

# SP

SISTEMA  
PENALE

**FASCICOLO**

9/2021

**COMITATO EDITORIALE** Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresagastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

**COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI)** Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andreatza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrococo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vighè, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

**REDAZIONE** Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

*Sistema penale (SP)* è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics (COPE)* e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

**Peer review** I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

**Modalità di citazione** Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2020, p. 5 ss.

**A VOLTE RITORNANO.  
RIFORMA DELL'ABUSO D'UFFICIO  
E SPERIMENTAZIONI APPLICATIVE**

di Riccardo Borsari

SOMMARIO: 1. Rilievi introduttivi. – 2. Abuso d'ufficio ed eccesso di potere cosiddetto "estrinseco" (Cass. pen., n. 442/2021). – 3. Abuso d'ufficio e potere discrezionale in astratto, vincolato in concreto (Cass. pen., n. 8057/2021). – 4. Considerazioni finali (parziali).

**1. Rilievi introduttivi.**

Due recenti pronunce della Corte di Cassazione (sez. VI, 9 dicembre 2020 - 8 gennaio 2021, n. 442; sez. VI, 28 gennaio 2021 - 1° marzo 2021, n. 8057), tra le prime chiamate a misurarsi con la (parziale) riforma del delitto di abuso d'ufficio per effetto del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120), ripropongono l'inesausta e irrisolta, forse perché irresolubile, questione della strutturazione dell'abuso d'ufficio, «gigantesco contenitore»<sup>1</sup> oggetto di critiche ricorrenti specialmente sul piano della carenza di determinatezza<sup>2</sup>. È d'altro canto risaputo che la fattispecie di reato in esame reca ontologicamente con sé il più generale tema del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa, il quale a propria volta ne involve altri di ancor più ampio respiro come (la teoria del)l'interpretazione e l'atteggiarsi della separazione dei poteri.

Il suddetto "Decreto Semplificazioni" ha riscritto, con l'art. 23, il primo comma dell'art. 323 del codice, sostituendo le parole (in violazione) «di norme di legge o di regolamento» con quelle «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla

---

<sup>1</sup> PAGLIARO, *Contributo al dibattito sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1405.

<sup>2</sup> La dottrina, peraltro, ha da tempo riconosciuto la centralità del reato d'abuso d'ufficio nella sistematica dei delitti contro la Pubblica Amministrazione, riconnettendo a tale fattispecie astratta una funzione di chiusura, caratterizzata per ciò stesso da «congeniti margini di elasticità», che la pongono in tensione con il principio di legalità e, in particolare, con il principio di determinatezza: in questi termini GATTA, *La Riforma del 2020*, in *Il "nuovo" abuso di ufficio*, a cura di B. Romano, Pacini Giuridica, 2021 p. 65; al riguardo, si vedano anche M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Commentario sistematico*, 4<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2019, p. 350; MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, Giappichelli, 2019. Un quadro d'insieme, anche in prospettiva storica, in B. ROMANO, *L'abuso innominato nell'originario art. 323 c.p.*, in *Il "nuovo" abuso di ufficio*, cit., p. 3 ss.; PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme a Costituzione. Con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n. 120/2020*, Giappichelli, 2020. Sulle origini del delitto e la sua evoluzione, v. GARGANI, *L'«abuso innominato di autorità» nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1024 ss.

legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità»<sup>3</sup>.

Tale riformulazione si inserisce in un più ampio disegno e muove dall'intento dichiarato dal Legislatore di offrire, con il coacervo di *“Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale”*<sup>4</sup>, «un intervento organico volto alla semplificazione dei procedimenti amministrativi, all'eliminazione e alla velocizzazione di adempimenti burocratici, alla digitalizzazione della pubblica amministrazione, al sostegno all'economia verde e all'attività di impresa»<sup>5</sup>, nel contempo contrastando la *“burocrazia difensiva”* e la *“paura della firma”* individuati quali fattori a rischio di bloccare l'azione amministrativa per timore di danno erariale o, appunto, abuso d'ufficio<sup>6</sup>.

Il Governo, mediante il ricorso alla decretazione d'urgenza su di una riforma circa la cui *“urgenza”* è lecito dubitare<sup>7</sup>, ha così ritenuto di muoversi nel senso di

<sup>3</sup> Sulla riforma si vedano, intanto, GAMBARELLA, [Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio](#), in questa Rivista, 7/2020, p. 133 ss.; ID., *La modifica dell'abuso d'ufficio al vaglio della prima giurisprudenza di legittimità: tra parziale abolitio criminis e sindacato sulla discrezionalità amministrativa*, in Cass. pen., 2021, p. 493 ss.; NISCO, [La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile](#), in questa Rivista, 20 novembre 2020; VALENTINI, [Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio](#), in [www.discrimen.it](#), 14.09.2020; LA ROSA, *Il “nuovo” abuso d'ufficio: “messa da requiem” o eterna “araba fenice”*, in Giur. it., 6/2021, p. 1459 ss.

<sup>4</sup> Il *“Decreto Semplificazioni”* è stato peraltro recentemente modificato dall'art. 51 d.l. 31 maggio 2021, n. 77, recante *«Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure»*, meglio noto come *“Decreto Governance”*.

<sup>5</sup> *Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 54 del 7 Luglio 2020*, in [www.infoparlamento.it](#). Circa pregi e *“peccati originali”* del *“Decreto Semplificazioni”* nel suo complesso, si rinvia, tra gli altri, all'Editoriale di MOCHI SISMONDI, [Decreto semplificazioni: una buona legge con dei gravi limiti strutturali](#), in [www.forumpa.it](#), 16.09.2020.

<sup>6</sup> Il concetto è espresso chiaramente nel titolo *«Funzionari pubblici: basta paura, conviene sbloccare»* di una *slide* mostrata durante la conferenza stampa del Presidente del Consiglio dei Ministri Giuseppe Conte ([minuto 8:11 del video](#)), che in proposito si esprime nel senso di *«una piccola rivoluzione»*: *Conferenza stampa del Presidente del Consiglio dei Ministri Giuseppe Conte del 7 luglio 2020*, in [italplanet.it/dl-semplificazioni-la-conferenza-stampa-7-luglio-2020/](#).

<sup>7</sup> Oltretutto approvata *“salvo intese”* e sulla quale è stata posta la questione di fiducia. Per una lucida analisi della *«discutibile scelta di fondo [...] di ricorrere al decreto-legge, anziché alla legge, per modificare una norma penale, per di più in assenza di un accordo tra le forze di maggioranza e all'interno del Consiglio dei Ministri. L'abuso d'ufficio è infatti stato approvato dal Consiglio dei Ministri, il 7 luglio scorso, con la formula “salvo intese”»*, oltre che della generale questione di legittimità costituzionale che si pone tutte le volte in cui il decreto-legge divenga veicolo normativo per introdurre o modificare norme incriminatrici, v. 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 questa Rivista, 17 luglio 2020. L'autore ricorda come la pratica dell'approvazione *“salvo intese”* – sempre più frequente nell'ultimo decennio – sia stata da ultimo autorevolmente denunciata da Sabino Cassese, in un'[intervista a Il Messaggero](#) relativa proprio al *“Decreto Semplificazioni”*. Quella pratica *«marginalizza il ruolo del Consiglio dei Ministri e fa sì che i testi normativi non vengano presentati e approvati dall'organo collegiale: ormai il Consiglio dei Ministri è diventato un organo di ratifica di decisioni prese altrove»*. *Salvo intese* – con le parole del professore Cassese – *«vuol dire che non c'è accordo, che si raggiungerà successivamente, in negoziati tra le forze politiche, ma è grave anche che nel Consiglio dei Ministri non vengano veramente discussi i testi normativi, che sono preparati altrove, negli incontri tra rappresentanti dei partiti. Ed è ancor più grave, mi sentirei*

imprimere un forte impulso all'azione della Pubblica Amministrazione, al suo svecchiamento e alla sua semplificazione.

