

cizio delle proprie funzioni, un atto in violazione delle leggi al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un'altra persona o entità»[80]. Come già detto nel capitolo VI, l'interpretazione sistematica della Convenzione permette di sostenere che la condotta definita come "abuso d'ufficio" andrebbe repressa dallo Stato parte in quanto manifestazione di degenerazione affaristica della funzione pubblica esercitata o della posizione pubblica rivestita dal pubblico ufficiale.

Ebbene, come si è già evidenziato nel medesimo capitolo, nella legge n. 116 del 2009 di ratifica ed esecuzione della Convenzione dell'ONU contro la corruzione non venne inserita alcuna norma in materia di "abuso d'ufficio", non perché non si volesse reprimere l'abuso d'ufficio, ma perché il codice penale già prevedeva l'art. 323 c.p., che, anche nella formulazione della l. n. 234 del 1997, vigente al momento dell'entrata in vigore della legge di ratifica, presentava un contenuto che sostanzialmente ricalcava l'orientamento espresso dalla Convenzione.

È, pertanto, abbastanza palese che l'eventuale abrogazione o modifica dell'art. 323 c.p. in senso non conforme alla Convenzione suddetta che, all'opposto, contiene l'invito agli Stati aderenti a prevedere tale fatto di reato nella formulazione indicata, non solo comporterebbe profili di responsabilità dello Stato italiano verso l'ONU per il sopravvenuto mancato rispetto dell'importante Convenzione a suo tempo sottoscritta; non solo susciterebbe inevitabilmente nella comunità internazionale riflessi negativi sulla credibilità dell'Italia nella lotta alla corruzione; ma determinerebbe anche il sorgere di una questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., nella parte in cui stabilisce che la potestà legislativa dello Stato deve essere esercitata nel rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali assunti dallo Stato stesso.

Si deve, infatti, ricordare che da tempo la Corte Costituzionale ha statuito che l'art. 117, comma 1, Cost. comporta l'obbligo per il legislatore ordinario di rispettare le norme contenute negli accordi internazionali, resi esecutivi con la legge ordinaria di adattamento,

[80] Gatta, *L'annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: tra paura della "firma", esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, cit., 6 ss. Così pure Cupelli, *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, 23 gennaio 2023, 2; Romanelli, *L'insostenibile leggerezza della paura (della firma)*, cit., 55 ss.

con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con gli obblighi internazionali richiamati dall'art. 117, comma 1, Cost. viola per ciò stesso il parametro costituzionale costituito proprio da tale articolo, che contempla una forma di rinvio mobile «alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata "norma interposta"…». Da ciò conseguono due fondamentali corollari: I) che al Giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme; II) che qualora il Giudice o non riesca a raggiungere un'interpretazione della norma nazionale conforme a quella internazionale oppure abbia dubbi sulla compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale "interposta", egli ha l'obbligo di investire la Corte Costituzionale della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, comma 1, Cost.[81].

È, allora, evidente che, qualora il legislatore italiano decidesse o la riformulazione del reato di abuso d'ufficio in modo ancor più restrittivo e difforme dall'art. 13 della Convenzione o addirittura la totale abrogazione del reato stesso, la norma di legge statale eventualmente adottata violerebbe l'obbligo internazionale assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione della Convenzione di Medina, e reso esecutivo con la legge di adattamento del 2009, perché andrebbe contro all'invito espressamente contenuto nell'art. 13 della Convenzione ad esaminare l'adozione di una misura di legge diretta a reprimere come reato il comportamento intenzionale del pubblico ufficiale «di abusare delle proprie funzioni o della sua posizione», compiendo o astenendosi dal compiere, «nell'esercizio delle proprie funzioni, un atto in violazione delle leggi» allo scopo «di ottenere un

[81] Corte Cost., sent. 22 ottobre 2007, n. 349, con la quale stabilì che «l'art. 5 *bis*, comma 7 *bis*, del decreto-legge n. 333 del 1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359 del 1992, introdotto dall'art. 3, comma 65, della legge n. 662 del 1996, non prevedendo un ristoro integrale del danno subito per effetto dell'occupazione acquisitiva da parte della pubblica amministrazione, corrispondente al valore di mercato del bene occupato, è in contrasto con gli obblighi internazionali sanciti dall'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU e per ciò stesso viola l'art. 117, primo comma, della Costituzione».

indebito vantaggio per sé o per un'altra persona o entità», con l'effetto che tale norma di legge statale violerebbe l'art. 117, comma 1, Cost. che invece impone al legislatore l'obbligo di rispettare le norme contenute in accordi internazionali.

Parimenti si deve rimarcare che le proposte ed il disegno di legge in questione si pongono in irrimediabile contrasto pure con la proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio europeo sulla lotta contro la corruzione presentata il 3 maggio 2023, che sostituisce la decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio e la convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari della Comunità europea o degli Stati membri dell'Unione europea, e che modifica la Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio europeo, tutti atti comunitari ai quali lo Stato italiano si è già da tempo adeguato.

Come scritto nel preambolo, la proposta di Direttiva, partendo dal presupposto che «la corruzione è ancora un grave problema a livello dell'Unione in quanto minaccia la stabilità e la sicurezza delle società, fra l'altro favorendo la criminalità organizzata e altre forme gravi di criminalità», arrivando a minare «le istituzioni democratiche e i valori universali su cui si fonda l'Unione, in particolare lo Stato di diritto, la democrazia, l'uguaglianza e la tutela dei diritti fondamentali», mira a contrastare la corruzione mediante il diritto penale, «consentendo una migliore cooperazione transfrontaliera tra le autorità competenti», secondo la linea tracciata dalla Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione del 2003, definita nella stessa proposta «il più esaustivo strumento giuridico internazionale» in materia.

In quest'ottica la proposta di Direttiva reputa necessario, tra l'altro, «definire il reato di abuso di ufficio nel settore pubblico come omissione di un atto da parte di un funzionario pubblico, in violazione della legge, al fine di ottenere un indebito vantaggio», con l'aggiunta che «per combattere in modo globale la corruzione», sarebbe corretto anche contemplare l'abuso d'ufficio nel settore privato.

La proposta di Direttiva, perciò, all'art. 11, intitolato "Abuso d'ufficio", in parte correggendo quanto detto nel preambolo, stabilisce che «gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché sia

punibile come reato la condotta seguente, se intenzionale: 1) l'esecuzione o l'omissione di un atto, in violazione delle leggi, da parte di un funzionario pubblico nell'esercizio delle sue funzioni al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo; 2) l'esecuzione o l'omissione di un atto, in violazione di un dovere, da parte di una persona che svolge a qualsiasi titolo funzioni direttive o lavorative per un'entità del settore privato nell'ambito di attività ed economiche, finanziarie, imprenditoriali o commerciali al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo», prevedendosi, *ex* art. 15, che tali fatti di reato «siano punibili con una pena detentiva massima non inferiore a cinque anni»[82].

Si noti che gli stessi Ministri proponenti, nella relazione di presentazione del disegno di legge n. 808, si sono mostrati chiaramente consapevoli del fatto che l'eventuale abrogazione dell'art. 323 c.p. dovrà essere riesaminata in caso di approvazione della proposta di Direttiva, nella parte in cui hanno previsto «la possibilità di valutare in prospettiva futuri specifici interventi additivi volti a sanzionare, con formulazioni circoscritte e precise, condotte meritevoli di pena in forza di eventuali indicazioni di matrice euro-unitaria che dovessero sopravvenire», ben conoscendo l'art. 11 di tale proposta e quindi ben sapendo che in tutti gli Stati membri dell'Unione europea è previsto, sia pure con diversità di sfumature, il reato di abuso d'ufficio, circostanza che rende ancor più fragili gli argomenti sbandierati dai Ministri proponenti l'abrogazione di quel reato, che farebbe diventare lo Stato italiano un *unicum* nell'Unione sul delicatissimo tema della lotta contro la corruzione[83].

A fronte di tali chiari ed inequivocabili indirizzi internazionali e comunitari espressi in tema di lotta alla corruzione anche mediante la re-

---

[82] Gatta, *L'annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: tra paura della "firma", esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, cit., 6 ss.

[83] Gambardella, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel "disegno di legge Nordio"*, cit., ha rilevato giustamente «Si scrive nella Relazione che vi potranno essere in prospettiva interventi additivi per spinte eurounitarie "sopravvenute", ma attraverso una previsione criminosa formulata in modo più preciso e circoscritto. Non si tiene, tuttavia, in considerazione il "costo" giuridico di tale operazione: la reintroduzione di una nuova figura di abuso d'ufficio varrebbe solo per il futuro, creando così una frattura con la fattispecie abrogata di cui all'art. 323 c.p., le cui sentenze di condanna definitive sarebbero comunque revocate».

pressione delle condotte qualificabili come abuso d'ufficio, che, ai sensi dell'art. 117 Cost., si pongono come vincoli insuperabili alla potestà legislativa dello Stato (oltreché delle Regioni), sarebbe molto più costruttivo per la tutela dei cittadini dagli arbitrii del potere pubblico che l'attuale maggioranza del I Governo Meloni, invece di presentare l'escamotage del disegno di legge Nordio/Crosetto per assecondare atteggiamenti di deresponsabilizzazione degli amministratori pubblici con l'attenuare le forme giudiziarie penali di contrasto alle loro condotte indebite di favoritismo economico o di prevaricazione, spesso propedeutiche alla commissione di reati più gravi contro la pubblica amministrazione, si impegnasse, invece, nella migliore definizione normativa dei poteri esercitabili dagli agenti pubblici.

