

Abuso d'ufficio: eccesso di potere e violazione di norme di legge o regolamento

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Necessità di un approccio interdisciplinare. – 3. Abuso d'ufficio ed eccesso di potere. - 4. La nozione di <<violazione di norme di legge>>. – 5. La nozione di <<violazione di norme di regolamento>>. - 6. Conclusioni.

1. *Premessa.* – Fin dal suo comparire sulla scena giuridica l'abuso d'ufficio è stato “terreno di scontro” tra due opposte ma complementari esigenze: da un lato cercare di rispettare il principio della tipicità della fattispecie penale al fine di evitare illegittime invasioni, da parte del potere giudiziario, di ambiti tradizionalmente riservati alla discrezionalità della p.a., in ossequio al principio della divisione dei poteri; dall'altro evitare di ridurre eccessivamente l'area di disvalore penale al chiaro fine di non lasciare impunte proprio le condotte più subdole e pericolose¹. Lo “scontro” tra queste due esigenze, presente già nella prima disposizione normativa con cui il nostro sistema giuridico ha regolato la figura in esame (art.175 del codice Zanardelli del 1889) ed anche in quelle successive, non è stato attenuato nemmeno con le ultime modifiche apportate dalla legge n.234/1997. Certo, i problemi maggiori derivano dalla oggettiva difficoltà di individuare l'esatta articolazione del profilo strutturale della fattispecie criminosa in oggetto: credere, tuttavia, di trovare la soluzione del problema nella sola corretta individuazione della condotta tipica punibile, costituisce un approccio alla tematica in esame sotto alcuni profili ingenuo e sotto altri fuorviante. Infatti, così facendo si viene a tralasciare il “risvolto ideologico” della problematica *de qua*: è indubbio che, per quanto il legislatore voglia individuare in modo preciso e puntuale l'ipotesi tipica sussunta nell'ambito della fattispecie penale in esame, dovrà comunque sempre sussistere un margine di discrezionalità nel cui ambito è difficile non ipotizzare un contrasto tra potere esecutivo e potere giurisdizionale. Non è revocabile in dubbio che la caratteristica peculiare della figura dell'abuso d'ufficio sia la sua permeabilità all'esterno ed in particolare << alle pressioni ideologiche>>². Sotto questo profilo la fattispecie in esame costituisce un punto di contatto tra la norma giuridica e la norma sociale, tra il mondo del “dover essere” e il mondo “dell'essere”. E' evidente, infatti, che la “formula elastica” contenuta necessariamente nell'ambito della ipotesi criminosa in oggetto consente il ricorso a parametri interpretativi ed a criteri ermeneutici altrimenti non praticabili. Tale rapporto osmotico, in aperto contrasto con una poco aderente visione puristica del diritto, determina una inevitabile “plasmabilità” della figura in esame con tutte le conseguenze non solo di ordine positivo ma anche di ordine negativo, soprattutto per quanto riguarda le incertezze interpretative ed i conseguenti contrasti

¹Cfr., in merito, G. LA GRECA, La nuova figura di abuso d'ufficio: questioni applicative, in Foro it., 1998, II, c. 383, secondo cui <<le forme più gravi e diffuse dello sfruttamento dell'ufficio ai fini privati sono quelle operate mediante stravolgimento dell'uso dei poteri discrezionali>>.

² G. CONTENUTO, Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi, in Reati contro la Pubblica amministrazione (Incontro di studio e documentazione per i magistrati, Trevi, 19-21 maggio 1989), in Quaderni del CSM, 1989, n.42, p.17.

giurisprudenziali: proprio in tale ambito si mostra in tutta la sua latitudine l'imprescindibilità della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, oltre che dell'elaborazione scientifica di dottrina e giurisprudenza. Non vi è dubbio, pertanto, che non si tratta unicamente di un problema di tecnica legislativa direttamente collegato ai metodi di articolazione e dettagliamento dell'aspetto strutturale dell'ipotesi criminosa, ma è anche e soprattutto un problema di contenuto che risente inevitabilmente del succitato rapporto osmotico tra norma sociale e norma giuridica e del conseguente procedimento ermeneutico: quindi, oltre che un problema di "forma" è anche e soprattutto un problema di "sostanza", in cui ha un ruolo fondamentale il corretto uso dei parametri ermeneutici. Ecco perché in materia penale, in cui l'esigenza di certezza è molto più avvertita che in ogni altro ramo del diritto, è davvero molto difficile trovare una disposizione normativa caratterizzata da tanti giudizi contrastanti come l'abuso d'ufficio. Non deve, pertanto, meravigliare *in materia de qua* l'esistenza di giudizi a volte diametralmente opposti, assai spesso risultato di analisi frutto di approcci ideologici e metodologici differenti. Certo, il principio di legalità anche nella sua più rigorosa espressione, non presuppone affatto che il profilo strutturale della fattispecie criminosa sia dettagliatamente previsto e regolato in ogni suo minimo aspetto: anzi, una siffatta tecnica legislativa sarebbe foriera di problemi ben più gravi di quelli eventualmente derivanti dalla adozione di una formula oculatamente elastica: infatti, si verrebbero a determinare <<leggi farraginose, contorte, piene di lacune ed in definitiva prive di certezza rispetto all'oggetto reale della disciplina, che è un rapporto sociale, e non un rapporto naturalistico>>³. Nell'ipotesi di abuso di ufficio appare altamente consigliabile escludere tale ultima evenienza anche se non può essere sottaciuta la circostanza che <<la rinuncia a puntellare l'abuso di elementi tassativi e l'imprescindibile necessità di requisiti normativi comportano il rischio di conservare alla fattispecie una struttura neutra ed elastica e come tale aperta a varie latitudini interpretative>>⁴.

2. *Necessità di un approccio interdisciplinare.* – Il punto di equilibrio di questa delicata opera di "modulazione" del profilo strutturale della fattispecie in esame può essere raggiunto solo prendendo le mosse da una necessaria presa d'atto: l'ampia fenomenologia che in vario modo si intende reprimere con l'abuso d'ufficio non attiene esclusivamente all'area del disvalore penale ma anche a quella dell'illecito amministrativo. Anzi, sottovalutare (o peggio sminuire) tale ultimo aspetto comporta un notevole ridimensionamento, soprattutto in termini di capacità di impatto, del sistema di prevenzione e repressione di quell'ampia e variegata tipologia di abusi che con la figura in esame si vuole debellare. E' opportuno, pertanto, un approccio interdisciplinare alla problematica in oggetto, un approccio che tenga nel dovuto conto anche il profilo sanzionatorio extrapenale ed in particolare quello amministrativo. Certo, tra i sistemi sanzionatori quello penale ha dato i "frutti" migliori ed è stato quello che più di ogni altro ha contribuito ad individuare gravi

³ In questi termini espressamente A.PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, II, 1992, p.236.

⁴ I. RUSSO, *L'abuso d'ufficio: una riforma ancora da riformare?*, in *Gazzetta giuridica* Giuffrè Italia Oggi, 1997, n.40, p.1 s.

⁵ Sul punto ci sia consentito di rinviare a P.TANDA, *Giudice penale e disapplicazione*, in questa rivista, 1998, p.2951 s.

forme di abusi (Tangentopoli), ma assai spesso ha fatto emergere in tutta la sua gravità il problema della “supplenza” del giudice penale e della pressochè totale carenza di controlli amministrativi⁵.