In questo contesto, informatizzazione e digitalizzazione degli atti sono rivolte a snellire e velocizzare le procedure, configurando un provvedimento amministrativo telematico, conseguente all'esito di procedimenti avviati e condotti con le medesime modalità, pur adottati infine da un pubblico funzionario<sup>8</sup>.

Inoltre, e correlativamente, la responsabilità degli amministratori pubblici per danno erariale viene limitata (art. 21), dalla data di entrata in vigore del decreto fino al 31 dicembre 2021<sup>9</sup>, al solo dolo per quanto riguarda le azioni, mentre resta invariata per quanto riguarda le omissioni, in modo che i funzionari siano chiamati a rispondere in misura maggiore per eventuali inadempimenti o inerzie, piuttosto che per le loro condotte attive<sup>10</sup>.

Infine, l'intervento appunto sul versante della responsabilità penale mediante una modifica alla disciplina dell'abuso d'ufficio la quale tocca il nucleo della fattispecie, già affrontato dalla riforma del 1997, nell'intento di liberare i funzionari pubblici dal timore di un controllo pervasivo sull'esercizio della discrezionalità amministrativa da parte del giudice penale. Un'azione, dunque, espressamente indirizzata a restringere l'area del penalmente rilevante, in controtendenza rispetto alle riforme dell'ultimo decennio nella materia dei reati contro la Pubblica Amministrazione, in specie alla cosiddetta "spazzacorrotti" (l. n. 3/2019).

Per la verità, pure la novella del 1997 si era indirizzata a "contenere" il sindacato del giudice penale sugli atti della Pubblica Amministrazione e, soprattutto a questo fine, a puntellare la tipicità della fattispecie divenuta, anche dopo la riforma del 1990<sup>11</sup>, «una

di aggiungere, quando si tratta di mettere mano al codice penale. La riserva di legge in materia penale è messa in crisi non solo dalla invisibilità del Parlamento, ma anche da un Consiglio dei Ministri che approva "salvo intese" una riforma in materia penale. E non si tratta – si badi bene – di una approvazione salvo intese *tecniche*, che rimette ad altra sede la definizione di aspetti tecnici e di dettaglio. La nuova fisionomia dell'abuso d'ufficio non risulta dal dibattito parlamentare, come imporrebbe l'art. 25, co. 2 Cost., e non risulta nemmeno, come presuppone l'art. 77, co. 2 Cost., da una deliberazione collegiale del Consiglio dei Ministri che approvi un determinato testo normativo, che è diventato noto al pubblico solo al momento della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale. Che ciò sia compatibile con i principi costituzionali è lecito dubitare, a dir poco. Ed è a mio avviso un compito della dottrina, nel suo ruolo di coscienza critica, farlo notare».

<sup>8</sup> Si pongono così nuovi problemi di valutazione della legittimità del provvedimento, perché stanno entrando in crisi le categorie tradizionali dei vizi dell'atto amministrativo, riconducibili ora a un ipotetico mancato rispetto delle regole tecniche e delle procedure informatiche legate alla digitalizzazione del procedimento: si possono immaginare difetti di istruttoria, o errori di fatto quando si registri un difetto di funzionamento del sistema di interoperabilità delle banche dati, o un'illegittimità per lesione del diritto alla partecipazione procedimentale in caso di malfunzionamenti che provochino impedimenti nelle comunicazioni telematiche (si pensi alle gare pubbliche), ovvero forme di responsabilità della Pubblica Amministrazione in relazione alla mancanza o inesattezza delle istruzioni per la presentazione di istanze telematiche.

<sup>9</sup> Termine recentemente prorogato al 30 giugno 2023 dall'art. 51, comma 1, lett. h), d.l. n. 77/2021.

<sup>10</sup> È inoltre previsto, sempre in chiave di limitazione della responsabilità erariale, che «la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso».

<sup>11</sup> In merito alla quale v. CUPELLI, *La riforma del 1990*, in *Il "nuovo" abuso di ufficio*, cit., p. 15 ss.

sorta di sentina penalistica destinata a raccogliere tutti i comportamenti “innominati” di ritenuta infedeltà» nei confronti della Pubblica Amministrazione<sup>12</sup>; e tuttavia, come noto, il riferimento alla «violazione di norme di legge o regolamento» non aveva sortito l'effetto sperato<sup>13</sup>.

La riforma attuata con il “Decreto Semplificazioni” trova così origine negli stessi rilievi che hanno motivato quella del 1997 (e, per dirla tutta, anche quella del 1990): rompere il (supposto) legame tra scarsa efficienza della Pubblica Amministrazione e i timori connessi all'eccessiva ampiezza dell'ipotesi criminosa, delimitandone l'ambito applicativo attraverso una sua migliore perimetrazione.

Tale finalità, in sé di complessa realizzazione, non è conseguita ai ricordati precedenti interventi legislativi, anche perché la giurisprudenza della fine degli anni novanta/primi anni duemila, se in un primo momento sembrava avere fatta propria l'idea del Legislatore, ne ha presto ampliato i confini facendo specialmente leva sull'interpretazione della locuzione «violazione di norme di legge o regolamento».

Questo percorso interpretativo può essere, in estrema sintesi, esemplificato da alcune pronunce della Corte di Cassazione, anche a Sezioni Unite.

In un primo momento, la nota sentenza *Tosches*<sup>14</sup> aveva dato seguito all'obiettivo della riforma del 1997: si era escluso che nel novero applicativo dell'art. 323 c.p. rientrasse il mero eccesso di potere, richiedendosi che la norma violata possedesse determinati requisiti per assumere rilevanza penale<sup>15</sup>. Ed invero, non ogni violazione di legge poteva assumere rilevanza penale *ex art. 323 c.p.*, dovendosi trattare di una legge che vietasse in modo puntuale il comportamento tenuto dal pubblico ufficiale (o dall'incaricato di pubblico servizio); di talché dovevano reputarsi irrilevanti le violazioni di norme meramente procedimentali, norme generali e norme di principio<sup>16</sup>.

Non molti anni dopo la Corte<sup>17</sup>, tornata sulla questione, ha preso una direzione diversa rispetto alla appena citata sentenza e a quelle ad essa similari, (ri)espandendo la portata applicativa della norma incriminatrice e originando un nuovo filone interpretativo che, facendo leva sui principi costituzionali che regolano l'azione dell'amministrazione (in particolare, sull'art. 97, comma 2, Cost.), ha anzitutto elevato l'imparzialità dell'azione amministrativa a parametro di riferimento per la condotta sanzionata dall'art. 323 c.p. In questo modo, è stata fatta rivivere la struttura del delitto

<sup>12</sup> Così MERLO, *Le modifiche del 1997 e del 2012*, in *Il “nuovo” abuso di ufficio*, cit., p. 33 ss.

<sup>13</sup> Sui diversi progetti di riforma e sul percorso di approvazione della legge n. 234/1997 v., per tutti, MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1202 ss.; LICCI, *Abuso d'ufficio. Analisi di un enunciato normativo*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Giappichelli, 2004, p. 460 ss.

<sup>14</sup> Cass. pen., sez. II, 4 dicembre 1997, n. 877, in *Foro it.*, 1998, II, c. 256 ss.