Con molta perspicacia, Padovani ha evidenziato che «la prima, e più efficace difesa dell'amministratore e del politico» dovrebbe consistere nella formulazione nitida e precisa delle norme che disciplinano le loro attività pubbliche, che costituirebbero «un argine naturale e un percorso meno ondivago e periclitante» per le indagini penali, apparendo abbastanza chiaro che l'invadenza «attribuita alle Procure scaturisce [...] dalla facilità con cui ogni scelta amministrativa di qualche rilievo può essere attaccata, censurata e investita dal sospetto di favoritismo, prevaricazione o indebito profitto», a causa del «sommo disordine che caratterizza il nostro sistema amministrativo, nel tumultuoso accavallarsi delle competenze, nel viluppo inestricabile delle procedure, nell'aleatorietà degli strumenti normativi, della formidabile carenza di efficaci controlli interni»[84].

[84] Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 15, che, per la riforma del vigente art. 323 c.p., ha suggerito il recupero del progetto elaborato nel 1996 dalla Commissione Morbidelli, che prevedeva le tre fattispecie dell'abuso di vantaggio patrimoniale ad altri o per favoritismo; dell'abuso di danno o per prevaricazione; dell'abuso di vantaggio patrimoniale per il funzionario pubblico o per sfruttamento privato dell'ufficio, contemplando, pure, una causa di non punibilità in presenza o di fatti commessi nell'esclusivo interesse della pubblica amministrazione o di danno patrimoniale, pubblico o privato, non superiore ad un certo ammontare. Così pure Gatta, *L'annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: tra paura della "firma", esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, cit., 9, che ha, inoltre, proposto di modificare l'art. 323 c.p. vigente sul modello dell'art. 432 del codice penale francese sulla *prise illegale d'interets*, in quanto «il conflitto di interessi rappresenta il nucleo del disvalore delle condotte oggi riconducibili

Si deve, perciò, ricordare che la finalità perseguita dall'art. 323 c.p. è, fondamentalmente, reprimere le forme intenzionali di indebito favoritismo economico o di ingiustificata discriminazione, che non presentano una più accentuata carica criminale, ma che, comunque, ledono in modo grave i valori costituzionali della legalità, del buon andamento della imparzialità della pubblica amministrazione e del dovere di adempiere le funzioni pubbliche con disciplina e onore.

Come insegna l'esperienza quotidiana nelle aule di giustizia, in diverse zone del territorio italiano si assiste, purtroppo, a deprecabili casi di collateralismo politico-economico tra amministratori pubblici e soggetti imprenditoriali, anche di tipo cooperativistico, per la realizzazione di costose opere pubbliche o di onerosi servizi pubblici, talora anche con l'intervento della criminalità organizzata di stampo mafioso; oppure si rilevano odiose manifestazioni di discriminazioni di vario tipo nei confronti degli utenti o per mero astio o per creare una sudditanza prodromica a successive richieste di indebiti compensi in favore dello stesso amministratore o di soggetti a lui vicini.

Per assicurare, allora, una efficace repressione della criminalità nell'ambito della pubblica amministrazione, anche attraverso la previsione di una fattispecie che funzioni come valvola per l'avvio delle indagini in presenza di una notizia di reato che contenga la rappresentazione di un fatto determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi ad una fattispecie incriminatrice per abuso del potere pubblico, sembra ancora indispensabile che il sistema penale italiano contempli almeno la figura di reato dell'abuso d'ufficio, secondo la linea tracciata a livello mondiale dalla Convenzione dell'ONU contro la corruzione e riaffermata dal Parlamento e dal Consiglio europei.

E per evitare inutili allarmismi, si tenga ben presente che, anche se non del tutto rispettoso delle indicazioni fornite in proposito dalla Convenzione di Medina, l'art. 323 c.p., come riformulato nel 2020, disegna il fatto di reato in modo accentuatamente tipicizzato proprio allo scopo di preservare la posizione del pub-

---

all'abuso d'ufficio; un nucleo del quale […] non può ragionevolmente farsi a meno, come gli obblighi assunti dal Paese sul piano internazionale confermano».

blico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio dal rischio di essere sottoposto incautamente al sindacato dell'autorità giudiziaria penale.

Questa, difatti, attualmente, può intervenire, esclusivamente, in presenza di una condotta specificamente illegittima ed intenzionalmente idonea a produrre un ingiusto vantaggio patrimoniale o un danno ingiusto, senza poter utilizzare strumenti di indagine o di prevenzione particolarmente invasivi, come le intercettazioni telefoniche, la misura cautelare personale carceraria, il sequestro preventivo per equivalente del profitto del reato (*ex* art. 322 *ter* c.p.), così che oggi risultano abbastanza infondate le paure degli amministratori pubblici onesti di essere ingiustamente inquisiti da parte di Pubblici ministeri e Giudici… ovviamente, purché Pubblici ministeri e Giudici siano sempre e solo gli imparziali interpreti della legge costituzionalmente conforme.

Indice bibliografico

Acquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, Einaudi, 1965.

Adamo, *La prerogativa dell'insindacabilità parlamentare* ex *art. 68 Cost., come causa soggettiva di esclusione della punibilità*, in *Riv. AIC*, 2010, 1, 1 ss.

Alberico, *Le vecchie insidie del nuovo abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, 2021, 4, 5 ss.

Allegretti, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996.

Amato, *Abuso d'ufficio. Meno azioni punibili*, in *Guida dir.*, 8 agosto 2020.

Amato, *In base al "nuovo" abuso di ufficio scatta il reato contro la p.a. con sviamento di potere*, in *Guida dir.*, 2021, 5, 95 ss.

Amato, *Non sussiste irrilevanza penale se il potere discrezionale è distorto*, in *Guida dir.*, 2021, 49-50, 96 ss.

Ambrosi, *I Consiglieri regionali*, in Aa.Vv., *Immunità politiche e giustizia penale*, a cura di Orlandi, Pugiotto, Torino, Giappichelli, 2005.

Angiolini, *Giurisdizione (riserva di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, Utet, 1991.

Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di Conti, Milano, Giuffrè, 2003, 131 ss.

Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale II*, a cura di Conti, Milano, Giuffrè, 2016.

Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale II*, a cura di Rossi, Milano, Giuffrè-Lefebre, 2022.

Aprile, *Una riforma in controtendenza: l'abuso d'ufficio "depotenziato"*, in Fidelbo, *Il contrasto ai fenomeni corruttivi. Dalla spazzacorrotti alla riforma dell'abuso d'ufficio*, Torino, Giappichelli, 2020

Arcidiacono, *Diritto costituzionale*, Milano, Cedam, 2021.
Arena, *L'insindacabilità delle opinioni rese dal Parlamentare. (Minime riflessioni a partire dalla lettura della sent. n. 59 del 2018)*, in *Riv. AIC*, 2018, 3, 27 ss.
Armenante, *I nuovi modelli dell'organizzazione e dell'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2022.
Balladore Pallieri, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1972.
Baraggia, *Il Pubblico ministero francese in cerca di identità tra riforme costituzionali e moniti sovranazionali*, in *Riv. AIC*, 2014, 4, 1 ss.
Barile, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, in *Scritti in memoria di A. Bozzi*, Padova, Cedam, 1992.
Barile, Cheli, Grassi, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, Cedam, 2018.
Barbera, Fusaro, *Corso di diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2022.
Barletta, Cappellini, *Il sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell'agire pubblico*, in *La legislazione penale.eu*, 18 giugno 2021, 1 ss.
Bartole, *Il potere giudiziario*, in Amato, Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Mulino, 1991.
Bartole, *La legittimazione del P.m. al conflitto di attribuzione: troppo rumore per nulla?*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, 12, 1409 ss.
Bartole, Bin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008.
Bartoli, Pelissero, Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, Giappichelli, 2021.
Basile, Capaldo, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1996.
Bassi, *La corruzione*, in Aa.Vv., *I nuovi reati contro la p.a. Questioni processuali e sostanziali*, Milano, Giuffrè, 2020.
Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968.
Bettiol, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 1982.
Bevilacqua, *I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, II, Padova, Cedam, 2003.
Benussi, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, Padova, Cedam, 1998.
Benussi, *Art. 323*, in *Codice penale commentato*, a cura di Dolcini, Gatta, Milano, Ipsoa, 2021.
Bin, Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2022.
Biscaretti di Ruffia, *Diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 1977.

Bortolotto, *Ministero pubblico (materia penale)*, in *Dig. it.*, XV, Torino, Utet, 1904-1911.

Boscarelli, *Compendio di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1994.

Bosco, *L'appello del Pubblico ministero*, Roma, Aracne, 2020.

Bottino, *Il conflitto tra il legislatore e la giurisprudenza come causa della "burocrazia difensiva": la responsabilità penale per "abuso d'ufficio" come paradigma*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2022, 2, 241 ss.

Bricola, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in *Riv. it.*, 1966, 985 ss.

Bricola, *Tutela della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Temi*, 1968, 563 ss.

Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1974, 7 ss.

Bricola, *Scritti di diritto penale*, a cura di Canestrari, Melchionda, Milano, Giuffrè, 1997, 541 ss.