3. *Abuso d'ufficio ed eccesso di potere.* – Un momento fondamentale ed ineliminabile dell'analisi in oggetto è rappresentato dall'imprescindibile approfondimento del principio di legalità nella sua più delicata espressione (principio di tassatività) ed in particolare nell'approfondimento del concetto di “violazione di norme di legge o di regolamento” determinante, unitamente al danno ingiusto o all'ingiusto vantaggio patrimoniale, ai fini della realizzazione della condotta tipica dell'abuso di ufficio. Non meno rilevante ai fini dell'analisi in esame è l'individuazione degli esatti termini del rapporto intercorrente tra la citata nozione di “violazione di legge o di regolamento” e la nozione di eccesso di potere e quindi, più in generale, tra tale ultima nozione e la figura dell'abuso d'ufficio.

E' stato autorevolmente affermato che <<la ratio della disposizione – risultante dai resoconti della discussione parlamentare – è quella di evitare che l'abuso punibile possa essere identificato con il semplice eccesso di potere o con una delle figure sintomatiche di questo.....Ed, infatti, anche a voler prescindere dall'astratta configurabilità dell'eccesso di potere rispetto ad un mero comportamento, nel corso della discussione parlamentare è stato evidenziato che da una siffatta interpretazione della norma in esame deriva un'eccessiva estensione dell'area di punibilità. Dunque, per il legislatore del 1997, il reato di abuso di ufficio non è configurabile se il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio non hanno violato una precisa norma legislativa o regolamentare>>⁶. Del resto la norma in esame, proprio al chiaro scopo di limitare l'intervento del giudice penale in settori tradizionalmente riservati alla discrezionalità della pubblica amministrazione, con la sua prima riforma del 1990 venne profondamente modificata rispetto alla sua originaria configurazione – risalente al codice Rocco – di disposizione avente funzione tipicamente generica e sussidiaria (applicabile unicamente nel caso in cui l'abuso del pubblico ufficiale non era regolato da una precisa norma di legge), assumendo un ruolo di figura cardine del più ampio sistema dei delitti contro la p.a.: infatti, tale nuova figura venne ad abbracciare anche ipotesi che in precedenza erano regolate da altre disposizioni normative (interesse privato e peculato per distrazione). Tuttavia, la riforma del 1990 ebbe un effetto diametralmente opposto a quello prefissato: infatti, nella pratica il reato di abuso d'ufficio venne ad assumere connotazioni così ampie da comportare addirittura la paralisi di alcuni importanti settori della p.a., arrivandosi anche ad utilizzare l'espressione di “abuso dell'abuso d'ufficio”. Per ovviare alla situazione di fatto determinatasi il legislatore del 1997 ha ritenuto di ridisegnare la condotta tipica del delitto di abuso di ufficio in maniera più chiara e precisa che nella precedente riforma, individuandola nel comportamento del pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di

⁶ Così testualmente Cass. sez. III, 4 dicembre 1997 (dep.22 gennaio 1998), Pres. Simeone, Rel. Sirena, Ric. Tosches, in questa rivista, 1998, p.233 s., con nota di M. GAMBARDELLA; in Foro it. 1998, II, c.258 s., con nota di A. TESAURO ed in Guida al diritto, 1998, fasc. 9, p.67, con nota di O. FORLENZA.

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. Sebbene la chiara intenzione del legislatore è stata quella di eliminare la figura dell'eccesso di potere dall'ambito di rilevanza del reato di abuso di ufficio, non pochi si pongono in avviso contrario⁷. Certo, non può sottacersi la circostanza che c'è il concreto rischio di far rimanere <<prive di sanzioni proprio le condotte più subdole, dissimulate da un formale rispetto della legge>>⁸: infatti, non vi è dubbio che assai spesso l'atto con cui si pone in essere l'abuso <<è legittimo sul piano strettamente formale, ma l'osservanza dell'*iter* procedimentale, anziché essere rivolto alla realizzazione del principio di imparzialità diventa strumento di elusione delle esigenze della trasparenza dell'attività amministrativa. Né si dimentichi che è stato merito della magistratura aver scoperto l'uso anomalo del tecnicismo normativo, accuratamente strumentalizzato per eludere finalità pubbliche e perseguire favoritismi>>⁹. In tal senso, da un punto di vista storico, pur se il contributo principale è stato dato dalla giurisprudenza francese dei primi anni del secolo scorso, anche in Italia ben presto si acquisì la consapevolezza di poter <<giungere, attraverso l'impiego di strumenti logici in continuo affinamento, a scoprire deficienze che distorcono il processo decisionale portando a risultati incongrui, a "violare lo spirito della legge" pur rispettandone la lettera>>¹⁰. Non a caso l'eccesso di potere è considerato la più significativa tra le figure di legittimità proprio perché coinvolge l'aspetto più delicato del provvedimento amministrativo, e cioè il processo decisionale: ciò è ancora più vero se ci si colloca nell'ottica di chi ritiene che la figura in esame possa riguardare non solo il fine ma anche ogni altro elemento dell'atto amministrativo capace di essere regolato normativamente in modo da lasciare ambiti di discrezionalità¹¹. L'importanza della figura in oggetto deriva proprio dal fatto di costituire un vizio che attiene all'aspetto funzionale dell'atto amministrativo: l'originaria formulazione giurisprudenziale francese <<*détournement*

⁷ Cfr., tra gli altri, A. PAGLIARO, Principi di diritto penale – Parte speciale – Delitti contro la pubblica amministrazione, Milano, 1998, p.240. In merito si rinvia anche alla nota 25. Inoltre cfr. V. MANES, Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere, in Foro it., 1998, II, c. 384, secondo cui <<a ben vedere, dunque, l'eccesso di potere sembra – di fatto – destinato a coprire un ruolo non certo secondario anche nella nuova fattispecie dell'abuso d'ufficio>>. Ancora cfr. LAUDI, L'abuso d'ufficio: luci ed ombre di un'attesa riforma. Profili sostanziali, in Dir. pen. e proc., 1997, p.1031.

⁸ A. NAPPI, La riforma dell'abuso d'ufficio, in Gazzetta giuridica Italia Oggi, 1996, n.38, p.1.

⁹ I. RUSSO, L'abuso d'ufficio: una riforma ancora da riformare?, cit., p.2. Per un'accurata descrizione della figura dell'eccesso di potere v. Cass.sez. VI, 12 febbraio 1997, n. 290, in questa rivista., 1997, p.288 s..

¹⁰ In passato la figura in esame veniva individuata nei termini corrispondenti all'attuale concetto di straripamento di potere: tuttavia l'attenta elaborazione dottrinale e giurisprudenziale arrivarono ben presto a ricondurre la figura in esame nel giusto ambito e comunque, quando per la prima volta l'eccesso di potere fece ingresso sulla scena giuridica del nostro sistema normativo con la legge del 1889 istitutiva della IV sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, si comprese bene che dal suo contenuto esulava del tutto la nozione di straripamento di potere.