<sup>15</sup> Presto tale filone interpretativo si è esposto alla critica di raggiungere l'obiettivo esattamente contrario, ovvero ampliare il ventaglio applicativo della fattispecie. Per scongiurare ciò, si è richiesta una indagine sul disposto della norma trasgredita, al fine di verificare se la sua violazione fosse in grado di alterare gli effetti giuridici che il provvedimento dovesse produrre all'esterno e se, quindi, ad essa potesse attribuirsi anche una finalità sostanziale di tutela degli interessi (pubblici e privati) presenti nella fattispecie oggetto della decisione amministrativa: v. MERLO, *Le modifiche del 1997 e del 2012*, cit., p. 36 ss.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> V., tra le molte, Cass. pen., sez. VI, 10 dicembre 2001, n. 1229, in *Giur. it.*, 2003, p. 1903.

di abuso d'ufficio ante riforma; e valorizzata anche la dimensione finalistica della condotta sanzionata nella fattispecie, recuperando il giudizio sulle modalità di esercizio del potere da parte della Pubblica Amministrazione e sul rispetto del fine per il quale quel potere è stato attribuito, così concedendo al giudice di valutare la congruità del metodo amministrativo prescelto rispetto agli scopi da raggiungere.

Quest'ultima direzione, decisamente contraria all'intento del Legislatore della riforma, è stata avallata dalle Sezioni Unite nel 2011<sup>18</sup> e confermata dalla giurisprudenza successiva<sup>19</sup>, che ha definitivamente dato per acquisito come la condotta rilevante *ex art.* 323 c.p. potesse anche concernere i casi di eccesso/sviamento di potere. Nella celebre pronuncia *Rossi* si è infatti qualificata penalmente rilevante non solo la condotta del pubblico funzionario in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche (e soprattutto) quella che si verifica allorquando difettano le condizioni funzionali che legittimano lo stesso esercizio del potere perché, ad esempio, viene perseguito un interesse contrastante con quello per il quale esso è conferito.

Tale orientamento ha fatto propri gli argomenti di quella parte della dottrina che, con una interpretazione estensiva del concetto di «violazione di legge», era giunta ad includervi, da un lato, il vizio di competenza e, dall'altro, fonti diverse dalla legge formale e finanche norme composte da più disposizioni tra loro combinate o non sancite espressamente, come ad esempio principi generali o fondamentali<sup>20</sup>.

Non sono peraltro mancate le critiche a detti orientamenti e, in particolare, all'idea di mantenere entro i confini dell'abuso d'ufficio anche l'eccesso di potere<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Cass. pen., sez. un., 29 settembre 2011, n. 155, *Rossi*, in *Riv. pen.*, 2012, p. 413.

<sup>19</sup> Cass. pen., sez. VI, 13 aprile 2018, n. 19519, in *C.E.D. Cass.* n. 273099-01; Cass. pen., sez. II, 5 maggio 2015, n. 23019, *ivi*, n. 264279-01.

<sup>20</sup> Cfr., *ex pluribus*, SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in *Studium iuris*, 1997, p. 1253; PAGLIARO, *L'antico problema dei confini fra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 106 ss. In particolare, a seguito della riforma del 1997, richiamando il dovere di imparzialità di cui all'art. 97 Cost., si sanziona l'eccesso di potere come sviamento dallo scopo legittimo per cui il potere pubblico è conferito al pubblico ufficiale, nonostante il formale rispetto delle norme (aperte) poste a disciplina del potere stesso. In altre parole, la giurisprudenza ricomprende tra le norme di legge la cui violazione comporta l'applicazione del reato di abuso d'ufficio anche il principio costituzionale di cui all'art. 97 Cost., percepito come immediatamente precettivo per l'Amministratore pubblico nella misura in cui fa divieto di ingiustificati favoritismi. Cfr., al riguardo, MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro it.*, 1998, II, c. 390 ss.; COPPOLA, *La persistente ambiguità dell'abuso d'ufficio. Alcune (amare) riflessioni a margine del 'caso termovalorizzatore'*, Nota a Cass., Sez. VI, 13/09/2016 - 21/02/2017, n. 8395, in *Dir. pen. cont.*, 4/2017, p. 35 ss. Ricorda PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 23.10.2020, p. 9 s. che «il principio di diritto che consente al giudice penale di vagliare il profilo teleologico dell'esercizio del potere (discrezionale) viene sancito dalle Sezioni Unite *Rossi* (2011), le quali ammettono integrata la violazione di legge *ex art.* 323 c.p. "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"».

<sup>21</sup> Cfr. MERLO, *Le modifiche del 1997 e del 2012*, cit., p. 46 ss., secondo cui il filone giurisprudenziale susseguente alla sentenza delle Sezioni Unite, prevalente negli ultimi anni, «conferisce all'accertamento giudiziale una connotazione fortemente valutativa dell'azione amministrativa e affida il contenuto precettivo della norma violata essenzialmente a una stima di congruità teleologica in relazione agli scopi perseguiti dal funzionario

La scelta del Legislatore del 2020 di circoscrivere l'abuso rilevante alla violazione di «specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità» si propone dunque, anzitutto, di (nuovamente) assecondare l'intento di sbarrare la strada, *recte* contenere dette interpretazioni espansive. Nella stessa direzione si iscrivono l'esclusione di rilevanza della violazione di norme regolamentari e la precisazione della perseguibilità della sola inosservanza di regole di condotta specifiche ed espressamente previste da fonti primarie, ponendosi con ciò all'indice il classico schema della eterointegrazione, ovvero della violazione mediata di norme di legge interposte. Da tali regole di condotta non devono poi residuare margini di discrezionalità.

## 2. Abuso d'ufficio ed eccesso di potere cosiddetto "estrinseco" (Cass. pen., n. 442/2021).

Con la prima delle sentenze in esame (sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 442)<sup>22</sup>, la Corte di Cassazione ha annullato senza rinvio la doppia conforme di condanna per abuso d'ufficio pronunciata a carico del Commissario Straordinario e Direttore Generale di un'Azienda Ospedaliera, accusato di avere illegittimamente dequalificato, con vari atti organizzativi, il Servizio Prevenzione e Protezione da struttura complessa a struttura semplice, demansionando così il suo Direttore a mero Responsabile della struttura, privandolo dell'indennità di posizione variabile e sottoponendolo gerarchicamente al Dirigente del Servizio Tecnico.

La Corte d'Appello, condividendo la ricostruzione probatoria della sentenza di primo grado, aveva sostenuto che il dolo intenzionale di danneggiare la posizione anche economica della persona offesa attraverso la destrutturazione dell'organigramma da questi diretto, consolidatosi di fatto nel corso di molti anni, fosse desumibile da una serie di indici sintomatici, tra cui: l'assenza di una seria e urgente finalità riorganizzativa dell'Azienda, neppure esplicitata in atti; il difetto del necessario presupposto dell'adozione del cosiddetto atto aziendale; il persistente diniego di incontri per chiarimenti, pure richiesti dall'interessato e dalle rappresentanze sindacali.

La Suprema Corte, stigmatizzando l'immotivata riqualificazione dei rinvii per legittimo impedimento del difensore operata nella sentenza impugnata, ritiene il reato estinto per prescrizione già prima della sua pronuncia; cionondimeno, detta constatazione non impedisce di entrare nel merito al fine di verificare se il fatto accertato

---

pubblico. [...] Così concepita, tuttavia, l'area di tipicità dell'art. 323 c.p., piuttosto che essere predeterminata, finiva con l'essere oggetto di una ridefinizione caso per caso».