Brunelli, *Immunità*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, Treccani, 1988, 5

Brunelli, *Immunità della politica: profili penali sostanziali*, in Fumu, Volpi (a cura di), *Le immunità penali della politica*, Bologna, Il Mulino, 2012.

Caia, *I servizi pubblici*, in Mazzarolli, Pericu, Romano, Roversi Monaco, Scoca, *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 2005.

Caianiello, *Archiviazione*, in *Enc. Dir.*, Annali, II, tomo 1, Milano, Giuffrè, 2008.

Caianiello, *Il ricorso immediato della persona offesa dal reato al Giudice di pace: da strumento alternativo di avvio della giurisdizione penale a mera sollecitazione per il Pubblico ministero*, in *Giur. cost.*, 2008, 5, 1 ss.

Caianiello, *Giudice imparziale precostituito e tutela dei diritti fondamentali in materia penale*, in Aa.Vv., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2017.

Caianiello, *Azione penale (e inazione) del Pubblico ministero europeo*, in Aa.Vv., *L'attuazione della Procura europea. I nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.

Caianiello, *Poteri investigativi*, in Aa.Vv., *Potere e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2023.

Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, II, Padova, Cedam, 1943.

Calvieri, *L'insindacabilità dei Consiglieri regionali*, in Fumu, Volpi, *Le immunità penali della politica*, Bologna, Il Mulino, 2012.

Camaioni, *Il nuovo abuso d'ufficio: un'abrogazione mancata*, in *Le nuove leggi penali. Problemi attuali della giustizia penale*, 1998, 50 ss.

Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Milano, Giuffrè, 1999.

Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2020.

Caraccioli, *Abuso d'ufficio e controllo del Giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Nuova Rass.*, 1994, 2349 ss.

Carcano, *Le immunità processuali della politica. Aspetti processuali*, in Fumu, Volpi (a cura di), *Le immunità penali della politica*, Bologna, Il Mulino, 2012.

Cardi, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, Giuffrè, 1991.

Carmona, *Dagli enti pubblici economici alle pubbliche compagnie: un problema insoluto negli artt. 357 e 358 c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 213 ss.

Carmona, *La nuova figura di abuso di ufficio: aspetti di diritto intertemporale*, Relazione tenuta nell'incontro di studio sul tema "Giudice penale e pubblica amministrazione", organizzato dal CSM, 19-21 marzo 1998.

Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova, Cedam, 1936.

Carnevale, *I Parlamentari. Profili processuali*, in Aa.Vv., *Immunità politiche e giustizia penale*, a cura di Orlandi, Pugiotto, Torino, Giappichelli, 2005.

Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2022.

Cassese, *Lo Stato fascista*, Bologna, Il Mulino, 2010.

Cassiani, *Il potere di avocazione*, Padova, Cedam, 2009.

Castaldo, Naddeo (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Torino, Giappichelli, 2021.

Catenacci (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2022.

Catenacci, Picardi, *I delitti di corruzione. Le diverse figure*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di Catenacci, Torino, Giappichelli, 2022.

Cavallaro, *Riflessioni sulle giurisdizioni*, Padova, Cedam, 2018.

Chiavario, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. pen.*, 1993, 2658 ss.

Chiavario, *Diritto processuale penale*, Torino, Utet, 2022.

Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1928.

Ciancio, *La garanzia del libero mandato parlamentare tra disciplina di*

gruppo e trasformazioni dei partiti, in *Dirittifondamentali.it*, 2021, 1, 1 ss.

Ciaurro, *Costituzione e diritto parlamentare: un rapporto double face*, in *Osservatoriosullefonti*.it, 2/2018, 25 ss.

Cicconetti, *Le fonti del diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 2007.

Cingano, *Ampiezza e limiti del sindacato del Giudice penale sull'atto amministrativo: vizi macroscopici ed elemento soggettivo; vizi non invalidanti ed elemento oggettivo del reato. La valutazione dell'atto amministrativo da parte del Giudice nel processo penale*, in Aa.Vv., *P.A. ricerche giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia*, vol. X, n. 1, Università degli studi di Urbino, 2022.

Cioffi, *Eccesso di potere e violazione di legge nell'abuso d'ufficio*, Milano, Giuffrè, 2001.

Citrigno, Moschella, *Quale futuro per il divieto di mandato imperativo*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2018, 1 ss.

Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2022.

Clemente Di San Luca (a cura di), *La nuova disciplina amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, Giappichelli 2006.

Codacci-Pisanelli, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Città di Castello, Lapi, 1900.

Comoglio, *Mito, fantasia e realtà del Giudice imparziale*, Padova, Cedam Wolters Kluwer, 2021.

Compagna, *Illecito penale ed insindacabilità parlamentare*, Napoli, Jovene, 2012.

Conso, Grevi, Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam, 2020.

Contento, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, Laterza, 1979.

Contieri, *Abuso innominato di ufficio*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1958.

Coraggio, *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, Giuffrè, 1976.

Corleto, *La responsabilità penale per abuso d'ufficio dopo il decreto "Semplificazioni": effetti e implicazioni sull'attività degli amministratori pubblici*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 10, 68 ss.

Crisafulli, *Partiti, Parlamento, Governo*, Milano, Giuffrè, 1985.

Crismani, *La discrezionalità amministrativa nel reato di abuso d'ufficio*, in *Giustiziainsieme.it.*, 29 aprile 2021.

Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008.

Cudia, *L'atto amministrativo contrario ai doveri di ufficio nel reato di corruzione propria: verso una legalità comune al diritto penale e al diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 683 ss.

Cuocolo, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2003.

Cupelli, *Il nuovo abuso d'ufficio*, in *CdC*, 4/98, 279 ss.

Cupelli, *Abuso d'ufficio e tipologia delle fonti: sulla rilevanza penale della violazione di un "sistema di norme"*, in *Cass. pen.*, 2001, 1013 ss.

Cupelli; *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, 23 gennaio 2023, 2.

Daga, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, Napoli, Jovene, 1973.

Daga, *Pubblico ministero (diritto costituzionale*), in *Enc. Giur.*, XXV, Torino, Treccani, 1991.

D'alberti (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 2017.

Dalia, Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2018.

Davigo, *Il sistema della corruzione*, Bari-Roma, Laterza, 2019.

D'Avirro, *Il delitto di corruzione per l'esercizio delle funzioni (artt. 318 e 321 c.p.)*, in Aa.Vv., *I nuovi delitti contro la pubblica amministrazione. Commento alla legge 6 novembre 2012, n. 190*, Milano, Giuffrè, 2013.

D'Avirro, *L'abuso d'ufficio*, Milano, Giuffrè-Lefebre, 2021.

De Francescio, *La fattispecie di abuso d'ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, in CE, 1999, 1634 ss.

De Francesco, *Il Governo fascista nella classificazione delle forme di governo*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, Cedam, 1940.

Del Corso, *Il delitto di corruzione "propria" (art. 319 c.p.)*, in Aa.Vv., *I nuovi delitti contro la pubblica amministrazione. Commento alla legge 6 novembre 2012, n. 190*, Milano, Giuffrè, 2013.

Della Monica, *La non configurabilità dell'abuso di ufficio per eccesso di potere*, in Aa.Vv., *Modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, Giuffrè, 1997.

Della Monica, *L'ingiusto vantaggio patrimoniale*, in Aa.Vv., *Modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, a cura di Dalia, Ferraioli, Milano, Giuffrè, 1997.

Delogu, *L'immunità dei Consiglieri regionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, 621 ss.

De Vergottini, Frosini, *Diritto pubblico*, Padova, Cedam, 2021.

De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, Cedam, 2022.

De Vergottini, *Diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 2023.
De Vita, *La nozione di servizio pubblico locale*, in Chieppa, Lopilato, Tenca, *Giurisprudenza amministrativa 2012*, Milano, Giuffrè, 2012.
Devoto, *Obbligatorietà-discrezionalità dell'azione penale, ruolo del P.m.*, in *Cass. pen.*, 1996, 2024 ss.
Devoto, *Il Pubblico ministero potere autonomo dello Stato*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 3, 375 ss.
Di Ciolo, Ciaurro, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milano, Giuffrè, 2003.
Di Giovine, *Pubblico ufficiale (dir. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, Milano, Giuffrè, 2006.
Di Martino, *Abuso d'ufficio*, in Di Martino, Bondi, Fornasari, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2008.
D'ippolito, Pisanello, *Rapporti tra P.m., polizia giudiziaria e difensore nelle indagini preliminari*, Milano, Giuffrè, 2013.
Dolcini, Marinucci, *Codice penale commentato*, Milano, Giuffrè, 1999.
Dominioni, *Azione penale*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, Utet, 1987.
Donini, *Il correo indotto tra passato e futuro*, in *Cass. pen.*, 2014, 1482 ss.
Donini, *Reati contro la p.a. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formalmente amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *Arch. pen.*, 2020, 2, 4.
Donini, *Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell'abuso d'ufficio*, in *a.unimi.it Bocconi*, 23 giugno 2023.
Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2016
Ferrante, *Le fattispecie di corruzione*, in *I delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di Fortuna, Milano, Giuffrè, 2010.
Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, Laterza, 2014.
Fiandaca, *Verso una nuova riforma dell'abuso di ufficio?*, in *Quest. Giust*, 1996, 315 ss.
Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2019.
Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte speciale-I*, Bologna, Zanichelli, 2021.
Fiorella, *Ufficiale pubblico*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, Giuffrè, 1992.
Florian, *Principi di diritto processuale penale*, Torino, Giappichelli, 1932.
Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2017
Forlenza, *Necessario un check-up sulla giurisprudenza per la diversa configurazione del delitto*, in *Guida dir.*, 1997, 29, 23 ss.
Forlenza, *Legittimo l'interesse pubblico perseguito se gli atti rientrano tra le funzioni dell'agente*, in *Guida dir.*, 2003, 43, 64 ss.