¹¹ Così testualmente A. AZZENA, Attività amministrativa - L'atto amministrativo, in AA.VV., Diritto amministrativo, Manduzzi editore, Bologna, 1993, p.1255.

de pouvoir>> dà l'esatta idea dello sviamento dell'atto rispetto al suo fine tipico. E' chiaro che il presupposto di tale ricostruzione è costituito dall'esistenza di un vincolo – che ogni atto amministrativo deve avere – ad un preciso scopo <<più o meno direttamente connesso ad una esigenza di pubblico interesse che la norma attributiva del relativo potere intenda venga appagata>>¹². E' necessario guardare all'attività funzionale alla produzione dell'atto nel suo momento dinamico, cioè nel suo svolgersi, e non limitare l'analisi unicamente al segmento finale (e statico): così operando sarà possibile cogliere le deficienze che distorcono il processo decisionale, deficienze non rilevabili sulla base del solo risultato finale del processo decisionale¹³. Bisogna, tuttavia, rifuggire da un approccio eccessivamente formalistico che porti a considerare la mera presenza di una figura sintomatica causa di annullamento dell'atto amministrativo: tale conseguenza deve derivare da un concreto ed effettivo sviamento dell'atto rispetto al fine tipico. Pertanto, proprio per la sua particolare configurazione deve ritenersi che l'eccesso di potere sia un concetto ontologicamente distinto dalla figura dell'abuso d'ufficio: pur se in determinate ipotesi vi può essere una occasionale sovrapposibilità delle due figure, ciò non intacca minimamente la loro diversità strutturale. Quindi, l'eccesso di potere può e deve rilevare unicamente sul piano amministrativo a meno che si tratti, in concreto, della diversa ipotesi di “violazione di norme di legge o di regolamento” e sussistano gli ulteriori elementi indicati nell'art.323 c.p.. Va conseguentemente condivisa l'opinione secondo cui <<non è il parametro dei vizi di legittimità nell'attività amministrativa che deve servire a qualificare la condotta come tipica; occorre staccarsi da questo approccio. E' solo la presenza di una violazione di una norma di legge ad essere *standard* rilevante per il comportamento dell'agente pubblico, a prescindere dalla presenza del vizio di eccesso di potere>>¹⁴.

¹² A AZZENA, Attività amministrativa – L'atto amministrativo, in AA. VV., Diritto amministrativo, cit., p. 1255-1256.

¹³ Opportunamente afferma A.AZZENA, Attività amministrativa - L'atto amministrativo, in AA.VV., Diritto amministrativo, cit., p.1257: <<per usare un'immagine, come nel passaggio dalla fotografia alla cinematografia se si dovesse giudicare del comportamento dei conducenti in occasione di uno scontro fra auto, essendo ben diversa la possibilità di giudicare correttamente ove si disponga soltanto di una foto scattata nel momento dell'impatto ovvero di un film di tutta la sequenza dell'evento>>.

¹⁴ In tal senso espressamente M. GAMBARDELLA, Considerazione sulla <<violazione di norme di legge>> nel nuovo delitto di abuso di ufficio (art.323 c.p.), in questa rivista, 1998, p.2341 – 2342. Nello stesso senso cfr. anche M.LEONI, Il nuovo reato di abuso d'ufficio, CEDAM, 1998, p.35 s. Sul punto cfr. anche A. ALBAMONTE, Dal <<teorema>> della disapplicazione degli atti amministrativi alla <<novella>> n.234 del 1997. Il caso della concessione edilizia <<illegittima>>, in Riv. pen., 1998, p.643, secondo cui <<il legislatore ha voluto abbandonare la categoria dei vizi dell'atto (vedi “...abusa del suo ufficio...”: art.323 c.p. previgente), optando per l'accertamento della <<violazione di norme di legge o regolamento>>, parametro descrittivo dell'illegalità dell'esercizio della funzione o del servizio, apprezzabile oggettivamente dal giudice penale>>. In merito cfr., inoltre, A. MANNA, Luci ed ombre nella nuova fattispecie di abuso d'ufficio, in Ind. pen., 1998, p.21 s., secondo cui poiché il legislatore non ha aggiunto <<il termine “specifiche” alla violazione di norme di legge o di regolamento, appare ancora possibile il riferimento all'art.97 Cost. e a tutte quelle norme di leggi ordinarie che, come l'art.1 della l.n. 241 del 1990, fanno riferimento

4. *La nozione di <<violazione di norme di legge>>*. – Indubbiamente le norme che disciplinano il contraddittorio, la completezza dell'attività istruttoria, l'obbligo della preventiva determinazione dei criteri di massima, il rispetto dei criteri autodati, la motivazione degli atti, la loro pubblicità, costituiscono espressione del principio di imparzialità che, essendo diretto ad assicurare l'esercizio del potere secondo legge, sotto certi profili è assimilabile al principio di legalità¹⁵. Analogamente non può negarsi la circostanza che vi siano norme le quali dei succitati principi generali di imparzialità e buon andamento costituiscono espressione ed al tempo stesso contenuto precettivo (il principio di economicità, il principio di efficacia di cui all'art.1 l. n.241/90, di doverosità e immediatezza di cui all'art.2, di semplificazione amministrativa di cui agli artt. 14 e ss., di non contraddittorietà, del divieto di disparità di trattamento, ecc.)¹⁶. Tuttavia è opportuno ben evidenziare la circostanza che il vizio di legittimità posto in essere con la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio deve necessariamente consistere in violazione di norme che impediscano puntualmente il comportamento sostanziale, come affermato in modo ineccepibile dal Supremo Collegio, con sentenza della sez. II, 4 dicembre 1997, Tosches¹⁷. Tale impostazione è perfettamente aderente, oltre che all'espressa volontà del legislatore, alla struttura ontologica della figura dell'eccesso di potere innanzi evidenziata. Del resto, se non si accogliesse tale accezione della nozione di <<violazione di norme di legge o di regolamento>> rilevante ai sensi del riformulato art. 323 c.p., si correrebbe il rischio di operare una interpretazione pericolosamente estensiva che finirebbe, in buona sostanza, per ricreare i presupposti che hanno portato al fallimento della precedente riforma del 1990¹⁸. Quindi, a tale

al dovere di rispetto, da parte di pubblici funzionari, dell'efficienza e soprattutto dell'imparzialità, per far rientrare i casi di eccesso di potere – che sono sicuramente vizi di legittimità e non di merito – nell'ambito dell'art.323 c.p.>>.

¹⁵ Cfr. G. PERICU, *Attività amministrativa – Premessa introduttive e principi costituzionali*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, cit., p.990-991; V. MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro it.*, 1998, II, c. 393.

¹⁶ In tal senso espressamente V.MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, cit., c.393. Tale Autore (op. cit.,c.393), inoltre, afferma che<<nella l. n.241 tali principi vengono – per la gran parte – specificati in forme di regole, precettive e vincolanti, in modo tale da poter assumere diretta rilevanza ai fini della configurazione della nuova norma sull'abuso d'ufficio: si pensi – ad esempio – al principio di economicità (art.1 l.n.241/90) ulteriormente articolato nel divieto di non aggravamento (art.1, 2° comma), con riguardo alla possibilità di configurare un abuso nella forma della prevaricazione; o ancora si pensi all'onere di provvedere e all'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso (art.2), e alla correlativa possibilità di configurare un abuso in forma omissiva ... E certo violazioni di siffatti principi, applicazioni – come ricordato - dei criteri di buon andamento, di imparzialità e di ragionevolezza, attengono molto più all'essenza dell'eccesso di potere che non alla violazione di legge... dunque l'eccesso di potere sembra – di fatto – destinato a coprire un ruolo non certo secondario anche nella nuova fattispecie dell'abuso d'ufficio>>.

¹⁷ La sentenza indicata nel testo è reperibile in questa rivista, 1998, p.2332 s. con nota di M. GAMBARDELLA; in *Foro it.*, 1998, II, c.258, con nota di A. TESAURO; in *Guida al diritto*, 1998, fasc.9, p.74, con nota di O. FORLENZA.