<sup>22</sup> Su cui v. GAMBARDILLA, *La modifica dell'abuso d'ufficio al vaglio della prima giurisprudenza di legittimità: tra parziale abolitio criminis e sindacato sulla discrezionalità amministrativa*, cit., p. 496 ss.; LA ROSA, *Il "nuovo" abuso d'ufficio: "messa da requiem" o eterna "araba fenice"*, cit., p. 1459 ss.; v. altresì le note di ALBERICO, [Le vecchie insidie del nuovo abuso d'ufficio](#), in questa *Rivista*, 4/2021, p. 5 ss.; PAGELLA, [La Cassazione sull'abolitio criminis parziale dell'abuso d'ufficio ad opera del "decreto semplificazioni"](#), in questa *Rivista*, 19 maggio 2021; CRISMANI, [La discrezionalità amministrativa nel reato di abuso d'ufficio \(note su Cass. Pen., Sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 442\)](#), in [www.giustiziainsieme.it](#), 29 aprile 2021.



nei gradi di giudizio precedenti conservi rilevanza penale a seguito della recente novella dell'art. 323 c.p.

Rileva infatti la Corte che, con la nuova formulazione della fattispecie, «si pretende oggi che la condotta produttiva di responsabilità penale del pubblico funzionario sia connotata, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, dalla violazione di regole cogenti per l'azione amministrativa, che per un verso siano fissate dalla legge (non rilevano dunque i regolamenti, né eventuali fonti subprimarie o secondarie) e per altro verso siano specificamente disegnate in termini completi e puntuali. Di qui il lineare corollario della limitazione di responsabilità penale del pubblico funzionario, qualora le regole 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». In questa prospettiva puntualizza la Corte che la nuova disposizione presenta «un ambito applicativo ben più ristretto rispetto a quello definito con la previgente definizione della modalità della condotta punibile, sottraendo al giudice penale tanto l'apprezzamento dell'inosservanza di principi generali o di fonti normative di tipo regolamentare o subprimario (neppure secondo il classico schema della eterointegrazione, cioè della violazione “mediata” di norme di legge interposte), quanto il sindacato del mero “cattivo uso” – la violazione dei limiti interni nelle modalità di esercizio – della discrezionalità amministrativa»<sup>23</sup>.

Sulla base di queste premesse i Giudici ritengono che, alla luce della parziale *abolitio criminis* determinata dalla sopravvenuta modifica normativa, non possa essere confermata la responsabilità dell'imputato per il reato di abuso d'ufficio siccome ipotizzata nelle due sentenze di merito sull'ipotetica valutazione del danno ingiusto causato al Direttore demansionato: lo schema applicato dalle Corti territoriali è quello dell'illegittimità intrinseca attinente allo sviamento di potere, per cui, pur avendo agito il Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera all'interno del perimetro della propria discrezionalità organizzativa, si ipotizza una strumentalizzazione finalistica della stessa in relazione a un risultato ingiusto (il danneggiamento della posizione economica del Direttore demansionato).

La sentenza impugnata viene così censurata sulla scorta dell'assunto che l'atto di riorganizzazione non viola alcuna normativa primaria, riconducendo anzi a legalità una situazione consolidatasi solo in via di fatto, e non reca un danno ingiusto alla parte civile, non essendo stata questa mai formalmente nominata Dirigente di una struttura complessa; trattasi, in buona sostanza, di atti di mera riorganizzazione, rientranti nel merito della discrezionalità amministrativa.

La conclusione è che l'eccesso di potere intrinseco non può integrare l'abuso d'ufficio nella sua nuova declinazione, mancando una regola specificatamente violata e non essendo stati perseguiti interessi «oggettivamente difformi e collidenti» con quelli

---

<sup>23</sup> Nel senso dell'ammissibilità dell'eterointegrazione della fonte secondaria che si risolva nella specificazione tecnica di un precetto comportamentale già compiutamente definito nella norma primaria, v. peraltro Cass. pen., sez. VI, 16.02.2021, n. 33240.

per il cui perseguimento soltanto il potere discrezionale è attribuito: vale a dire, nel caso *de quo*, l'efficiente organizzazione delle strutture/uffici di una Pubblica Amministrazione, che giustifica anche provvedimenti postumi volti a «far cessare una situazione di fatto consolidatasi nel tempo e però originariamente viziata da illegittimità».

A prima vista siffatta ricostruzione pare allinearsi con la *ratio* del d.l. n. 76/2020, giacché restringe l'ambito di applicabilità dell'abuso d'ufficio, per un verso, riconoscendo il ruolo chiave della discrezionalità nel concreto sviluppo dall'attività pubblica, per l'altro, circoscrivendo in maniera assai rilevante il sindacato del giure penale sull'attività amministrativa.

Tuttavia, attraverso il richiamo alla ragion d'essere della norma incriminatrice quale fattispecie volta a «tutelare i valori fondanti dell'azione della Pubblica Amministrazione, che l'art. 97 della Costituzione indica nel buon andamento e nell'imparzialità», la motivazione della sentenza sembra aprire una breccia nel nuovo «perimetro armato» del reato di abuso d'ufficio: secondo quanto precisato dalla Suprema Corte, infatti, la suddetta limitazione opera «sempreché l'esercizio del potere discrezionale non trasmodi tuttavia in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici – c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità – laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito; oppure si sostanzi nell'alternativa modalità della condotta, rimasta penalmente rilevante, dell'inosservanza dell'obbligo di astensione in situazione di conflitto di interessi».

Non si può non notare l'analogia logica con la nota pronuncia a Sezioni Unite del 2011 (n. 155), in forza della quale si è in presenza di una violazione di legge *ex art.* 323 c.p. anche «quando difettino le condizioni funzionali che legittimano lo stesso esercizio del potere (profilo dell'attribuzione), ciò avendosi quando la condotta risulti volta alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è conferito. Anche in questa ipotesi si realizza un vizio della funzione legale, che è denominato sviamento di potere e che integra violazione di legge perché sta a significare che la potestà non è stata esercitata secondo lo schema normativo che legittima l'attribuzione».

Siamo così di fronte a un recupero di rilevanza penale dei casi di eccesso (o sviamento) di potere cosiddetto estrinseco, in cui l'esercizio del potere discrezionale conduce al soddisfacimento di un interesse del tutto («oggettivamente») estraneo al modello giustificativo del potere stesso.

D'altra parte, il riconoscimento di una certa potestà di controllo del giudice penale sull'attività discrezionale della Pubblica Amministrazione è «presupposto logico»<sup>24</sup> della stessa esistenza del reato di abuso d'ufficio: solo in presenza di condotte riconducibili alla discrezionalità del pubblico amministratore si può realmente ipotizzare un'offesa al bene giuridico di riferimento, ovvero imparzialità e buon andamento della Pubblica Amministrazione.

---

<sup>24</sup> Così GAMBARDILLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., p. 158 ss.

Stretto, quindi, tra il rischio di una dilatazione pervasiva che funge da freno all'attività dei pubblici amministratori e la possibilità di ridursi, tramite gli *obiter dicta* della giurisprudenza penale, a una riproduzione non originale di fatti appartenenti all'area del disvalore amministrativo e disciplinare, l'abuso d'ufficio sembra dovere scontare ancora una volta quasi una sorta di contrapposizione tra formante legislativo e formante giurisprudenziale.

### **3. Abuso d'ufficio e potere discrezionale in astratto, vincolato in concreto (Cass. pen., n. 8057/2021).**

In altra più recente pronuncia (sez. VI, 1° marzo 2021, n. 8057)<sup>25</sup>, la Suprema Corte ha rigettato il ricorso avverso la decisione che aveva confermato in appello la condanna per abuso d'ufficio inflitta in primo grado al Comandante della Polizia Municipale di un Comune.