Furin, *I reati dei pubblici amministratori*, Piacenza, La Tribuna, 2007.
Furno, *L'insindacabilità parlamentare*, Napoli, ESI, 2009.
Galgano, *Diritto privato*, Padova, Cedam, 2022.
Gambardella, *Considerazione sulla «violazione di norme di legge» nel nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.,* 1998, 2335 ss.
Gambardella, *Il controllo del Giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2002.
Gambardella, *Art. 328*, in Lattanzi, Lupo (a cura di), *Codice penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, VII, Milano, Giuffrè, 2010.
Gambardella, *Simul stabunt simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del Giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, 2020, 7, 133 ss.
Gambardella, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel "disegno di legge Nordio"*, in *Sist. pen.*, 26 settembre 2023.
Gamberini (a cura di), *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2022.
Gambuti, *Abuso d'ufficio e sviamento di potere*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 723 ss.
Garofoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Neldiritto, 2023.
Garofoli, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Roma, Neldiritto, 2017.
Garofoli, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, Neldiritto, 2023.
Garofoli, *La annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: le preoccupazioni dei Sindaci tra PNRR e rilancio della macchina dello Stato*, in *Sist. pen. it.*, 27 marzo 2023, 1 ss.
Gasparri, *Eccesso di potere (diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965.
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 *Sist. pen.*, 17 luglio 2020, 4.1.
Gatta, *L'annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: tra paura della "firma", esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, in *Sist. pen.*, 19 maggio 2023, 2.
Gatta, *Concorsi pubblici "turbati": per la Cassazione è configurabile l'abuso d'ufficio ma non la turbativa d'asta: un esemplare caso di vuoti di tutela che si prospetta con l'abrogazione dell'art. 323 c.p.*, in *Sist. pen.*, 2023, luglio 2023.

GIACOBBE, *La riforma del CSM nella prospettiva della riforma dell'ordinamento giudiziario secondo la Costituzione repubblicana*, in *Giust. civ.*, 1980.

GIANGIACOMO, *Articolo 54 della Carta Costituzionale: adempiere con onore le funzioni pubbliche*, in *Quest. Giust.*, 2014, 2, 1 ss.

GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939.

GIANNINI, *Il potere discrezionale della p.a.*, Milano, Giuffré, 1939.

GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993.

GIORDANO (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra regole e responsabilità*, Milano, Giuffrè Lefebre, 2021.

GIUNTA, MAGNINI, *Dolo, Diritto penale, Dizionario sistematico*, Milano, Giuffrè, 2008.

GIUPPONI, *Le immunità della politica*, Torino, Giappichelli, 2005.

GIUPPONI, *La Corte dei conflitti, al crocevia tra giustizia e politica*, in *Percorsi costituzionali*, 2010, 2/3, 81.

GIUPPONI, *Le immunità costituzionali*, in AA.VV., *Le immunità nel diritto interno e comparato*, Torino, Giappichelli, 2014.

GIUPPONI, *I limiti dell'insindacabilità parlamentare nelle sentt. 59 e 133 del 2018. La Corte costituzionale ancora tra forma e sostanza in vista di una svolta dai confini incerti*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2019, 2.

GRASSI, *La certezza del diritto e i rapporti tra Magistratura e Parlamento*, in *Cons. St.*, 1972, II, 157 ss.

GRILLI, *Corso di procedura penale*, Padova, Cedam, 2009.

GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso di ufficio*, in *Foro it.*, 1999, V, c. 331 ss.

GROSSO, PELISSERO (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2015.

GUARINI, *Spunti ricostruttivi sulla (problematica) legittimazione del singolo Parlamentare al conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, 29 ss.

GUARINO, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1970.

GUARNIERI, *Magistratura e politica in Italia*, Bologna, Mulino, 1992.

GUASTAFERRO, *Rappresentanza politica e mandato imperativo: riflessioni sull'elemento territoriale*, in *Riv. AIC*, 2020, n. 1, 165 ss.

GUASTINI, *La Magistratura- art. 101 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BRANCA, PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1994.

Guastini, *Il Giudice e la Legge. Questioni di interpretazione dell'art. 101 Cost.*, in *Studi in onore di* Mazziotti, I, Padova, Jovene, 1995.

Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1999.

Gustapane, *Giudice e Pubblico ministero nel giusto processo*, in *Dir. soc.*, 2001, 7 ss.

Gustapane, *Gli scritti anonimi tra giusto processo e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Ind. pen.*, 1, 2010, 43 ss.

Gustapane, *Imitazioni e dissimulazioni grafiche: profili penali e processual-penali*, in *Giust. pen.*, 2010, V, 178 ss.

Gustapane, *Il ruolo del Pubblico ministero nella Costituzione italiana*, Bologna, BUP, 2012.

Gustapane, *L'abuso d'ufficio tra principi costituzionali e indirizzi giurisprudenziali*, Bologna, BUP, 2014.

Gustapane, *Il Pubblico ministero nel regime fascista*, in *Nuova Storia Contemporanea*, 2015, n. 6, 107 ss.

Gustapane, *Il Pubblico ministero tra obbligatorietà ed efficienza*, Bologna, BUP, 2018.

Gustapane, *La responsabilità penale dei Parlamentari*, in *Giust. pen.*, 2022, fasc. IV, II, 215 ss. e fasc. V, II, 279 ss.

Illuminati, *Giudizio*, in Conso, Grevi, Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam, 2020.

Infantini, *Abuso innominato d'ufficio*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, Roma, Treccani, 1988.

Insolera, *Quod non fecerunt Barberini fecerunt Barbari. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76*, in *disCrimen*, 31 luglio 2020, 2.

Kelsen, *Il problema del Parlamentarismo*, trad. it. in *Il primato del Parlamento*, Milano, Giuffrè, 1981, 193 ss.

Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, Utet, 1985.

Ledda, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 433 ss.

Leoni, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, Padova, Cedam, 1998.

Lippolis, *Le immunità penali dei Parlamentari in Italia*, in Fumu, Volpi (a cura di), *Le immunità penali della politica*, Bologna, Il Mulino, 2012.

Lo Calzo, *Spunti di riflessione sull'insindacabilità dei Consiglieri regionali e dei Parlamentari per i voti dati quali membri degli Uffici di presidenza*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 20, 1 ss.

Loiacono, *Le prerogative dei membri del Parlamento*, Milano, Giuffrè, 1954.

Long, *Art.* 66, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna, Zanichelli, 1986.
Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2022.
Lozzi, *Lineamenti di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2022.
Macrillò, *Il dolo*, in Aa.Vv., *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, Giuffrè, 1997.
Mammone, *Corte di Cassazione e giurisdizione*, Bari, Cacucci, 2023.
Manes, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 4, 1202 ss.
Manes, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro it.*, 1998, II, 392.
Manes, *L'atto d'ufficio nelle fattispecie di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 926 ss.
Manes, *Servizi pubblici e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2010.
Manes, *Le qualifiche soggettive agli effetti penali*, in Davigo, Giordano, Manes, Piccirillo, Woodcock, *Corruzione e illegalità nella pubblica amministrazione*, Roma, Aracne, 2012.
Manes, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale-Percorsi di parte speciale*, Torino, Giappichelli, 2023.
Manetti, *L'insostenibile pubblicità dei lavori parlamentari (a proposito dei pianisti)*, in *Riv. AIC*, 2002, 1/3, 2 ss.
Manna, *Luci e ombre nella nuova fattispecie di abuso d'ufficio*, in *Ind. pen.*, 1998, 13 ss.
Manna, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2004.
Mantini, *Buone regole per la "casta"*, Roma, Gangemi, 2008.
Mantovani, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 2020.
Manzella, *Il Parlamento*, Bologna, Il Mulino, 2003.
Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, I, Torino, Utet, 1956.
Manzione, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria: organizzazione e posizione istituzionale e processuale*, in Chiavario (a cura di), *Protagonisti e comprimari del processo penale*, Torino, Utet, 1995.
Manzione, *Le forme di manifestazione della condotta*, in Aa.Vv., *Modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, Giuffrè, 1997.
Marinucci, Dolcini, *Manuale di diritto penale- Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2022.

Martinelli, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 2008.

Martines, *Diritto costituzionale*, a cura di Silvestri, Milano, Giuffrè Lefebre, 2022.

Massari, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, Napoli, Jovene, 1934.

Massi, *«Qui in corruptione versatur etiam pro licito tenetur». "Offesa" e "infedeltà" nella struttura della corruzione propria*, Torino, Giappichelli, 2004.

Massi, *Parametri formali e "violazione di legge" nell'abuso d'ufficio*, in *www.archiviopens*, 2019

Mastragostino, *Il principio giuridico di responsabilità*, Bologna, BUP, 2014.

Mattevi, *L'abuso d'ufficio una questione aperta*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, 6 ss.

Mazzacuva, *La tutela penale del segreto industriale*, Milano, Giuffrè, 1979.

Mazzacuva, *Diritto penale e Costituzione*, in Aa.Vv., *Introduzione al sistema penale*, a cura di Insolera, Mazzacuva, Pavarini, Zanotti, Bologna, 2012.