¹⁸ Afferma il Supremo Collegio (Cass. sez. II, 4 dicembre 1997, cit., p.2334) che <<un'interpretazione diversa da quella prospettata finirebbe con il rendere assolutamente vana la

specifico scopo la Suprema Corte di Cassazione nella succitata sentenza subordina l'operatività della nozione di <<violazione di norme di legge o di regolamento>> a due presupposti: <<il primo di essi è che la norma violata non sia genericamente strumentale alla regolarità dell'attività amministrativa ma vieti puntualmente il comportamento sostanziale del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio; e pertanto, sono irrilevanti le violazioni di alcune norme a carattere meramente procedimentale, come ad esempio quelle che impongono all'amministrazione di tenere conto delle memorie e dei documenti prodotti dal privato o di motivare l'atto amministrativo (cfr.: l. n. 241 del 1990), ovvero le violazioni di norme generalissime o di principio, come quella prevista dall'art.97 della Costituzione sul buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, che peraltro appare di carattere organizzativo e non sembra prescrivere specifici comportamenti ai singoli soggetti. Il secondo presupposto è che l'agente deve violare leggi e regolamenti che di questi atti abbiano i caratteri formali ed il regime giuridico, non essendo sufficiente un qualunque contenuto materialmente normativo della disposizione trasgredita>>¹⁹. Quindi, può anche verificarsi la circostanza che la violazione di una siffatta disposizione normativa possa costituire una tipica affezione patologica attinente all'aspetto funzionale dell'atto amministrativo, e ciò soprattutto se si ritiene, come accennato in precedenza, che la figura dell'eccesso di potere possa riguardare non solo il momento finale del processo decisionale del provvedimento amministrativo ma anche ogni altro elemento suscettibile di essere regolato normativamente in modo da lasciare ambiti di discrezionalità. Tuttavia, in tali ipotesi ciò che rileva ai fini della sussistenza dell'abuso d'ufficio non è certamente la figura dell'eccesso di potere – che rimane, per così dire, sullo sfondo – ma unicamente la violazione della disposizione normativa con le caratteristiche individuate in precedenza: <<forse qualcuno in presenza di un comportamento dell'agente pubblico, in “violazione di norme di legge” potrà anche riconoscere, a ragione, la presenza di un atto amministrativo viziato da eccesso di potere: ciò ai fini del 323 c.p. non interessa...>>²⁰. Solo in tal modo la condotta posta in essere può avere un disvalore penale, diversamente si è in presenza soltanto di un atto affetto dal succitato vizio funzionale che dispiega i suoi effetti solo su di un piano squisitamente amministrativo. E' chiaro che la sussistenza dell'illecito penale richiede, oltre ai due presupposti innanzi citati, la doverosa verifica dell'ingiustizia del vantaggio patrimoniale conseguito o fatto conseguire ovvero del danno²¹: sembra superfluo

riforma del 1997, volta – come si è visto – a valorizzare il principio della separazione dei poteri e ad individuare, con sufficiente chiarezza, il discrimine tra legittimità e illiceità>>.

¹⁹ In questi termini Cass. sez. II, 4 dicembre 1997, cit. p.2334.

²⁰ Così testualmente M. GAMBARDELLA, Considerazioni sulla <<violazione di norme di legge>> del nuovo delitto di abuso di ufficio (art.323 c.p.), cit., p.2342.

²¹In tal senso cfr. anche O.FORLENZA, La violazione di legge assume un rilievo penale solo se non è di carattere puramente formale, in Guida al diritto, 1998, fasc. 9, p.72, secondo cui <<l'analisi dell'elemento

oggettivo, riferita all'illegittimità che colpisce uno o più atti o comportamenti del pubblico ufficiale, deve essere completata doverosamente dalla verifica della ingiustizia del vantaggio conseguito o fatto conseguire. E' alla luce di tale aspetto, infatti, che anche una violazione di legge formale può acquistare una sua indubbia rilevanza penale>>.

evidenziare come la nuova figura di abuso di ufficio da reato di mera condotta è stato modificato in reato di evento, con la conseguenza che non è più necessario il semplice fine di avvantaggiare o di danneggiare ma l'effettiva produzione di un vantaggio patrimoniale o di un danno²².

In riferimento al concetto di “violazione di norme di legge” non è mancato chi ha ritenuto di differenziarlo rispetto al concetto di “vizio di violazione di legge” di cui all'art. 26 del r.d. 26 giugno, 1994, n. 1054 (<<Spetta al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per *violazione di legge*>> contro gli atti amministrativi) ed all'art. 2 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034 (<<il Tribunale amministrativo decide.... sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per *violazione di legge*>> contro gli atti amministrativi)²³. Si tratterebbe di due concetti giuridici che, pur potendo in alcuni casi riguardare situazioni analoghe, vanno comunque differenziati in quanto <<denotano oggetti diversi>>²⁴. Non è, comunque, revocabile in dubbio che debbano essere ricondotte nell'ambito della nozione in esame non solo le leggi statali ordinarie e costituzionali ma anche i decreti-legge ed i decreti legislativi, nonché le leggi regionali e delle province autonome. Quanto alla Costituzione, sebbene essa assurga al ruolo di “legge fondamentale”, non può considerarsi rilevante ai fini della figura dell'abuso d'ufficio la violazione di norme generalissime o di principio o comunque di carattere organizzativo che non prescrivano specifici e concreti comportamenti ai singoli soggetti: pertanto, la violazione di una disposizione costituzionale può

²²Tale innovazione è stata accolta favorevolmente da FRAGLIAZZO, L'abuso d'ufficio, relazione all'Incontro del CSM riservato agli uditori giudiziari, Roma, 21 gennaio 1997, secondo cui <<vale a recuperare un contenuto di offensività ad un illecito che altrimenti sarebbe stato meramente formale di per sé rilevante solo sul piano amministrativo>>. Secondo invece DI GIOVINE, Verso un nuovo abuso d'ufficio, in Documenti giustizia, 1996, n. 10, p. 2064, la nuova formulazione dell'art. 323 c.p. <<non pare ancora in grado di connotare il fatto in termini penalistici, dal momento che, sotto il profilo della tipicità oggettiva, non emergono tratti differenziali sufficienti rispetto al semplice illecito civile o amministrativo>>.

²³ In questo senso M. GAMBARDELLA, Considerazioni sulla <<violazione di norme di legge>> nel nuovo delitto di abuso di ufficio (art. 323 c.p.), cit., p. 2336. Cfr. anche M.S. GIANNINI, Diritto amministrativo, Vol. II, Giuffrè, 1988, p. 748, secondo cui se <<l'illegittimità è, per definizione, violazione di legge, il vizio di “violazione di legge” in senso specifico deve significare qualcosa di meno>>.

²⁴ M. GAMBARDELLA, Considerazioni sulla <<violazione di norme di legge>> nel nuovo delitto di abuso di ufficio (art. 323 c.p.), cit., p. 2338. Secondo l'Autore tale ricostruzione sarebbe ulteriormente avvalorata sia dal mancato riferimento da parte dell'art. 323 c.p. al vizio di incompetenza, sia dal testuale richiamo all'<<obbligo di astensione>>, sia dalla circostanza che la nuova figura dell'abuso d'ufficio non presuppone la presenza nel fatto tipico di un atto amministrativo. Cfr. in merito anche C. LUZZATI, La vaghezza delle norme, Giuffrè, 1970, p. 7 s.