L'accusa mossa all'imputato era quella di avere affidato in violazione di legge, con procedura diretta e senza alcuna preventiva deliberazione da parte della Giunta Comunale, il servizio di misurazione elettronica della velocità media dei veicoli lungo una strada statale. In particolare, il pubblico agente aveva omesso di inserire nel calcolo del valore stimato dell'affidamento, oltre al canone annuo di noleggio delle apparecchiature stimato in trentamila euro (IVA esclusa), gli ulteriori costi del medesimo servizio consistenti nella tariffa prevista a favore della ditta affidataria per ciascun verbale contestato; valori che avrebbero reso necessario, dato l'ingente importo calcolabile presuntivamente in misura superiore alla soglia comunitaria, un bando di gara pubblica. Siffatta condotta aveva procurato alla società vincitrice l'ingiusto vantaggio patrimoniale derivante dall'affidamento diretto dell'appalto, con conseguente danno per l'amministrazione, vistasi costretta ad annullare la procedura e ad invalidare in autotutela numerosi verbali di accertamento per le contravvenzioni elevate.

Preliminarmente, la Corte si chiede se il fatto accertato nei gradi di giudizio precedenti conservi rilevanza penale a seguito della parziale *abolitio criminis* conseguente alla novella dell'art. 323 c.p.

I Giudici rispondono positivamente al quesito in quanto ritengono violata, nella fattispecie *de qua*, una specifica regola di condotta prevista da una norma di legge, vale a dire l'art. 125 del d.lgs. n. 163/2006 (cosiddetto Codice degli appalti) *ratione temporis* vigente, che dettava criteri tecnici vincolanti per la stazione appaltante ai fini della scelta della procedura da adottare (cottimo fiduciario con affidamento diretto oppure bando di gara). D'altro canto, per stimare il valore dell'appalto l'imputato avrebbe dovuto osservare i dettami dell'art. 29 dello stesso d.lgs. n. 163/2006, ovvero guardare all'importo pagabile al netto dell'IVA, fermo restando il divieto di scegliere un metodo

---

<sup>25</sup> Su cui v. PAGELLA, [La Cassazione sui "margini di discrezionalità" nel riformato abuso d'ufficio](#), in questa *Rivista*, 16 aprile 2021, p. 5 ss.; 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.penedp.it](http://www.penedp.it), 06 aprile 2021.

di calcolo con l'intenzione di escludere l'affidamento dal campo di applicazione delle norme dettate per gli appalti di rilevanza comunitaria.

Ad avviso della Corte la violazione di tali disposizioni, seppure destinate a trovare applicazione a seguito di una decisione liberamente assunta dall'agente pubblico, rientra a pieno titolo tra quelle contemplate dalla nuova formulazione dell'art. 323 c.p.: attraverso la locuzione «regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità», infatti, il Legislatore ha inteso fare riferimento sia alle norme che attribuiscono al pubblico agente un potere del tutto vincolato sin dal principio (ad esempio, l'obbligo di utilizzare una determinata procedura o di concludere il procedimento entro un termine perentorio), sia a quelle che, pur lasciando all'amministratore una facoltà di scelta iniziale, a seguito dell'esercizio di detta facoltà pongono nei suoi confronti un determinato obbligo.

Il caso di specie viene ricondotto a quest'ultima ipotesi, laddove l'agente aveva la facoltà (e non l'obbligo) di affidare all'esterno il servizio in questione, e purtuttavia, una volta determinatosi in tal senso, egli era tenuto a seguire la procedura imposta dalla legge in ragione del valore dell'appalto.

A sostegno della propria decisione, la Corte chiama la giurisprudenza amministrativa, ritenendo la linea interpretativa del "nuovo" art. 323 c.p. coerente con l'opera di valorizzazione del dettato dell'art. 21-*octies* della l. n. 241/1990, che ha portato al riconoscimento dell'annullabilità del provvedimento amministrativo 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 per l'Amministrazione, ma anche quando esso sia esplicazione di un potere in astratto discrezionale ma divenuto vincolato in concreto: vale a dire di un potere che, per le scelte che il pubblico agente ha compiuto nell'ambito dello stesso procedimento amministrativo, non poteva che essere quello indicato dalla legge perché ormai caratterizzato da un avvenuto esaurimento di ogni spazio di discrezionalità.

Ne deriva, in definitiva, una sostanziale equiparazione tra il provvedimento espressione di un potere vincolato in astratto e quello esplicazione di un potere in astratto discrezionale ma divenuto vincolato in concreto.

Al termine del ragionamento, i Giudici tengono peraltro a escludere perentoriamente che la determinazione del valore dell'appalto da parte dell'imputato fosse riconducibile all'esercizio di discrezionalità tecnica ovvero a una valutazione di dati tecnici suscettibile di un qualche margine di discrezionalità<sup>26</sup>. Secondo la

---

<sup>26</sup> E ciò sebbene, all'inizio della motivazione, i Giudici avessero precisato come, in ogni caso, la circostanza che la scelta del metodo di individuazione dell'affidatario dell'appalto possa dipendere dal superamento di soglie di valore calcolate sulla base di dati tecnici suscettibili, almeno in parte, di valutazioni guidate da discrezionalità tecnica non rileva nei casi di abuso d'ufficio in cui – come quello in esame – «la violazione di una regola di condotta prevista da una norma di legge dovesse sostanziarsi nella preventiva totale rinuncia da parte del pubblico agente dell'esercizio di ogni potere discrezionale; ovvero laddove la violazione della regola di condotta dovesse intervenire in un momento del procedimento nel quale è possibile affermare che ogni determinazione dell'amministrazione è oramai espressione di un potere caratterizzato dall'essere in

motivazione, infatti, la determinazione del valore si sarebbe dovuta tradurre in una mera attività di accertamento tecnico, ossia nella sommatoria di voci di spesa predeterminate e in nessun modo selezionabili da parte dell'amministratore.

Nei due precedenti gradi di giudizio era stato invece dimostrato come l'imputato avesse deliberatamente limitato la stima del valore dell'affidamento al solo importo fisso annuale del noleggio, omettendo di calcolare gli ulteriori costi a carico del Comune relativi alla tariffa prevista a favore della ditta affidataria per ciascun verbale contestato, pur avendo compiuto in precedenza uno "studio sperimentale" da cui si era dedotta la probabilità di un ingente numero di contravvenzioni, e possedendo quindi una ragionevole conoscenza del reale valore della gara; era altresì a conoscenza del fatto che altri Comuni limitrofi avevano deciso di dare luogo a una gara ad evidenza pubblica per appaltare il medesimo servizio.

A parere della Cassazione, quindi, «la scelta di non considerare tali ulteriori costi per determinare il valore dell'appalto fu il frutto non di una consentita valutazione discrezionale, ma di una deliberata decisione dell'imputato di non osservare le innanzi esaminate vincolanti prescrizioni di legge, che si sarebbero dovute tradurre in una mera attività di accertamento tecnico cui avrebbe fatto seguito l'esercizio di un potere vincolato».

In definitiva, la condotta del RUP è fuoriuscita dal perimetro del potere discrezionale, che non autorizza certo l'omissione nel computo tecnico del valore dell'affidamento di voci di calcolo (oneri accessori) normativamente indicate, peraltro chiare e rilevanti (eccesso di potere estrinseco)<sup>27</sup>.

La sentenza qui commentata pare dunque porsi in sostanziale continuità con la precedente sopra esaminata della stessa Sezione VI (08/01/2021, n. 442), che ha ritenuto ancora compreso nell'alveo applicativo dell'art. 323 c.p. l'esercizio del potere discrezionale che trasmodi in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici – cosiddetto sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità.

---

concreto privo di qualsivoglia margine di discrezionalità».