Mazzaroli, Pericu, Romano, F.A. Roversi Monaco, Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 1993.

Mazziotti di Celso, Salerno, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, Cedam, 2020

Mazzon, *Astensione, ricusazione, poteri e responsabilità dei Giudici*, Milano, Key Editore, 2023.

Mazzone, *Abuso d'ufficio*, in *Dig. pen. Appendice*, vol. VIII, Torino, Utet, 1994.

Melica, *Special Investigations e comparabilità dagli USA all'America Latina*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021.

Melillo, *L'organizzazione dell'ufficio del Pubblico ministero*, in Aa.Vv., *Il nuovo ordinamento giudiziario*, a cura di Carcano, Milano, Giuffrè, 2006.

Merli, *Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16 novembre 2012, 10.

Merli, *Sindacato penale sull'atto amministrativa e abuso d'ufficio*, Napoli, Jovine, 2012.

Merlo, *L'abuso d'ufficio tra legge e Giudice*, Torino, Giappichelli, 2019.

Merlo, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, in *Sist. pen. it.*, 1 marzo 2021, 1 ss.

MEZZANOTTE, *Sulla nozione di indipendenza del Giudice*, in CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Bari, Laterza, 1994.

MEZZETTI, *Diritto costituzionale. Casebook*, Rimini, Maggioli, 2013.

MEZZETTI, *Manuale breve diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2021.

MIDIRI, *Autonomia costituzionale delle Camere e potere giudiziario*, Padova, Cedam, 1999

MINISCI, CURRELI, *Il Pubblico ministero*, Milano, Giuffrè, 2011.

MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, Utet, 1966.

MODUGNO, MANETTI, *Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, Treccani, 1989.

MOLARI, *Il Pubblico ministero*, in AA.VV., *Manuale di procedura penale*, Bologna, Zanichelli, 2008.

MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, Monduzzi, 2005.

MORBIDELLI, C*ontributo dell'amministrativista alla riforma (e all'interpretazione) del reato di abuso di ufficio*, in *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Milano, Giuffrè, 2000.

MOROZZO DELLA ROCCA, *Pubblico ministero (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988.

MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, I, Milano, Vallardi, 1923[4].

MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico II*, Padova, Cedam, 1976.

MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico I*, a cura di MODUGNO, BALDASSARRE, MEZZANOTTE, Padova, Cedam, 1991.

MURA, PATRONO, *La giustizia penale in Italia: un processo da sbloccare. La lezione americana*, Padova, Cedam, 2011.

MUSIO, *Sul riordinamento giudiziario*, Ancona, Baluffi, 1862.

NAPPI, *Guida al Codice di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2007.

NAPOLITANO, *Pubblica funzione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da CASSESE, Milano, Giuffrè, 2006.

NATALINI, *Prosegue lo sforzo interpretativo da parte dei Giudici della Cassazione*, in *Guida dir.*, 2021, 49/50, 91 ss.

NEGRI, PISCITELLO, RIVA, *Il peculato*, Padova, Cedam, 2006.

NEPPI MODONA, *La Magistratura-Art. 112 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA, IV, Bologna-Roma, Zanichelli, 1987.

NICOLINI, *Della giurisprudenza penale*, Livorno, 1858.

Nicotra, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa*, in *federalismi.it-Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 14 giugno 2017.

Nigro, *La pubblica amministrazione fra Costituzione formale e Costituzione materiale*, in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1996.

Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sist. pen.*, 2021, 7.

Onida, Gorlero, *Compendio di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2021.

Orlandi, *Pubblico ministero (ufficio del)*, in *Enc. Dir.*, Annali, II, Torino, Giuffrè, 2008.

Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, Cedam, 1990.

Pace, *Il modello di giudizio prefigurato dalla sent. n. 1150 del 1988 per la risoluzione dei conflitti tra poteri ex art. 68, comma 1, Cost., può essere abbandonato o migliorato*, in *Giur. cost.*, 2006, 3535 ss.

Pacileo, *Pubblico ministero*, Torino, Utet, 2011.

Padovani, *L'abuso di ufficio e il sindacato del Giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 85 ss.

Padovani, *L'abuso d'ufficio. La nuova struttura dell'art. 323 e l'eredità delle figure criminose abrogate*, in *Legisl. pen.*, 1997, 741 ss.

Padovani, *Commento all'art. 1 l. 16 luglio 1997 n. 234*, in *Leg. pen.*, 1997, 1 ss.

Padovani (a cura di), *Codice penale*, I, Milano, Giuffrè, 2011.

Padovani, *Diritto penale*, Milano, Giuffrè Lefebvre, 2019.

Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen.*, 2020, 7-8, 3 ss.

Pagella, *L'abuso d'ufficio nella giurisprudenza massimata della cassazione: un'indagine statistico criminologica su 500 decisioni*, in *Sist. pen.*, 17 giugno 2023.

Pagliaro, *Immunità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 221 ss.

Pagliaro, *Nuovi spunti sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 501 ss.

Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2008.

Paladin, *Fascismo (dir. costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, Giuffrè, 1986.

Paladin, Mazzarolli, Girotto, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2023.

Palazzo, *Corso di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006.
Panunzio, *Teoria generale dello Stato fascista*, Padova, Cedam, 1937.
Paoli, *Il diritto penale italiano*, vol. I, Padova, Cedam, 1936.
Paolantonio, *Il sindacato di legittimità sul processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2000.
Paolantonio, *Comportamenti non provvedi mentali produttivi di effetti giuridici*, in Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2021.
Parisio, *Vizi formali, procedimento e processo*, Milano, Giuffrè, 2004.
Parodi Giusino, *Abuso innominato d'ufficio*, in *Dig. pen.*, vol. I, Torino, Utet, 1987.
Parodi Giusino, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2009, 879 ss.
Parodi Giusino, *In memoria dell'abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, 2021, 7-8, 67 ss.
Patalano, *Amministratori senza paura della firma con i nuovi vincoli alle condotte punibili*, in *Guida dir.*, 1997, 29, 18 ss.
Pedullà, *Contributo allo studio sul divieto di mandato imperativo*, Catania, Torre, 2011.
Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2015.
Pelissero, *Sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio e di riformulazione del traffico d'influenze illecite*, in *Sist. pen.*, 18 settembre 2023.
Perongini, *L'abuso d'ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2020.
Petrangeli, *Il Deputato che vota sostituendosi a un collega assente: una delicata questione tra sindacabilità giurisdizionale ed esercizio delle funzioni parlamentari*, in *Giur. cost.*, 1996, n. 6, 3475 ss.
Pinucci, *Le qualifiche soggettive*, in Aa.Vv., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di D'Avirro, Padova, Cedam, 1999.
Pisani, *Abuso d'ufficio*, in Canestrari, Cornacchia, De Simone (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2017.
Pisani, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2021, 1, 9 ss.
Pittaro, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, in Aa.Vv., *Le nuove leggi penali*, Padova, Cedam, 1998.

Pizzorusso, *Problemi definitori e prospettive di riforma del CSM*, in *Quad. cost.*, 1989, 475 ss.

Pizzorusso, *La Magistratura- art. 102 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca e Pizzorusso, Bologna-Roma, Zanichelli, 1994.

Plantamura, *Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, in Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Torino, Utet, 2008.

Prendini, *L'imparzialità del Giudice civile e la sua tutela processuale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.

Prestianni, *Il Pubblico ministero italiano. Tra esercizio dell'azione penale e garanzie della persona*, Roma, Eurilink, 2019.

Prete, *Il sindacato del Giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 1 ss.

Principato, *Il divieto di mandato imperativo da prerogativa regia a garanzia della sovranità assembleare*, in *Riv. AIC*, 2012, n. 4, 1 ss.

Pugliatti, *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964.

Rampioni, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1984.

Rescigno G.U., *Corso di diritto pubblico*, a cura di A. Gentilini, Bologna, Zanichelli, 2022, 366 ss.

Ricciarelli, *Il nuovo abuso d'ufficio: un difficile punto di equilibrio*, in *Arch. pen.*, 2021, 2, 1 ss.

Riccio, *Abuso di ufficio*, in *Noviss. dig. it.*, vol. I, Torino, Utet, 1957.

Ridola, *La rappresentanza parlamentare fra unità politica e pluralismo*, in *Dir. Soc.*, 1994, 726 ss.

Romanelli, *L'insostenibile leggerezza della paura (della firma)*, in *Sist. pen.*, 2023, 2, 55.

Romboli, *Le "parole della politica" e l'insindacabilità parlamentare*, in *Giur. cost.*, 2004, 1220 ss.

B. Romano, *Il "nuovo" abuso d'ufficio e l'*abolitio criminis *parziale*, in *Pen. dir. e proc.*, 2021, 1 ss.

B. Romano (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Pisa, Pacini Giur., 2021.

M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, Giuffrè, 2019.

M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2020.

S. Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1947.

Romboli, Panizza, *Ordinamento giudiziario*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, X, Torino, Utet, 1995.

Ruggiero, *L'abuso d'ufficio fra potere discrezionale e legalità vincolante*, in *Arch. Pen.*, 2021, 3, 5 ss.

Ruggiero, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Pisa, Pisa University Press, 2022.

Russo, *La violazione di legge e di regolamento*, in Aa.Vv., *Modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, Giuffrè, 1997, 21 ss.