²⁵ In questi termini espressamente T. PADOVANI, Commento all'art. 323 c.p., in Legislazione pen., 1997, p. 3. Secondo A. PAGLIARO, Principi di diritto penale - Parte speciale - Delitti contro la pubblica amministrazione, cit., p. 240, la nuova figura dell'abuso d'ufficio comprende tutte le ipotesi in cui il funzionario eserciti i suoi poteri in violazione di disposizioni contenute in una legge o in un regolamento senza escludere le ipotesi di eccesso di potere: infatti, se il legislatore avesse voluto far riferimento alla

<<difficilmente ridursi al mero ambito dell'art.323 c.p.>>²⁵. Non meno problematica è la riconducibilità di altre fonti primarie, quali i regolamenti di organi costituzionali, nell'ambito della nozione di "legge" che comunque non può certamente abbracciare precetti di fonte sottordinata alla normazione secondaria, come "gli ordini e le discipline" di cui all'art.43 c.p.²⁶. Ad analoga conclusione deve giungersi in relazione all'inosservanza di circolari amministrative (interpretative, informative, ecc.), non trattandosi di veri e propri atti normativi ma unicamente di "misure di conoscenza", salvo il caso in cui una legge o un atto equipollente contenga uno specifico rinvio ad una circolare, anche se non ancora emanata, per la individuazione di elementi o previsioni ai fini del dettagliamento più articolato di una regolamentazione. Potrebbe, pertanto, essere rilevante ai sensi dell'art.323 c.p. la violazione di circolari integrative

nozione di violazione di legge in senso amministrativistico avrebbe dovuto dirlo in modo espreso, del resto le forme più gravi e diffuse della strumentalizzazione dell'ufficio a fini privati sono poste in essere attraverso lo stravolgimento dell'esercizio di poteri discrezionali. In ogni caso secondo l'Autore in esame tra le disposizioni di legge rientra certamente anche l'art.97 Cost. L'analisi storica dell'ultima riforma dell'abuso d'ufficio dovrebbe condurre secondo M. LAUDI, L'abuso d'ufficio: luci ed ombre di un'attesa riforma – Profili sostanziali, cit., p.1051, ad escludere la possibilità di ricondurre i principi costituzionali ed in particolare quello di cui all'art.97 relativo all'imparzialità e al buon andamento della pubblica amministrazione, nell'ambito della nozione di violazione di legge. Infatti, è chiaro l'intento del legislatore di limitare la rilevanza penale della figura dell'abuso d'ufficio: tuttavia, può ben verificarsi il caso in cui l'ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, pur nel rispetto formale della legge, venga ad adottare un provvedimento in contrasto con i criteri di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione: escludere in questo caso la punibilità per difetto dell'elemento materiale del reato comporterebbe il degradare l'art. 97 Cost. a semplice disposizione programmatica. Secondo tale orientamento dottrinale è concreto il rischio di estendere oltremodo, ed anche contro le intenzioni del legislatore, l'ambito di applicabilità dell'art.323 c.p. ma si presenta connotato da un indice di maggior rischio l'approccio formalistico che venga ad attribuire alle violazioni formali un peso maggiore rispetto all'inosservanza di principi che disciplinano l'organizzazione e il funzionamento della P.A. In merito cfr. anche O FORLENZA, La violazione di legge assume un rilievo penale solo se non è di carattere puramente formale, cit., p. 72, secondo cui <<è in questo caso del tutto evidente che, attraverso un aggancio puramente formale alla disposizione più che alla norma, verrebbe reintrodotta una valutazione dell'eventuale violazione dell'eccesso di potere: infatti il parametro del buon andamento amministrativo è strumento di verifica del corretto esercizio del potere discrezionale e, quindi, inevitabilmente, mezzo di verifica della sussistenza del vizio di eccesso di potere>>.

²⁶ In tal senso cfr. anche M. LAUDI, L'abuso d'ufficio: luci ed ombre di un'attesa riforma – Profili sostanziali, cit., p.1051.

²⁷ Così, M.LEONI, Il nuovo reato di abuso d'ufficio, Padova, 1998, p.27.

²⁸ Infatti la potestà regolamentare rappresenta <<l'espressione principale del potere normativo del Governo, anzi, ne rappresenta l'unica vera manifestazione, perché il potere regolamentare è solo di diretta pertinenza dell'esecutivo: l'emanazione dei decreti-legge e dei decreti legislativi costituisce, infatti, l'esercizio, da parte del Governo, di un potere fondamentalmente alieno, tant'è vero che entrambi necessitano di un'autorizzazione preventiva (delegazione legislativa) o di un riconoscimento successivo (conversione in legge) da parte del Parlamento, unico vero titolare del potere legislativo nell'ambito dell'apparato statale, perché li si possa ricondurre all'interno del sistema sanando la frattura che essi apportano nella ripartizione delle funzioni dello Stato>>: così A. ROMANO TASSONE, La normazione secondaria - Fonti, soggetti e situazioni giuridiche soggettive, in AA.VV., Diritto amministrativo, cit., p.189-190.

di atti normativi che a loro volta già costituivano integrazione del precetto penale²⁷. Più in generale non può sottacersi la circostanza che i complessi problemi relativi alla nozione di “violazione di norme di legge o di regolamento” vengono inevitabilmente ad acuirsi nel momento in cui si ponga mente al fatto che l’esatta individuazione dell’ambito applicativo delle locuzioni “norme di legge” e “norme di regolamento” attiene, oltre che – come accennato innanzi – al delicato equilibrio tra potere esecutivo e potere giudiziario, anche al non meno delicato equilibrio tra potere legislativo e potere esecutivo²⁸.

5. *La nozione di <<violazione di norme di regolamento>>*. – Indubbiamente i problemi interpretativi che si pongono in merito sono dovuti essenzialmente all’ampio significato della figura giuridica che va sotto il nome di regolamento²⁹: infatti, tale figura designa una categoria assolutamente eterogenea di atti normativi alcuni dei quali si collocano ad un livello primario nell’ambito della gerarchia delle fonti (regolamenti parlamentari e regolamenti comunitari). Tuttavia, con la figura in esame comunemente si fa riferimento ad un atto normativo che, nella suddetta gerarchia, si colloca ad un livello secondario. Partendo proprio dal carattere della secondarietà (o comunque della sub-primarietà) e da quello della normatività, non è mancato chi ha cercato di costruire una nozione unitaria di regolamento il quale, si afferma, sarebbe sempre espressione di autonomia e non di sovranità in quanto non può essere emanato con quella assoluta “libertà nel fine” che dovrebbe costituire il tratto essenziale della legge (atto normativo “primario” per eccellenza). Tale prospettazione è avversata da un autorevole orientamento dottrinale secondo cui una ricostruzione teorica unitaria della figura in esame risulta essere di scarsa utilità in quanto tale figura abbraccia ipotesi così diverse da far acquisire all’eventuale “categoria di sintesi” un carattere di generalità tale da contribuire poco o nulla all’individuazione dei tratti essenziali degli atti normativi della categoria stessa³⁰. Nell’individuare i caratteri salienti della figura in esame non di rado si fa ricorso - oltre al dato negativo di non essere legge in senso formale e dunque di non derivare dal Parlamento, ma da organi dell’esecutivo – al criterio tradizionale della generalità ed astrattezza (caratteri propri anche della legge in senso materiale). Tuttavia , l’insufficienza di tale criterio è dimostrato dalle notevoli difficoltà di distinguere,

²⁹ Non a caso LA GRECA, *La nuova figura di abuso di ufficio: questioni applicative*, cit., p.385, afferma testualmente che<< il riferimento contenuto nel nuovo testo alla violazione di norme di regolamento costituisce una nota dolente della disciplina, dato che l’atto richiamato è inteso in una grande varietà di significati e la sua individuazione potrà dar luogo a molte e difficili questioni>>. Anche O. FORLENZA, *La violazione di legge assume rilievo penale solo se non è di carattere puramente formale*, cit, p.71, ritiene che <<la soluzione non sembra altrettanto pacifica per i regolamenti>>.