<sup>27</sup> Quanto alla prova della cosiddetta doppia ingiustizia necessaria alla configurabilità dell'abuso d'ufficio, che postula un duplice distinto apprezzamento sulla condotta, connotata da violazione di norme di legge, e sull'evento di vantaggio patrimoniale, non spettante in base al diritto oggettivo, non potendosi fare discendere l'ingiustizia del vantaggio o del danno dall'accertata illegittimità della condotta, è appena il caso di evidenziare che la Cassazione ha sostenuto la tesi secondo cui «nel reato di abuso d'ufficio la prova del dolo intenzionale non presuppone l'accertamento dell'accordo collusivo con la persona che si intende favorire, potendo tale prova essere desunta anche dalla macroscopica illegittimità dell'atto, essendo però necessario che tale valutazione non discenda dal mero 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». Al riguardo, si vedano Cass. pen., sez. VI, 25 agosto 2014, n. 36125; Cass. pen., sez. VI, 20 novembre 2014, n. 48036: «È, quindi, necessario che sussista la cosiddetta doppia ingiustizia, nel senso che ingiusta deve essere la condotta, in quanto connotata da violazione di legge, ed ingiusto deve essere l'evento di vantaggio patrimoniale, in quanto non spettante in base al diritto oggettivo regolante la materia. Ne consegue che occorre una duplice distinta valutazione in proposito, non potendosi far discendere l'ingiustizia del vantaggio conseguito dalla illegittimità del mezzo utilizzato e quindi dalla accertata esistenza dell'illegittimità della condotta».

In entrambe le decisioni si pone, dunque, seppure con percorsi argomentativi differenti, a fondamento della perdurante rilevanza penale di alcune condotte, una sorta di «particolare allontanamento»<sup>28</sup> dell'operato del pubblico funzionario dal rispetto dei limiti della discrezionalità: se nella precedente sentenza la Cassazione aveva utilizzato il riferimento allo sviamento di potere, nella decisione qui in commento si è percorsa la via dell'assenza di discrezionalità tecnica e di un potere in astratto discrezionale divenuto vincolato in concreto<sup>29</sup>.

#### 4. Considerazioni finali (parziali).

S'è detto che la modifica dell'art. 323 c.p. per opera del "Decreto Semplificazioni" sostanzia l'idea recente di risposta del Legislatore ai timori dei pubblici amministratori di fronte alle "invasioni di campo" della magistratura penale.

Per questa ragione il nodo centrale della nuova formulazione dell'abuso d'ufficio è rappresentato da quel requisito di fattispecie (incarnato dall'inciso «dalle quali non residuino margini di discrezionalità») che si configura come elemento negativo del fatto, la cui sussistenza viene meno se detto elemento (il potere discrezionale) ricorre<sup>30</sup>. L'azione penale dovrebbe essere, dunque, circoscritta agli atti amministrativi puramente esecutivi o comunque dal principio vincolati, così limitandosene l'operatività in misura significativa.

La nuova formulazione ha sin da subito acceso il dibattito e indotto autorevole dottrina a censurare l'intervento del Legislatore segnalandone, tra l'altro, la «totale incongruenza del rapporto tra mezzi e fine» e definendo l'obiettivo di politica criminale perseguito «letteralmente delirante»<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> In questi termini SERRA, *La Cassazione e il "nuovo" abuso d'ufficio*, cit.

<sup>29</sup> In senso fortemente critico SERRA, *La Cassazione e il "nuovo" abuso d'ufficio*, cit., a mente del quale la pronuncia della Cassazione non è condivisibile sia in quanto il criterio di calcolo del valore di stima di un appalto è all'evidenza un'operazione che lascia margine di discrezionalità al pubblico funzionario, sia in quanto la teoria dei cosiddetti controlimiti di cui i Giudici pretendono di fare applicazione esige che la variazione del potere da discrezionale a vincolato passi necessariamente attraverso l'adozione formale di uno o più atti amministrativi e non possa essere evinta da comportamenti tenuti dal funzionario pubblico in via di mero fatto. V. anche PAGELLA, *La Cassazione sui "margini di discrezionalità" nel riformato abuso d'ufficio*, cit., secondo cui nel caso di specie sembra difficile sostenere che l'operazione di stima del numero di verbali che sarebbero stati elevati sia qualificabile come mero accertamento tecnico non connotato da discrezionalità, richiedendosi all'agente un giudizio di tipo prognostico profondamente condizionato da una serie di variabili (competenze specifiche, esperienze pregresse, etc.).

<sup>30</sup> Così PADOVANI, [Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio](#), in *Giurisprudenza Penale Web*, 7-8/2020, p. 10.

<sup>31</sup> PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, in *Il "nuovo" abuso d'ufficio*, cit., p. 121. Sulla dubbia effettività delle modifiche introdotte rispetto agli scopi dichiarati dal Legislatore si sono già espresse molte voci della dottrina penalistica: NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit.; PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit.; G. AMATO, *Abuso d'ufficio: meno azioni punibili. Così la nuova riforma "svuota" il reato*, in *Guida al Diritto – Il Sole 24 Ore*, 34-35/2020; GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit.; GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit.; PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit.; (a cura di) B. ROMANO, *Il "nuovo" abuso d'ufficio*, cit.

Tali critiche muovono da una constatazione di fondo, per vero non nuova<sup>32</sup>: se la nozione di abuso (del potere) risiede ontologicamente nello sviamento della causa tipica al cui perseguimento lo stesso è funzionale<sup>33</sup>, la discrezionalità amministrativa non può non costituire uno dei possibili versanti – anzi, il principale, per così dire – del giudizio penale sul reato di abuso d’ufficio<sup>34</sup>.

E, difatti, la precedente, sintetica disamina delle due recenti sentenze ha evidenziato che se, da una parte, la Cassazione penale, dopo avere rinunciato a sindacare la discrezionalità del pubblico funzionario per mancato superamento dei limiti interni alla stessa, ha aperto il campo all’eccesso di potere estrinseco, dall’altra, invocando a proprio sostegno la giurisprudenza amministrativa, ha sanzionato l’esercizio di un potere, in astratto discrezionale, in ragione del fatto che sia divenuto vincolato in concreto.

«Parturient montes, nascetur ridiculus mus»<sup>35</sup> (?).

Vanno così delineandosi taluni possibili approdi dell’elaborazione giurisprudenziale<sup>36</sup>: puntare ancora una volta sulla valorizzazione dell’art. 97 Cost. e dei principi di imparzialità e buon andamento (per come declinati nella l. 241/1990)<sup>37</sup>; ovvero allargare le maglie della seconda condotta tipica dell’abuso imperniata sul conflitto di interessi (e non toccata dalla riforma), sino a coinvolgere molti dei casi di sviamento di potere e violazione di norme regolamentari.

È del resto proprio attraverso il cattivo esercizio del potere discrezionale che si realizzano le forme più gravi e diffuse di sfruttamento dell’Ufficio a fini privati, mentre

<sup>32</sup> Sia consentito il rinvio a BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banchi di prova dell’esperienza giudiziale*, Padova University Press, 2013, p. 108 ss.

<sup>33</sup> Così SEMINARA, *Abuso d’ufficio*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, UTET, 1996, p. 238. Analogamente, in termini più generali, il sindacato sulla legalità dell’azione amministrativa rappresenta il presupposto logico di una figura di reato costruita come l’abuso d’ufficio: GAMBARDELLA, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale nel delitto di abuso d’ufficio*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2860 ss.

<sup>34</sup> Cfr. GAMBARDELLA, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale nel delitto di abuso d’ufficio*, cit., p. 2860 ss.; MANES, *Abuso d’ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, cit., c. 390 ss.

<sup>35</sup> QUINTUS HORATIUS FLACCUS, *Ars poetica*, v. 139.

<sup>36</sup> Cfr. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., p. 162.