Sacchi Morsiani, *Eccesso di potere*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, Utet, 1982.

Sala, *L'eccesso di potere amministrativo dopo la legge n. 241/1990; un'ipotesi di ridefinizione*, in *Dir. Amm.*, 1993, 191 ss.

Salcuni, *Abuso d'ufficio ed eccesso di potere: "fine di un amore tormentato"?*, in *Arch. Pen.*, 2021, 3, 27.

A.M. Sandulli, *Diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989.

A. Sandulli, *Procedimento amministrativo*, in Cassese, *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, Giuffrè, 2006

Satta, *Commentario al codice di procedura* civile, I, Milano, Giuffrè, 1966.

Satta, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970.

Scaccia, *Spunti per una ridefinizione del "nesso funzionale" in tema di insindacabilità parlamentare*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 4, 1.

Scaccianoce, *L'inazione del Pubblico ministero*, Milano, Giuffrè, 2010.

Scalfati (a cura di), *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, Giappichelli, 2023.

Scaparone, Lavarini, *Procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2022.

Scarciglia, *Il divieto di mandato imperativo*, Padova, Cedam, 2005.

Scarpa, *L'abuso d'ufficio*, Bologna, Il Resto del Carlino, 1970.

Scarselli, *Ordinamento giudiziario e forense*, Milano, Giuffrè, 2008.

Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1970.

Scoca, *La crisi del concetto di eccesso di potere*, in *Prospettive del processo amministrativo*, a cura di. Mazzarolli, Padova, Cedam, 1990.

Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2021.

Scordamaglia, *Peculato*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, 554.

Segreto, De Luca, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1999.

Seminara, *Sub artt. 323, 324*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, coordinato da Padovani, Torino, Utet, 1996.

Seminara, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in *Studium iuris*, 1997, 1251 ss.

Senese, *Giudice (nozione e diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, Utet, 1991.

Serra, *La Cassazione e il "nuovo" abuso d'ufficio, ovvero del "senso imperfetto" della discrezionalità tecnica dell'amministrazione e dei c.d. autolimiti*, in *www.penaledp.it*, 6 aprile 2021, 1 ss.

Severino di Benedetto, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Le qualifiche soggettive*, Milano, Giuffrè, 1983.

Severino di Benedetto, *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione: soggetti, qualifiche, funzioni*, in Aa.Vv., *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di Stile, Napoli, Jovene, 1987.

Severino di Benedetto, *Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, Utet, 1995.

Sgubbi, *Reati contro la p.a. e sindacato del Giudice penale sull'attività amministrativa: il legislatore alla rincorsa del Pubblico ministero*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 99 ss.

Silva, *Elementi normativi e sindacato del Giudice penale*, Padova, Cedam, 2014.

Silvestri, *Giustizia e Giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997.

Silvestri, *Il Pm quale era, qual è, quale dovrebbe essere*, in *Giur. cost.*, 1997, 959 ss.

Siracusa, *Pubblico ministero (diritto processuale penale)*, in *Nuovo dig. it.*, X, Torino, Utet, 1939.

Siracusano, Galati, Tranchina, Zappalà, *Diritto processuale penale*, Milano, Giuffrè, 2018.

Sorrenti, *Il Giudice soggetto alla legge… in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

Spagna Musso, *Problemi costituzionali del Pm*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 1963, 413 ss.

Spagna Musso, *Giudice (nozione)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969.

Sticchi-Damiani, *Il Giudice del silenzio come Giudice del provvedimento virtuale*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2010, 1 ss.

Stortoni, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1976.

Stortoni, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, Monduzzi, 2014.

Stortoni, *Delitti contro la p.a.*, in Canestrari (a cura di), *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, Monduzzi, 2016.

Tagliarini, *Il concetto di Pubblica amministrazione nel codice penale*, Milano, Giuffrè, 1973.

Tagliarini, *Omissione, rifiuto o ritardo di atti d'ufficio*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, Giuffrè, 1980.

Tellone, *La violazione delle norme sulla competenza*, in Aa.Vv., *Modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, Giuffrè, 1997, 41 ss.

Tenore (a cura di), *La nuova Corte dei Conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, Giuffrè, 2022.

Tesauro, *La riforma dell'art. 323 al collaudo della Cassazione*, in *Foro it.*, II, 1998, 258 ss.

Tesauro, *Violazione di legge e abuso d'ufficio*, Torino, Giappichelli, 2002.

Tordini Cagli, *Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, in *www.penaledp.it*, 25 febbraio 2021, 1 ss.

Torrente, Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2021.

Torricelli (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità: sistemi giuridici a confronto*, Torino, Giappichelli, 2018.

Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 2022.

Trapani, *Dal Pubblico ministero-Giudice al Pubblico ministero organo amministrativo di giustizia?*, in *Il Consiglio Superiore della Magistratura. Aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2001.

Ubiali, *Attività politica e corruzione. Sull'opportunità di uno statuto penale differenziato*, Milano, Giuffrè, 2020.

Vallini, *Le qualifiche soggettive*, in *Trattato di diritto penale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di Palazzo, Napoli, Jovene, 2011.

Vallini, *L'abuso d'ufficio*, in Palazzo (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 2011.

Vassalli, *La potestà punitiva*, Torino, Utet, 1942.

Vassalli, *Punti interrogativi sulla estensione della irresponsabilità dei membri del Parlamento*, in *Giust. Pen.*, 1973, I, 193 ss.

Vassalli, *Punti interrogativi sulla estensione della responsabilità dei membri del Parlamento*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, IV, Milano, 1974.

VASSALLI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *Giur. pen.*, 1979, II, c. 305 ss.

VELLANI, *Il Pubblico ministero nel processo*, Bologna, Zanichelli, 1965.

VENEZIANO, *Il ruolo del P.m. nelle recenti sentenze della Corte Costituzionale*, in *Quest. giust.*, 3, 1991, 605 ss.

VERONESI, *I Parlamentari. Profili costituzionali*, in AA.VV., *Immunità politiche e giustizia penale*, a cura di ORLANDI, PUGIOTTO, Torino, Giappichelli, 2005.

VICICONTE, *Il controllo del Giudice penale e del Giudice contabile sulla discrezionalità amministrativa: la legalità dell'esperienza giuridica concreta*, in *Riv. Corte dei Conti*, 2021, 3, 50 ss.

VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021.

VILLATA, *Scritti in tema di questioni di giurisdizione*, Padova, Cedam, 2019.

VIPIANA, *L'attività amministrativa*, Padova, Cedam, 2017.

VIRGA, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1971.

VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffré, 1972.

VIRGA, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1999.

ZANON, *Parlamentare (status di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, Utet, 1995, 622 ss.

ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996.

ZANON, *Brevi spunti comparatistici (a futura memoria) per il trattamento parlamentare dell'insindacabilità*, in *Giur. cost.*, 1998, 2220 ss.

ZANON, *L'insindacabilità "di gruppo" e le oscillazioni della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2005, 1717 ss.

ZANON, BIONDI, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2002.

ZANON, BIONDI, *Il sistema costituzionale della Magistratura*, Bologna, Zanichelli, 2019.

ZITO, *Il procedimento amministrativo*, in SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2021.

ZUCCHETTI, *Approfondimenti: servizio pubblico e funzione pubblica*, in *Diritto degli enti locali*, Milano, Giuffrè, 2006.

SOMMARIO

Prefazione di Vittorio Manes vii

Capitolo I
L'ASSETTO COMPLESSIVO DELLA RESPONSABILITÀ PENALE DEGLI AGENTI PUBBLICI

1. Le definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio 1
2. La disciplina unitaria dei reati tipici degli agenti pubblici 9
3. I reati propri degli agenti pubblici 14

Capitolo II
LA RESPONSABILITÀ PENALE DEI PUBBLICI UFFICIALI "LEGISLATIVI"

1. I pubblici ufficiali esercenti la funzione legislativa 23
2. Le garanzie costituzionali previste per Parlamentari e affini 26
3. Il contenuto dell'insindacabilità parlamentare 35
4. Il bilanciamento costituzionale dell'autonomia parlamentare con la giurisdizione 38
5. La disciplina processuale dell'insindacabilità parlamentare 43
6. Il conflitto di attribuzione avverso la dichiarazione di insindacabilità parlamentare 47

Capitolo III
I PRINCIPALI CASI DI RESPONSABILITÀ PENALE DEI PUBBLICI UFFICIALI "LEGISLATIVI"

1. Casi di conflitto di attribuzioni per insindacabilità dichiarata per reati non di opinione 53
2. Il caso dei Parlamentari c.d. "pianisti" 57
3. I casi di opinioni offensive espresse *extra moenia* 66
4. L'uso eccessivo dell'insindacabilità per le dichiarazioni offensive rese dai Parlamentari *extra moenia* 76
5. Orientamenti giurisprudenziali in tema di corruzione dei Parlamentari o dei Consiglieri regionali 79
6. Il caso De Gregorio, Lavitola, Berlusconi 90
7. I limiti della tesi giurispudenziale sulla inapplicabilità della corruzione propria ai pubblici ufficiali "legislativi" 96
8. Osservazioni conclusive sulla responsabilità penale dei Parlamentari e dei Consiglieri regionali 100

Capitolo IV
LA RESPONSABILITÀ PENALE DEI PUBBLICI UFFICIALI "GIUDIZIARI"