³⁰ Così A.ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria – Fonti, soggetti e situazioni giuridiche soggettive*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, cit., p.189-190, secondo cui <<è solo attenendoci al lessico comune (e, dunque, senza alcuna pretesa di definire la categoria in termini tecnicamente precisi), che affermiamo pertanto che il regolamento costituisce il tipo prevalente di atto normativo secondario>>.

attraverso esso, la figura in esame da alcuni provvedimenti amministrativi di carattere generale, come ad esempio il piano regolatore generale urbanistico. Si è ritenuto, pertanto, di focalizzare l'attenzione principalmente sul carattere dell'astrattezza, il solo tratto caratterizzante ritenuto aspetto peculiare ed esclusivo degli atti normativi: si è detto, infatti, che altro è "disporre" e cioè dettare preventivamente le regole di composizione degli interessi dei consociati e quindi di valutazione giuridica della loro condotta, altro è "provvedere" e cioè dare, anche se in termini generali, una disciplina concreta e precisa a tali interessi. Tuttavia, anche in questo caso il riferimento ad un atto amministrativo a contenuto generale come il summenzionato piano regolatore generale urbanistico, mette a nudo tutte le difficoltà che in pratica possono derivare dalla succitata distinzione: né tali difficoltà sembrano potersi superare facendo riferimento al carattere della ripetitività ed applicabilità a fattispecie concrete ovvero al differente carattere della intrinseca "politicalità" delle fonti del diritto, e cioè del valore politico-sociale di quanto in esse è disposto³¹. Nel panorama generale del nostro sistema normativo sembra potersi individuare un chiaro orientamento legislativo diretto ad identificare gli atti normativi e quindi la figura in esame sulla base di un criterio di natura meramente formale: tale orientamento è tanto più apprezzabile laddove si ponga mente al fatto che la materia in oggetto è particolarmente complessa e connotata da un elevato contenuto di politicalità tale da rendere particolarmente difficile disciplinare la materia stessa. Un chiaro esempio di tale orientamento legislativo è rinvenibile nella legge 11 dicembre 1984, n.839 che, sostituendo la denominazione <<raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti>> con quella di <<raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana>>, ha voluto chiaramente distinguere, in ordine all'inserzione nella medesima raccolta, gli atti normativi secondari dai semplici atti amministrativi. Inoltre il d.P.R. 28 dicembre 1985, n.1092, all'art.3 prevede per gli atti normativi del Capo dello Stato da inserire nella raccolta, una speciale formula che, tra l'altro, deve riportare l'indicazione del ministro o dei ministri proponenti nell'ordine di inserimento nella raccolta stessa. Ma ancor più espressione del succitato orientamento legislativo è l'art.17 della l.n.400/1988 secondo cui la figura in esame deve necessariamente avere un particolare *iter* procedimentale, deve essere pubblicata nella gazzetta ufficiale oltre che inserita nella raccolta ufficiale degli atti normativi e, aspetto ancor più determinante, deve contenere la formale denominazione di "regolamento". Tutto ciò indubbiamente consente l'effettivo e concreto rispetto dei parametri - di rilievo costituzionale - di certezza e conoscibilità della disposizione normativa. Sotto questo profilo la l. n.400 del 1988 con l'art.17 ha contribuito notevolmente da un lato a

³¹ Afferma opportunamente A.ROMANO TESSONE, La normativa secondaria – Fonti, soggetti e situazioni giuridiche soggettive, in AA.VV., Diritto amministrativo, cit., p.170, che <<nessuna delle due posizioni sopra illustrate ci sembra del tutto convincente. Da un lato infatti gli stessi fautori della tesi dell'astrattezza e della generalità ammettono che, seppur in casi marginali, si danno atti precettivi a contenuto astratto generale che non appartengono tuttavia al novero degli atti normativi...D'altro canto, però, la tesi che ravvisa nella intrinseca "politicalità" il connotato distintivo delle fonti del diritto, ancorché possa vantare una notevole aderenza alla realtà, non sembra offrire un criterio apprezzabilmente certo, giacché è evidente l'opinabilità estrema di simili valutazioni>>.

rendere riconoscibili gli atti normativi del Governo e dei singoli ministri e dall'altro a distinguerli per gli inequivocabili profili normali dagli atti amministrativi a contenuto generale, anche se allo stato deve ritenersi che un vero e proprio criterio discrezionale universalmente riconosciuto non sussiste: prova ne sia la succitata difficoltà in cui si imbattono dottrina e giurisprudenza in ordine alla qualificazione giuridica del piano regolatore generale. Di notevole interesse è accertare se tale strumento urbanistico possa rientrare nella categoria dei regolamenti e quindi verificare se la violazione delle prescrizioni in esso contenute possa configurare un'ipotesi di "violazione di norme di regolamento". Quanto mai ampio e variegato è il quadro delle possibili soluzioni offerte dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Le sezioni civili della Suprema Corte di Cassazione riconducono lo strumento urbanistico in esame nell'ambito dell'ampia categoria degli "atti normativi"³². Le sezioni penali del Supremo Collegio operano un netto distinguo (risalente all'art.32 co.1°, l. 17 agosto 1942, n.1150 modificato dall'art.2 l.28 febbraio 1985, n.47) tra norme, contenute nelle leggi urbanistiche e nei regolamenti, prescrizioni, rinvenibili nei piani regolatori e nei programmi di fabbricazione, e modalità esecutive che sono fissate dalle concessioni edilizie³³. La Corte Costituzionale, invece, qualificando il piano regolatore generale come <<tipica manifestazione di potestà amministrativa... in quanto volta a soddisfare necessità pubbliche concrete>>³⁴, dimostra di voler accentuare l'aspetto provvedimentale dello strumento urbanistico in esame. Nell'ampio dibattito dottrinale tra coloro che riconducono il P.R.G. nella categoria degli atti amministrativi generali e coloro che, invece, lo riconducono nell'ambito della categoria degli atti normativi, si fa sempre più strada una tesi intermedia secondo cui tale strumento urbanistico è un atto che può contenere al tempo stesso prescrizioni generali ed astratte e disposizioni concrete, dirette a risolvere problemi urbanistici specifici ed attuali: da qui, appunto, la natura mista del P.R.G. In particolare, alle disposizioni di carattere astratto e generale contenute nelle "norme d'attuazione" relative a tipologie e *standards* urbanistici ed edilizi si attribuisce carattere normativo, invece alle disposizioni inerenti le localizzazioni e zonizzazioni aventi carattere generale ma concreto viene riconosciuto valore di provvedimenti generali. In tal senso si colloca anche la sentenza indicata in epigrafe secondo cui alcuni specifici riferimenti legislativi sembrano confortare tale ultima ricostruzione teorica: infatti, l'art.13 della l. 241/90 esclude l'applicabilità delle norme sul procedimento amministrativo nei confronti dell'attività della P.A. diretta ad emanare atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e programmazione. Inoltre, ad avviso della sentenza in commento, il comma 2 dell'art.32 l.n.142/90 <<che disciplina la competenza dei consigli, colloca nella lett.a gli statuti degli enti e delle aziende speciali, i regolamenti, l'ordinamento degli uffici e dei servizi; nella lett.b colloca invece una serie di altri atti, tra i quali i piani territoriali ed urbanistici. Anche la

³² In merito cfr. Cass. sez. II, 16 giugno 1992, Fontana c/ Bucca, r.v. 477747; Cass. sez. II 5 febbraio 1993, Ministero delle Finanze c.Fiorio r.v. .480773; Cass. sez. II 3 aprile 1998, Giorgi Gamberini Mongenet, r.v. 514174.