<sup>37</sup> Critica parte della dottrina. Con riguardo ad una delle prime sentenze della Cassazione successive alla riforma (Cass. pen., sez. VI, 17 settembre 2020, n. 31873), si è osservato come la motivazione fosse andata ben oltre la lettera, che «non brilla di precisione», dell’art. 323 c.p., richiamando in campo lo schema della violazione mediata di legge (nel caso di specie si trattava di un titolo abilitativo edilizio rilasciato senza rispetto del piano regolatore e degli altri strumenti urbanistici), che giunge a riconoscere come prospettabile, almeno in via di principio, nei limiti in cui lo consenta un’interpretazione compatibile con il principio di legalità. L’autore, tuttavia, esclude che analoga operazione possa essere realizzata invocando l’art. 97 Cost., che, pur continuando ad essere inquadabile, conformemente alla nota elaborazione giurisprudenziale precedente alla riforma del 2020, nel concetto di “legge” ex art. 323 c.p., esprime principi generali (l’imparzialità e il buon andamento della P.A.) da cui non possono ricavarsi espresse e specifiche regole di condotta a carattere vincolante: cfr. GATTA, [Riforma dell’abuso d’ufficio: note metodologiche per l’accertamento della parziale abolitio criminis](#), in questa *Rivista*, 02 dicembre 2020. V., anche sotto il profilo degli interessi tutelati, RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, Giuffrè, 1984, specie p. 20 ss.

i beni-interessi qui rilevanti vanno individuati nel buon andamento e nell'imparzialità della Pubblica Amministrazione, intesi, il primo, nel senso di legalità dell'esercizio dei poteri pubblicistici e, il secondo, come esigenza di mantenere la *par condicio* tra i cittadini – valori di rango costituzionale che si estrinsecano proprio attraverso il corretto esercizio del potere discrezionale<sup>38</sup>.

Torna giocoforza in auge la delicata e più che mai attuale questione del rispetto del principio della separazione dei poteri: se il giudice amministrativo è chiamato ad assicurare la tutela delle situazioni soggettive dei cittadini (interessi legittimi ovvero anche diritti soggettivi nelle «particolari materie» la cui individuazione è devoluta dall'art. 103 Cost. alla legge), a fronte dello scorretto esercizio del potere pubblico il giudice penale non può sottrarsi a un controllo "oggettivo" di legalità dell'azione amministrativa, a garanzia dei valori costituzionalmente rilevanti dell'imparzialità e del buon andamento della Pubblica Amministrazione. Elemento comune alla funzione di entrambi è l'individuazione dell'interesse pubblico che l'Amministrazione – e per essa il singolo organo o funzionario agente – dovrebbe perseguire sulla base delle norme di riferimento.

Sul versante penalistico, l'elemento discrezionalità permea le fattispecie di maggiore significatività fenomenologica e giuridica sicché da una sua ridefinizione potrebbe sortire un più efficace contrasto alla criminalità politico-amministrativa<sup>39</sup>. La concettualizzazione del potere vincolato nel fine, tipico della Pubblica Amministrazione, esclude che la determinazione discrezionale possa considerarsi pura applicazione del diritto, nemmeno se intesa nel senso di riconoscere un certo spazio all'opera creativa dell'interprete (giudice o amministratore)<sup>40</sup>.

Il già fragile rapporto tra discrezionalità e sindacato giudiziale è, come noto, sottoposto a una tensione particolare ogni qualvolta entri in gioco il giudice penale con la pretesa di prendere in considerazione a posteriori le finalità dell'agire lesive di doveri funzionali alla tutela di interessi di rilievo; in tale momento valutativo si annidano i maggiori rischi di frizione tra i poteri dello Stato<sup>41</sup>. L'esistenza della discrezionalità amministrativa non deve però fungere da limite all'operato del giudice, bensì assurgere a possibile contenuto del giudizio cui lo stesso perviene. Ciò significa che, supposto il potere discrezionale ed effettuata una data scelta, la possibilità di altre scelte concorre a costituire la situazione di fatto di cui il giudice penale deve conoscere per decidere se sussiste una ipotesi di reato<sup>42</sup>. Infatti, è proprio la funzione del sindacato di

<sup>38</sup> Così PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, I, Giuffrè, 2000, p. 242; PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, p. 879 ss.

<sup>39</sup> Nel senso indicato da INSOLERA, *La criminalità politico-amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 584 ss.

<sup>40</sup> LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 377 s.

<sup>41</sup> BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà*, cit., p. 109. In argomento v., tra i tanti, G. CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione. Il problema del sindacato giudiziale sugli atti amministrativi in materia penale*, Laterza, 1979; SCUBBI, *Reati contro la pubblica amministrazione e sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa: il legislatore alla rincorsa del pubblico ministero*, in *Dir. pubbl.*, 1997, p. 99 ss.

<sup>42</sup> Così CANNADA BARTOLI, *Ente pubblico e immunità: discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale*,



discrezionalità del giudice quella di assicurare l'esercizio non arbitrario o imparziale della discrezionalità da parte dell'amministrazione: il suo oggetto principale è il processo di decisione, alla stregua di canoni sfocianti nella ragionevolezza<sup>43</sup>.

Tale tematica interseca, per ovvie ragioni, quella del merito; è ormai dato per acquisito che i reati contro la Pubblica Amministrazione impegnano spesso decisioni di merito, che si tratti di merito amministrativo oppure merito criminoso ovvero una condotta che cela distorsione di poteri e violazioni di doveri.

La questione viene tuttavia mal posta: non si tratta di ammettere un sindacato sull'opportunità quanto, piuttosto, penetrare nella sfera valutativa della Pubblica Amministrazione, verificare che un merito amministrativo esista e non si dia, al contrario, un «merito privato»<sup>44</sup>. È sulla possibilità di ammettere o meno il sindacato giudiziale circa l'estraneità-pertinenza dei fini in concreto perseguiti, rispetto a quelli istituzionali, che si colloca il discrimine e, eventualmente, l'entità dell'ingerenza del giudice stesso rispetto all'operato dell'amministrazione<sup>45</sup>.

Considerata la diversa *ratio* e finalità del sindacato esercitato dai due ordini giurisdizionali, pare dunque ragionevole che il Legislatore ambisca a porre limiti differenti al sindacato del giudice, escludendo dall'ambito penalistico le valutazioni attinenti alla sfera del "merito" amministrativo<sup>46</sup>.

Il sindacato di legittimità diviene allora una misura di giustizia in senso distributivo nei rapporti intersoggettivi e l'imparzialità assurge essa stessa da regola del processo decisionale a regola di ponderazione e di composizione degli interessi, con un suo evidente mutamento: anziché assorbire il sindacato di merito, ne reinventa i caratteri in termini di reciproca valutazione delle posizioni dell'amministrazione e dei terzi.

Sono peraltro molteplici le concezioni di discrezionalità susseguitesesi nel tempo, mentre è rimasto sostanzialmente univoco l'atteggiamento di dottrina e giurisprudenza che tendono ad avvicinare quei principi posti a fondamento dell'azione amministrativa all'agire del giudice penale: si impone pertanto una idea di discrezionalità impregnata di ragionevolezza, che dovrebbe orientare l'universo dell'agire pubblico, suscettibile di tradursi in eccesso di potere quanto all'azione amministrativa, alla cassazione delle pronunce irragionevoli e nell'incostituzionalità delle leggi<sup>47</sup>.

---

in *Foro amm.*, 1967, II, p. 26.

<sup>43</sup> BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà*, cit., p. 111 ss.

<sup>44</sup> PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1989, p. 88 s.; G. CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, cit., p. 116 ss.; GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Giuffrè, 2002, p. 108 s.

<sup>45</sup> Cfr. CRESPI, *Sulla nozione di atto arbitrario e della discrezionalità dell'atto in particolare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1949, p. 487 ss.

<sup>46</sup> Risale a M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Giuffrè, 1939, la definizione del "merito" come l'ambito delle scelte di mera opportunità che residuano all'Amministrazione, una volta constatato che esistono più modalità legittime di perseguimento dell'interesse pubblico indicato dalla legge.