1. Le funzioni giudiziarie 105
2. L'imparzialità del Giudice 112
3. Gli strumenti di garanzia dell'imparzialità del Giudice 119
4. Il Pubblico ministero titolare dell'azione penale obbligatoria 123
5. I poteri inquirenti a fini di giustizia 130
6. L'imparzialità del Pubblico ministero 137
7. L'autonomia e l'indipendenza del Pubblico ministero ordinario 146
8. La funzione requirente militare e quella erariale 150
9. La responsabilità penale dei pubblici ufficiali giudiziari 154

Capitolo V
LA RESPONSABILITÀ PENALE DEGLI AGENTI PUBBLICI "AMMINISTRATIVI"

1. Le amministrazioni pubbliche e il loro personale 161
2. I pubblici ufficiali esercenti la funzione amministrativa 166
3. Il criterio oggettivo funzionale per la identificazione dei Pubblici ufficiali "amministrativi" 173
4. Gli esercenti funzioni amministrative nella giurisprudenza della Corte di Cassazione 175
5. Gli incaricati di pubblico servizio 187
6. Gli incaricati di pubblico servizio nella giurisprudenza della Corte di Cassazione 192
7. La problematica ricostruzione dell'elemento dell'esercizio abusivo delle potestà pubbliche amministrative nei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione 207

Capitolo VI
DALL'ABUSO D'UFFICIO INNOMINATO DEL 1930 A QUELLO BIFORME DEL 2020

1. L'abuso d'ufficio nel codice penale Rocco 211
2. L'abuso d'ufficio secondo la riforma del 1990 216
3. L'utilizzazione dell'art. 323 c.p. del 1990 nelle indagini di Tangentopoli 228
4. La riforma dell'abuso d'ufficio del 1997 230
5. Le modifiche all'art. 323 c.p. disposte con la legge Severino del 2012 e poi con il decreto "Semplificazioni" del 2020 236

Capitolo VII
LA STRUTTURA BIFORME DELL'ABUSO D'UFFICIO DEL 2020

1. Il bene giuridico tutelato dall'art. 323 c.p. 245
2. L'elemento oggettivo biforme del vigente reato di abuso d'ufficio 249
3. La prima modalità oggettiva per violazione di regole di condotta 250
4. I parametri di valutazione dell'abusività della condotta per violazione di norme primarie 259
5. Le regole di condotta con margini di discrezionalità 263
6. L'incompetenza come parametro dell'abusività 271
7. L'abusività per violazione di regole di condotta in materia urbanistica 275

Capitolo VIII
L'ABUSO PER VIOLAZIONE DELL'OBBLIGO DI ASTENSIONE E GLI ALTRI ELEMENTI DELLA BIFORME FATTISPECIE

1. La condotta abusiva per violazione dell'obbligo di astensione 283
2. Parametri normativi dell'obbligo di astensione 291
3. Casi giurisprudenziali sull'obbligo di astensione 293
4. L'evento ingiusto prodotto dalle condotte abusive 297
5. Casi giurisprudenziali di evento ingiusto 303
6. Il dolo intenzionale nell'abuso biforme 310
7. L'intenzionalità dell'evento ingiusto nella giurisprudenza 317
8. La sproporzione tra intenzionalità e trattamento sanzionatorio 322
9. Il concorso di persone nell'abuso biforme 325

Capitolo IX
L'INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALMENTE CORRETTA DELL'ABUSO BIFORME

1. Il giudizio della Corte Costituzionale sulla riforma dell'abuso d'ufficio del 2020 337
2. I contrastanti orientamenti della Cassazione sulla rilevanza dell'art. 97 Cost. per l'integrazione del nuovo abuso d'ufficio 345
3. L'art. 97 Cost. nella giurisprudenza di legittimità anteriore alla riforma del 2020 350
4. La corretta lettura dell'abuso per violazione di regole di condotta nel rispetto dei principi costituzionali 360
5. L'importanza del vizio di legittimità dell'eccesso di potere nel diritto amministrativo 364
6. L'eccesso di potere nella figura di abuso d'ufficio del 1997 368
7. I contrasti giurisprudenziali sulla rilevanza dello sviamento di potere per la configurazione del nuovo abuso d'ufficio 379
8. Sviamento di potere e abuso d'ufficio biforme 382
9. Il sindacato penale sull'azione amministrativa integrante l'abuso d'ufficio 390

CAPITOLO X
L'IMPRESCINDIBILE RUOLO DELL'ABUSO D'UFFICIO PER LA TUTELA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

1. I rapporti tra l'abuso d'ufficio e gli altri reati connotati da esercizio abusivo dei poteri pubblici 397
2. L'abuso d'ufficio come fattispecie basilare per la tutela della pubblica amministrazione 407
3. Le iniziative per comprimere o abrogare il reato di abuso d'ufficio intraprese nel corso della XIX legislatura 421

435

Indice bibliografico

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. Coli U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. Donatelli I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. Valenza P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. Zingali G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. Tumedei C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. Albertoni A., *L'"Apokeryxis"*, 1923.
7. Salvi F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. Milani F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. Fassò G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. Ferri L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. Rossi G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. Poggeschi R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. Matteucci N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. Forchielli P., *I contratti reali*, 1952.
15. Salvi F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. Fassò G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. Palazzini Finetti L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustinianeo*, 1953.
18. Rossi G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. Mancini G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. Ferri L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. Torelli P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. Santini G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. Gianniti F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. Ghezzi G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. Nardi E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. Ferri L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. Ghezzi G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. Bonsignori A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. Gualandi A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. Bonsignori A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. Mancini G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. Nardi E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. Romagnoli U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. Santini G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. Rudan M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. Bonini R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. Colliva P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. Mengozzi P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu*, *Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. Ghezzi G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. Roversi Monaco F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. Gianniti F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. Mengozzi P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. Romagnoli U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. Montuschi L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. Bonini R., *Ricerche di diritto giustinianeo*, 1968.
53. Santini G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. Lo Castro G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. Roversi Monaco F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. Gianniti F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. De Vergottini G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. Mengozzi P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. Carinci F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. Osti G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. Zuelli F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. Pergolesi F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. Montuschi L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. Pattaro E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. Pini G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. Carpi F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. De Vergottini G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. Paolucci L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. De Gennaro A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. Stortoni L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. Gianniti F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. Bonvicini D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. De Vergottini G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. Lambertini R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. Dalla D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. Di Pietro A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. Mazzacuva N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. Romanelli G., *Profilo del noleggio*, 1979.
80. Borghesi D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. Dalla Torre G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. Carpi F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. Alleva P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. Puliatti S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. Fassò G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. Sgubbi F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. Lambertini R., *Plagium*, 1980.
88. Dalla D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. Vandelli L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. Nardi E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. Pellicanò A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. Giardini D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. Bortolotti D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. Roffi R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. Alessi R., *Scritti minori*, 1981.
96. Bassanelli Sommariva G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del Giudice nel diritto giustinianeo*, 1983.
97. Zanotti A., *Cultura giuridica del Seicento e* jus publicum ecclesiasticum *nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. Illuminati G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. Toniatti R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. Nardi E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.

101. Dalla D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. Mazzacuva N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. Caia G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. Baratti G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. Bortolotti D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. Puliatti S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. Lambertini R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. Zuelli F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. Pedrazzoli M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. Zanotti M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. Ruffolo U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. Biagi M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. Insolera G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. Malagù L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. Ricci G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. Zanotti A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. Selmini R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. Dalla D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. Zunarelli S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. Cavina M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. Califano L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. Sarti N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. Scarponi S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. Bernardini M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. La Torre M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. Garcia De Enterria J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. Biagi Guerini R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. Magagni M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. Petroni L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. Zanotti A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. Sartor G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. Rossi L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. Luchetti G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. Sarti N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. Gustapane A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. Bottari C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. Donini M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. Perulli A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. Vandelli L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. Gasparri P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. Capuzzo E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. Biavati P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. Ferrari F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. Gustapane A., Sartor G., Verardi C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. Orlandi R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. Carpani G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.

150. Musso A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. Donini M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. Califano Placci L., *Le commissioni Parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. Fornasari G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. Manzini P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. Timoteo M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. Sesta M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. Tullini P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. Rescigno F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. Lugaresi N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. Sarti N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. Colliva P., *Scritti minori*, 1996.
162. Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. Gardini G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. Manzini P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. Mittica M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. Luchetti G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. La Torre M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. Camon A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. Mancini S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. Zanobetti Pagnetti A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. Bricola F., *Scritti di diritto penale*. Vol. I, *Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio*. Vol. II, *Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. Graziosi A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. Mantovani M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. Biavati P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. Rossi G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. Pellegrini S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. Boni G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. I, *Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. II, *Diritto dell'Unione europea*, 1998
180. Rossi A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. Bongiovanni G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. Caputo G., *Scritti minori*, 1998.
183. Garrido J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. Bellodi Ansaloni A., *Ricerche sulla contumacia nelle* cognitiones extra ordinem, I, 1998.
185. Franciosi E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. Cattabriga C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. Mancini L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. Gustapane A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. Ricci G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. Canestrari S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. Fassò G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

192. Fassò G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. Scarciglia R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. Briguglio F., *"Fideiussoribus succurri solet"*, 1999.
195. Maltoni A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. Fondaroli D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. Rossi L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. Gragnoli E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. Boni G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. Lugaresi N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. Lalatta Costerbosa M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilehlmvon Humboldt*, 2000.
202. Semeraro P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. Verza A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. Lolli A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. Campanella P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. Bricola F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. Lassandari A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. Bianco A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. Raffi A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. Piergigli V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. Cafaro S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. Morrone A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. Masutti A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. Zanotti A., Orlando F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. Lupoi M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. Lolli A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. Curi F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. Cottignola G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. Gardini G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. Cevenini C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. Monducci J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. Villecco Bettelli A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. Zucconi Galli Fonseca E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. Brighi R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. Luchetti G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. Piperata G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. Canestrari S., Foffani L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. Memmo D., Miconi S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
230. bisBriguglio F., *Studi sul procurator*, 2007.
231. Querzola L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. Tarozzi S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. Botti F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.