³³ In tal senso cfr. Cass. sez. III, 20 gennaio 1997, Torosantucci, r.v. 137896; Cass. sez.III 3 luglio 1978, Caroli, r.v. 140408; Cass.sez. III 24 febbraio 1981, Crivelli, r.v. 149088.

³⁴ In tal senso espressamente la nota pronuncia n.32 del 1966 della Corte Costituzionale.

legge, dunque, distingue l'attività di pianificazione e programmazione dalla emanazione di atti di disciplina amministrativa generale, ma la distingue altresì dall'attività di normazione, evidentemente perché l'indicata attività può concretarsi sia nella emanazione di regole generali che nella imposizione di prescrizioni concrete>>. Si è già detto in precedenza che il criterio dell'astrattezza e della generalità o quello della "politicità" non costituiscono sicuri indici della natura di "norma di legge" o di "regolamento": vi sono, infatti, leggi che contengono meri provvedimenti e, viceversa, provvedimenti che contengono disposizioni astratte e generali. E' importante, pertanto, il dato formale della sua espressa qualificazione da parte dell'autorità emanante – come già innanzi evidenziato – oltre che altri chiari indici sintomatici (procedura, ecc.). E proprio il dato formale, secondo l'orientamento giurisprudenziale in esame, dovrebbe condurre ad escludere che la violazione delle prescrizioni contenute nel piano regolatore generale possa rilevare ai fini dell'art.323 c.p. Tuttavia, proprio dalla succitata natura mista del P.R.G. può evincersi la possibilità di ritenere rilevante ai fini dell'abuso d'ufficio la violazione delle prescrizioni dello strumento urbanistico in esame: infatti non vi è alcun dubbio che questo contenga, oltre che disposizioni concrete, anche norme generali ed astratte e indubbiamente sotto questo specifico profilo il P.R.G. non si attegga in modo dissimile rispetto alla fattispecie regolamentare, con la conseguente possibilità di considerare la violazione di tali disposizioni alla stregua della <<violazione di norme di regolamento>>.Ciò è ancor più confortato dalla considerazione che il dato formale è decisivo e determinante laddove questo sia rinvenibile (ad es. art.17 l. 400/1998): qualora (come nel caso in esame del piano regolatore generale) non vi sia alcuna disposizione che dia una qualifica formale dell'atto riconducendolo in una data categoria, non può per ciò solo escludersi il carattere normativo ma è necessario far riferimento, più che ed oltre che al criterio formale, ad altri criteri. Nel caso di specie sia il criterio della generalità e dell'astrattezza sia quella della "politicità" sembrano propendere ad attribuire alle disposizioni del P.R.G., quanto meno a quelle astratte e generali, valore di disposizioni regolamentari la violazione delle quali ben può, almeno sotto questo profilo, integrare gli estremi dell'abuso d'ufficio, sempre che sussistano tutti gli altri elementi di tale figura³⁵.

Ulteriore problema che pone la pronuncia indicata in epigrafe è quello relativo alla possibilità di far assumere rilevanza - ai fini dell'art.323 c.p. - all'inosservanza delle prescrizioni del piano regolatore generale sul presupposto del richiamo giustificato da norme di legge (art.31 l. n.1150/1942 ed artt.1 e 4 l. n.10/1977) che prevedono il rilascio di concessioni edilizie solo se conformi agli strumenti urbanistici. Secondo la sentenza in commento l'eventuale soluzione positiva del succitato quesito verrebbe inevitabilmente a confliggere con due principi di valenza costituzionale: quello della riserva di legge e quello della determinatezza della fattispecie. In relazione al primo principio si afferma che si tratta di un problema differente da quello relativo alle cosiddette norme penali in bianco in cui è la norma incriminatrice a rinviare in modo

³⁵ In merito cfr. Cass. sez.VI, 9 luglio – 25 novembre 1998, in Gazzetta giuridica Giuffrè Italia Oggi, 1999, n.5, p.22. secondo cui integra il reato di abuso d'ufficio il rilascio di concessione edilizia che consenta al privato la realizzazione di una volumetria superiore a quella prevista nel piano urbanistico regionale.

diretto alla fonte sublegislativa indicando, con sufficiente specificazione, i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa la cui violazione può comportare l'applicazione di una pena³⁶. Tutto ciò non sussisterebbe nell'ipotesi in esame in cui si fa riferimento alle sole categorie della "legge" e del "regolamento" con esclusione di altre fonti. Argomentare diversamente – secondo la sentenza in esame - significherebbe che << la norma di legge (o di regolamento), utilizzata dall'art.323 c.p. come disposizione di rinvio, finirebbe invece con l'assumere il non previsto ruolo di norma interposta e con lo svolgere funzione di cerniera verso indistinti complessi di prescrizioni subregolamentari. In tal caso, mancherebbe quella chiara riferibilità del rinvio alla volontà del legislatore penale, che è condizione e misura della legittimità della integrazione *ab externo* del precetto>>. Quanto poi al secondo dei due principi innanzi citati, si afferma che, definire uno degli elementi costitutivi della fattispecie criminosa attraverso il richiamo di norme che impongono l'osservanza di precetti di natura e di contenuto quanto mai vari, significherebbe infliggere un *vulnus* estremamente profondo a quella imprescindibile esigenza di certezza in materia penale. Infatti, in materia urbanistica ed edilizia la disciplina subregolamentare è piena di prescrizioni sostanziali e procedurali le cui violazioni potrebbero, almeno astrattamente, acquisire rilevanza ai fini penali. Non poche – ad avviso della sentenza indicata in epigrafe - sono le norme di legge che richiamano all'applicazione di norme di rango diverso: <<si può fare l'esempio, di chiaro significato, della disciplina riguardante il pubblico impiegato, al quale si fa obbligo – tra l'altro – di osservare gli ordini che gli siano impartiti dal superiore (art.16 d.P.R. n.3 del 1957). Lo stesso effetto traslativo, che porterebbe a "penalizzare" ai sensi dell'art.323 c.p. la violazione delle prescrizioni di piani regolatori generali richiamati da norme di legge, dovrebbe operare anche in relazione alla indicata previsione riguardante il pubblico impiegato, con effetti di intrusione del controllo penale nell'attività amministrativa che sono evidenti>>.

6. *Conclusioni.* – Da quanto innanzi esposto è possibile desumerne una serie di conseguenze sul piano pratico. Innanzitutto è meritevole di accoglimento l'orientamento secondo cui un dato certo è che <<il nuovo testo dell'art.323 c.p. sembra precludere tassativamente quanto meno la rilevanza di regole non scritte quali la prassi amministrativa, le regole di perizia tecnica, le norme di "buona amministrazione" (in termini di efficienza e di economicità)>>³⁷. Inoltre, poiché il tenore letterale dell'art.323 c.p. limita la rilevanza penale dell'abuso d'ufficio alle sole ipotesi di violazione – oltre che di legge – di regolamento nel senso innanzi analizzato, non possono essere prese in considerazione ai fini in discorso le molteplici e varieguate espressioni di quella "realtà magmatica" che va sotto il nome di

³⁶ In merito cfr. C. Cost., n.26 del 1962; C.Cost., n.69 del 1971; C.Cost., n.21 del 1973; C.Cost., n.58 del 1975; C.Cost., n. 192 del 1976.