<sup>47</sup> BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà*, cit., p. 114 ss.

Così ragionando, tra sindacato di legittimità in termini di congruità e razionalità e sindacato di merito non sussiste differenza ontologica imperniandosi ambedue, seppure con graduazioni diverse, sull'accertamento di detta razionalità<sup>48</sup>.

Ancora oggi sembra, in definitiva, difficile se non impossibile scindere l'abuso d'ufficio da un sindacato sulla discrezionalità, ancorata a canoni più concreti quali la ragionevolezza. Si tratta di un legame indissolubile perché fondato sulla ragion d'essere stessa dell'incriminazione: proteggere il buon andamento e l'imparzialità della Pubblica Amministrazione, possibile solo se si ammette una forma di controllo del giudice penale sui suoi atti e sulla sua attività in genere<sup>49</sup>. Il giudice penale, in questa delicata operazione, non dovrebbe discostarsi, se non per quanto necessario per la materia trattata, dallo spirito che informa l'operato del giudice amministrativo<sup>50</sup>.

È da lì, quindi, che occorre partire per tentare una "pacifica composizione" delle due sfere di giurisdizione: dal procedimento e dalla giurisprudenza amministrativa. Dal procedimento amministrativo inteso come luogo di conciliazione dei vari interessi pubblici e privati di cui, nel suo concreto operare, l'Amministrazione è chiamata a fare sintesi, e dal giudice che, consapevole di ciò, è tenuto a verificare il corretto compimento della predetta comparazione, sussistente ogni volta che l'interesse pubblico si realizza con il minore sacrificio possibile degli altri interessi coinvolti<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> V. ANGIOLINI, *Legalità penale e legalità amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 1997, p. 80.

<sup>49</sup> V. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., p. 162, che offre risposta positiva all'interrogativo sulla legittimità o meno di un tale sindacato da parte del giudice penale: «Orbene, il controllo di legalità amministrativa da parte del giudice penale viola il principio illuministico della separazione dei poteri? I tre classici poteri dello Stato (esecutivo, legislativo, giudiziario) in tal modo perdono la loro completa autonomia, mentre dovrebbero rimanere divisi? [...] resta il fatto che il "tipo delittuoso abuso d'ufficio" in questa fase del nostro ordinamento è legato in modo inscindibile al comportamento del pubblico funzionario che si estrinseca in una attività o nell'adozione di un provvedimento amministrativo che sia inosservante dei principi e delle regole che governano l'azione dei pubblici poteri».

<sup>50</sup> Circa il quale, anche al fine di indagare l'ipotizzata esportabilità dei criteri in sede penale, v. per tutti SANDULLI, *Eccesso di potere e controllo di proporzionalità. Profili comparati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, p. 329 ss.

<sup>51</sup> *Ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 5 febbraio 2020, n. 932: di fronte ad un frazionamento artificioso per lotti in una gara per la fornitura di farmaci per il Servizio Sanitario della Regione Abruzzo, il Consiglio di Stato respinge l'appello della P.A., già soccombente avanti al TAR, sulla base dei seguenti argomenti: «La Sezione non disconosce affatto, da un lato, il carattere eminentemente discrezionale delle valutazioni affidate *in subiecta materia* alla stazione appaltante e, dall'altro, le connesse implicazioni quanto alle modalità e limiti di esplicazione del relativo sindacato giurisdizionale, avendo a tal fini espressamente evidenziato che "...la scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico costituisce una decisione normalmente ancorata, nei limiti previsti dall'ordinamento, a valutazioni di carattere tecnico-economico. In tali ambiti, il concreto esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione circa la ripartizione dei lotti da conferire mediante gara pubblica deve essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto e resta delimitato, oltre che dalle specifiche norme sopra ricordate del Codice dei contratti, anche dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza". L'intero impianto dei lotti di una gara non deve dar luogo a violazioni sostanziali dei principi di libera concorrenza, di "par condicio", di non-discriminazione e di trasparenza di cui all'art. 2 co. 1 d.lgs. n. 163 del 2006 e s.m.i. (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 5224 del 13 novembre 2017). Ciò nondimeno, va qui ribadito che, come qualsiasi scelta della Pubblica Amministrazione, anche la suddivisione in lotti di un contratto pubblico si presta ad essere sindacata in sede giurisdizionale amministrativa sotto i profili della ragionevolezza e della proporzionalità, oltre che della congruità dell'istruttoria svolta. Orbene, prendendo abbrivio da siffatta premessa, deve qui ribadirsi come le scelte confluite negli atti di gara non riposino su ragioni giustificatrici

Occorre che tra il giudice penale e il giudice amministrativo si rafforzi quella cooperazione nella quale, secondo l'intuizione di Costantino Mortati raccolta dall'Assemblea costituente e ripresa in tempi recenti anche dalla Corte Costituzionale, si realizza la «unità non organica, ma funzionale di giurisdizione, che non esclude, anzi implica una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi, ognuno dei quali fa parte a sé»<sup>52</sup>.

Non è al momento possibile dire una parola “ragionevolmente stabile” circa un'eventuale tendenza della giurisprudenza penale nel senso della “espansione” del proprio spazio di valutazione al di là delle «specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

Le prime pronunce sembrano presagire uno scenario simile a quello verificatosi in passato a seguito delle precedenti riforme, anche in ragione del rischio, in caso contrario, di sostanziale abrogazione del reato *ex art. 323 c.p.* – viene da domandarsi se, piuttosto che una riforma così (male) costruita, non sarebbe stato meglio avere il coraggio di espungere la fattispecie dall'ordinamento, allo stato indirizzata a colpire le violazioni meno significative e lasciare, invece, impunte le forme più gravi di distorsione del potere pubblico<sup>53</sup>.

---

idonee ad evidenziare, nella comparazione dei valori in campo, le superiori esigenze a presidio delle quali si pone l'opzione organizzativa privilegiata dalla stazione appaltante di frazionare la gara in lotti distinti per singolo dispositivo utilizzato nonostante il sacrificio del *favor participationis* che ad essa si riconnette». Si vedano anche Cons. Stato, sez. VI, 25 novembre 2019, n. 7989; Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2019, n. 3576; Cons. Stato, sez. IV, 7 settembre 2018, n. 5277; Cons. Stato, sez. V, 23 dicembre 2016, n. 5443; Cons. Stato, sez. IV, 3 novembre 2015, n. 4999.

<sup>52</sup> Cfr. Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204, richiamata poi da Corte Cost., 18 gennaio 2018, n. 6, ove si legge: «Con la sentenza n. 204 del 2004 si è infatti rilevato che l'unità funzionale non implica unità organica delle giurisdizioni, e che i Costituenti hanno ritenuto di dover tener fermo l'assetto precostituzionale, assetto che vedeva attribuita al giudice amministrativo la cognizione degli interessi legittimi e, nei casi di giurisdizione esclusiva, dei diritti soggettivi ad essi inestricabilmente connessi. Nella stessa sentenza si è osservato come dai lavori dell'Assemblea Costituente emerge chiaramente che ciò comporta l'esclusione della “soggezione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti al controllo di legittimità della Corte di cassazione” e la sua limitazione «al solo “eccesso di potere giudiziario”, coerentemente alla “unità non organica, ma funzionale di giurisdizione, che non esclude, anzi implica, una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi, ognuno dei quali fa parte a sé” (Mortati, seduta pomeridiana del 27 novembre 1947)».

<sup>53</sup> PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., p. 121 ss. Secondo G. AMATO, *Abuso d'ufficio: meno azioni punibili, così la nuova riforma “svuota” il reato*, cit., p. 34 «i casi di “atto vincolato” sono praticamente inesistenti e, se vogliamo, proprio la doverosità della determinazione esclude concettualmente il rischio dell'abusività della condotta».