234. Fondaroli D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. Alagna R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. Giovannini M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. Montalti M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. Tordini Cagli S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. Legnani Annichini A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformagioni quattrocentesche*, 2008.
240. Lolli A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. Vaccarella M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. Tubertini C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. Fioriglio G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. Botti F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. Nisco A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. Zanobetti Pagnetti A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. Mattioli F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. Bertaccini D., *La politica di polizia*, 2009.
249. Astrologo A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. Di Maria S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustinianea del codice*, 2010.
251. Valentini E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.
252. Querzola L., *Il processo minorile in dimensione europea*, 2010.
253. Bologna C., *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, 2010.
254. Rasia C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, 2010.
255. Zucconi Galli Fonseca E., *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, 2011.
256. Bellodi Ansaloni A., Ad eruendam veritatem. *Profili metodologici e processuali della* quaestio per tormenta, 2011.
257. Pontoriero I., *Il prestito marittimo in diritto romano*, 2011.
258. *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, 2012.
259. Gustapane A., *Il ruolo del Pubblico ministero nella Costituzione italiana*, 2012.
260. Caianiello M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, 2012.
261. Briguglio F., *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, 2012.
262. Valentini E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Nuova edizione, 2012.
263. Tassinari D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, 2012.
264. Martelloni F., *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, 2012.
265. Roversi-Monaco F. (a cura di), *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010, n. 240*, 2013.
266. Torre V., *La privatizzazione delle fonti di diritto penale*, 2013.
267. Raffiotta E.C., *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, 2013.
268. Caruso C., *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, 2013.
269. Pedrini F., *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, 2013.
270. Curi F., *Profili penali dello* stress *lavoro-correlato. L'*homo faber *nelle organizzazioni complesse*, 2013.
271. Casale D., *L'idoneità psicofisica del lavoratore pubblico*, 2013.
272. Nicodemo S., *Le istituzioni della conoscenza nel sistema scolastico*, 2013.
273. Legnani Annichini A., *«Proxeneta est in tractando». La professione ingrata del mediatore di commercio (secc. XII-XVI)*, 2013.
274. Monducci J., *Il dato genetico tra autodeterminazione informativa e discriminazione genotipica*, 2013.
275. Mantovani M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, 2014.
276. De Donno M., *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, 2015.

277. Pacilli M., *L'abuso dell'appello*, 2015.
278. Pištan Č., *Tra democrazia e autoritarismo. Esperienze di giustizia costituzionale nell'Europa centro-orientale e nell'area post-sovietica*, 2015.
279. Bellodi Ansaloni A., *L'arte dell'avvocato,* actor veritatis. *Studi di retorica e deontologia forense*, 2016.
280. Hoxha D., *La giustizia criminale napoleonica. A Bologna fra prassi e insegnamento universitario*, 2016.
281. Querzola L., *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, 2016.
282. Pieri B., *Usurai, ebrei e poteri della Chiesa nei* consilia *di Paolo da Castro*, 2016.
283. Rasia C., *La crisi della motivazione nel processo civile*, 2016.
284. Drigo C., *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, 2016.
285. Polacchini F., *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, 2016.
286. Calcagnile M., *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse nella disciplina dell'accesso alle cariche pubbliche*, 2017.
287. Villa E., *La responsabilità solidale come tecnica di tutela del lavoratore*, 2017.
288. Vincieri M., *L'integrazione dell'obbligo di sicurezza*, 2017.
289. Casale D., *L'automaticità delle prestazioni previdenziali. Tutele, responsabilità e limiti*, 2017.
290. Ganarin M., *L'interpretazione autentica nelle attuali dinamiche evolutive del diritto canonico*, 2018.
291. Laus F., *Il rapporto collaborativo tra pubblico e privato nella contrattazione pubblica. Unione Europea e ordinamenti nazionali: analisi comparata di modelli e riforme*, 2018.
292. Bonacini P., *Multa scripsit, nihil tamen reperitur. Niccolò Mattarelli giurista a Modena e Padova (1204 ca.-1314 ca.)*, 2018.
293. Gabellini E., *L'azione arbitrale. Contributo allo studio dell'arbitrabilità dei diritti*, 2018.
294. Lupoi M.A., *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, 2018.
295. Dallari F., *Vincoli espropriativi e perequazione urbanistica. La questione della discrezionalità*, 2018.
296. Donini A., *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, 2019.
297. Novaro P., *Profili giuridici dei residui delle attività antropiche urbane. Gli incerti confini della gestione dei rifiuti urbani*, 2019.
298. Mattioli F., *Giustiniano, gli* argentarii *e le loro attività negoziali. La specialità di un diritto e le vicende della sua formazione*, 2019.
299. Raffiotta E.C., *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, 2019.
300. Medina M.H., *Servio Sulpicio Rufo: un retrato final desde la perspectiva de Cicerón*, 2020.
301. Centamore G., *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, 2020.
302. Caruso C., *La garanzia dell'unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità in via principale*, 2020.
303. Mattheudakis M.L., *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, 2020.
304. Tega D., *La Corte nel contesto. Percorsi di* ri-accentramento *della giustizia costituzionale in Italia*, 2020.
305. Bologna C., *La libertà di espressione dei «funzionari»*, 2020.
306. Abis S., *Capace di intendere, incapace di volere. Malinconia, monomania e diritto penale in Italia nel XIX secolo*, 2020.
308. Caruso C., Medico F., Morrone A. (a cura di), *Granital Revisited?* L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale, 2020.
308. bisCanestrari S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, 2021.
309. Morrone A., *Il sistema finanziario e tributario della Repubblica. I principi costituzionali*, 2021.
310. Pezzato E., Si sanctitas inter eos sit digna foedere coniugali. *Gli apporti patrimoniali alla moglie superstite in età tardoantica e giustinianea*, 2022.
311. Molinari M., *La Parafrasi greca delle Istituzioni di Giustiniano tra* methodus docendi *e mito.* Ἔχε ταῦτα ὡς ἐν προθεωρία, 2021.
312. Guerrieri G., Luchetti G., Lupoi M.A., Manes P., Martino M., Tassani T. (a cura di), *Fiducia e destinazione patrimoniale. Percorsi giuridici a confronto*, 2022.
313. Morrone A., Mocchegiani M. (a cura di), *La regolazione della sicurezza alimentare tra diritto, tecnica e mercato: problemi e prospettive*, 2022.
314. Giupponi T.F., Arcuri A. (a cura di), *Sicurezza integrata e welfare di comunità*, 2022.

315. Bonetti T., *La partecipazione strumentale*, 2022.
316. Guarnieri E., *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, 2022.
317. Cavina M., *Un inedito di Giulio Claro (1525-1575): Il «trattato di duello». Edizione dal manoscritto [Madrid] Biblioteca de San Lorenzo de El Escorial, g. II. 10*, 2022.
318. Pacilli M., *La tutela camerale tra forme e garanzie*, 2022.
319. Calcagnile M., *L'oggetto del provvedimento amministrativo e la garanzia di effettività nell'amministrazione pubblica*, 2022.
320. Mengozzi P., *L'idea di solidarietà nel diritto dell'Unione Europea*, 2022.
321. Tomer A., *'Aedes sacrae' e 'edifici destinati all'esercizio pubblico del culto cattolico'. La condizione giuridica delle chiese tra ordinamento canonico e ordinamento italiano*, 2022.
322. Caletti G.M., *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, 2023.
323. Mulazzani G., *La Cassa depositi e prestiti e la riforma amministrativa dell'economia*, 2023.
324. Visconti A.C., *Banca centrale europea e sovranità economico-finanziaria*, 2023.
325. Pedullà A., *Contributo per una teoria sulla costituzionalizzazione del giusto procedimento*, 2023.
326. D'Angelo G. (edited by), *Aspects of customs control practices in selected EU member states*, 2023.
327. De Petris A.L., *Il principio* servitus in faciendo consistere nequit *e la categoria dell'onere reale nella tradizione romanistica*, 2023.
328. Medico F., *Il Doppio Custode. Un modello per la giustizia costituzionale europea*, 2023.
329. Santangelo A., *Uno studio sui delitti di turbativa. La tutela della concorrenza tra tipicità e proporzionalità dell'intervento penale*, 2023.
330. Albanese A., Quod nullum est nullum producit effectum? *I vizi del contratto e la forza del fatto*, 2023.
331. Pontoriero I., Veglia M. (a cura di), *«E sarai meco sanza fine cive». Temi, personaggi e fortuna della cultura politica e giuridica di Dante*, 2023.
332. Gustapane A., *La responsabilità penale dei pubblici ufficiali tra insindacabilità legislativa, imparzialità giudiziaria e discrezionalità amministrativa*, 2023.

Finito di stampare nel mese di novembre 2023
per i tipi di Bologna University Press