³⁷ In tal senso espressamente T. PADOVANI, Commento all'art.323 c.p., cit., p.3, il quale, inoltre, afferma che <<sarebbe tuttavia incauto dimenticare che la legislazione amministrativa – soprattutto recente – appare spesso caratterizzata dalla presenza di disposizioni di principi che delineano modi e finalità dell'intervento normativo in termini così vasti da richiamare un ampio quanto indeterminato spettro di canoni generici di comportamento>>.

normazione secondaria, come ad esempio gli statuti³⁸. A conclusioni non difformi deve necessariamente pervenirsi anche per le cc.dd. ordinanze contingibili e urgenti (o di necessità e urgenza)³⁹. In definitiva se è vero che la complessa tematica in esame, proprio per la sua intrinseca permeabilità all'esterno – come già accennato in precedenza -, presenta non pochi aspetti di problematicità, è altrettanto vero che il riferimento operato dall'art.323 c.p. alle due categorie della “legge” e del “regolamento” non merita un giudizio negativo⁴⁰: <<la legge e il regolamento si caratterizzano, infatti, rispetto ad altri tipi di atti, perché - si afferma nella sentenza in commento - le modalità della loro approvazione e pubblicazione e la loro durata nel tempo assicurano maggiore certezza e conoscibilità della regola>>. Pertanto, il legislatore ha ritenuto di individuare nella violazione di precetti contenuti in due distinte categorie di atti normativi (“legge” e “regolamento”) – oltre che nella figura del “obbligo di astenersi” – il criterio di individuazione del carattere “abusivo” della condotta rilevante ai sensi dell'art. 323 c.p.: ciò costituisce un indubbio progresso rispetto al corrispondente criterio di individuazione fissato dalla precedente riforma del 1990 <<la cui corretta 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>>.

Se nell'arco di soli sette anni si è ritenuto di por mano per ben due volte alla figura dell'abuso d'ufficio e se, nonostante i risultati infelici della prima riforma del 1990, il legislatore ha ritenuto di non accogliere l'orientamento – che pure era emerso nei lavori preparatori – di abrogare *tout court* la figura criminosa in esame⁴¹, è perché tale figura riveste nell'equilibrio generale del nostro sistema un ruolo di assoluta centralità soprattutto per il rilevante contributo al rispetto dei fondamentali principi del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione. E' necessario - come efficacemente affermato nella sentenza in commento - che la figura dell'abuso d'ufficio <<sia definita ed intesa in modo tale che non possa derivarne un uso

³⁸ In tal senso cfr. anche M.LEONI, Il nuovo reato di abuso d'ufficio, cit., p.26.

³⁹ Si è affermato che in tal modo in un delicato settore dell'amministrazione si sarebbe venuto a determinare un'area di impunità penale: in tal senso M. LEONI, Il nuovo reato di abuso di ufficio, cit., 76. Si è inoltre evidenziato che il richiamo al carattere formale della fonte non deve necessariamente essere interpretato in senso restrittivo e conseguentemente portare a ridurre, con tale approccio formalistico, l'ambito di rilevanza penale in relazione ad una serie di violazioni per inidoneità della norma violata: in tal senso O.FORLENZA, La violazione di legge assume un rilievo penale solo se non è di carattere puramente formale, cit.,p. 72.

⁴⁰ Molto critico sul punto è R. LI VECCHI, Art. 323 c.p.: una riforma ancora in cerca di una sua identità, cit., p.130 – 131, secondo cui la riforma apportata dalla l. 86/1990 non chiarisce in cosa l'abuso d'ufficio debba consistere, quali possano essere << i criteri e le modalità da seguire onde pervenire all'accertamento di tale “abuso”, il tutto resta affidato all'incertezza, all'equivoco, al vago ed al generico, ci si muove, quindi, in una sfera astratta; pertanto sembra ombra di smentite, possiamo affermare che con tale modifica non vi è stata una progressione *in melius* ma *in peius*, sicché il tentativo fatto per conferire alla norma *de qua* una sua identità, in definitiva si è risolto in un nulla di fatto>>.

⁴¹ In tal senso R. LI VECCHI, Art.323 c.p.: una norma in cerca di una sua identità, cit., p.132, secondo cui <<... non ci resta altro che chiedere al legislatore un vero e proprio atto di coraggio procedendo ad una drastica soluzione: l'abrogazione della stessa norma...>>.

travalicante i limiti connaturali all'intervento penale>>: è conseguentemente necessario <<assumere canoni interpretativi rigidi e restrittivi, che abbiano come sicuro esito la tipizzazione completa dell'ipotesi delittuosa>>. Sotto questo profilo non può negarsi che rispetto alla precedente formulazione la fattispecie criminosa in esame presenti un maggior grado di determinatezza grazie anche ad una più puntuale definizione di alcuni elementi costitutivi del reato: determinante in tal senso, è stato - tra l'altro - l'aver indicato nelle categorie della "legge" e del "regolamento" i parametri di apprezzamento della condotta "abusiva" penalmente rilevante ai sensi dell'art.323 c.p., categorie che certamente presentano un carattere di maggiore valore formale e di maggiore certezza rispetto alle altre possibili categorie. Eloquente in tal senso è il fatto che il legislatore non abbia ricercato formule più generali o comprensive come "l'obbligo giuridico", di cui all'art.40 comma 2° c.p., né abbia recepito la proposta - emersa durante i lavori parlamentari - di fare riferimento all'inosservanza di "ordini" o di "discipline", analogamente alla qualificazione dell'elemento psicologico colposo contenuta nell'art.43 c.p. Del resto il nostro ordinamento riconosce alla legge ed al regolamento il ruolo di fonte - rispettivamente primaria e secondaria - del diritto istituzionalmente deputata alla produzione di norme generali ed astratte con efficacia *erga omnes*: <<sarebbe dunque elusiva della portata lessicale e teleologica della norma - si afferma opportunamente nella sentenza in commento - una interpretazione che non si ancorasse strettamente alle locuzioni "norme di legge" e "norme di regolamento", ma tendesse invece a stemperarne il significato nella individuazione di un *genus* di atti produttivi di regole, dove le *species* menzionate dal nuovo art.323 fossero collocate in compagnia di altre non espressamente menzionate e tuttavia dall'interprete considerate, per così dire, "alla pari">>. Un siffatto approccio interpretativo, secondo l'autorevole orientamento giurisprudenziale in oggetto, sarebbe caratterizzato da una tecnica ermeneutica di tipo analogico non consentita nell'ambito in esame in quanto inevitabilmente *in malam partem*: quindi, l'elemento costitutivo del reato può consistere nella sola violazione di norme emanate con atti che abbiano i caratteri formali e il regime giuridico della legge o del regolamento. Inoltre, non vi è chi non veda come attraverso la succitata operazione ermeneutica, diretta a dilatare l'ambito di operatività dell'art.323 c.p. fino al punto di farvi rientrare anche le violazioni di disposizioni di fonte subregolamentare, si verrebbe a determinare un vero e proprio effetto *boomerang*: rientrerebbero dalla finestra quelle previsioni che il legislatore ha inteso cacciare dalla porta venendo a determinare una fattispecie più ampia e meno chiara di quella previgente. Certo, non si deve incorrere nell'eccesso opposto di una nozione oltremodo restrittiva della figura dell'abuso di ufficio: come sempre la giusta via è nel mezzo e - fatta eccezione per le considerazioni relative al P.R.G. - sembra essere proprio quella tracciata dall'orientamento giurisprudenziale in esame secondo cui l'integrazione della fattispecie di cui all'art.323 c.p. può scaturire <<soltanto dalla violazione di norme di legge o di regolamento, che contengano in sé in modo concluso la disposizione ritenuta violata>>.

PAOLO TANDA
Università di Napoli