amministrativamente
Numero 11/12 – Novembre/dicembre 2010

Eccesso di potere e violazione di legge nell'abuso di ufficio

di VALENTINA MARZI

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Inquadramento della fattispecie tra vecchia e nuova formulazione; 3. La condotta in violazione di legge o di regolamento; 4. La violazione di legge alla luce delle modifiche apportate alla legge n. 241/1990; 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*.

Il reato di abuso d'ufficio è una delle figure più dibattute in dottrina ed in giurisprudenza, sia per il ruolo centrale che esso riveste tra i delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione, sia perché l'originaria indeterminatezza della fattispecie sotto il profilo descrittivo ha favorito inevitabilmente diverse e spesso discordanti interpretazioni giurisprudenziali.

Se da un lato l'assoluta originaria genericità descrittiva dell'art. 323 c.p., rubricato "abuso generico d'ufficio", rispondeva alla finalità di rendere punibili condotte caratterizzate da disvalore oggettivo altrimenti prive di sanzione, dall'altro la possibilità di sanzionare "qualsiasi comportamento" aveva finito con il consentire un uso distorto di tale fattispecie.

L'attuale formulazione dell'art. 323 c.p. è dunque il risultato di un duplice intervento legislativo volto da un lato a circoscrivere l'ambito delle condotte penalmente rilevanti ed a garantire maggiore tassatività e determinatezza alla fattispecie, in coerenza con il principio di legalità di cui all'art. 25, comma 2, Cost., e dall'altro a limitare il sindacato del giudice penale sull'attività della Pubblica Amministrazione.

2. *Inquadramento della fattispecie tra vecchia e nuova formulazione.*

L'art. 323 c.p., nella sua formulazione attualmente vigente, il cui oggetto giuridico è identificato nel buon andamento e nell'imparzialità della P.A., requisiti altresì richiamati dall'art. 97 della Costituzione, prevede e punisce il reato del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio che, *"nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione 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"*.

Il tenore letterale della norma rappresenta il risultato della modifica intervenuta nel 1997, previsione in cui l'espressione delle modalità della condotta nella fattispecie incriminatrice e l'introduzione di una clausola limitatrice della rilevanza penale delle condotte "nello svolgimento delle funzioni o del servizio", contribuiscono ad arricchire la tipizzazione del fatto punibile[1].

L'accento, inoltre, posto sulla "violazione di legge o di regolamento" tende evidentemente ad evitare che l'abuso venga sostanzialmente identificato con il mero eccesso o sviamento di potere[2], pertanto la norma, nel racchiudere la sola condotta di violazione di legge o di regolamento, finisce per elevare l'illegittimità amministrativa ad elemento normativo componente la fattispecie di incriminazione. Ne consegue che oggi non è più suscettibile di integrare la fattispecie di reato la condotta del soggetto che non concretizzi una violazione di legge ma si limiti a configurare un vizio di eccesso di potere[3].

Viceversa, sotto la vigenza originaria del cd. "abuso innominato d'ufficio"[4] si poneva il problema di fissare il contenuto della fattispecie incriminatrice ed i limiti della potestà giurisdizionale, con la conseguenza di poter riconoscere un reato di abuso

---

[1] Al contrario il testo dell'art. 323 c.p. coniato dalla precedente modifica del 1990 autorizzava l'inclusione tra le condotte rilevanti come "abuso d'ufficio"non solo quelle relative al contrasto tra la condotta concreta e quella prevista e imposta da una norma scritta, ma anche quelle caratterizzate da una difformità tra lo scopo privato perseguito dall'agente e lo scopo assegnato dall'interprete a questo o a quell'atto amministrativo.

[2] A. CIOFFI, "Eccesso di potere e violazione di legge nell'abuso d'ufficio", Milano, Giuffrè, 2001, Una delle prime apparizioni dello sviamento di potere figura in una sentenza della Corte d'Appello di Roma del 1966, nella quale il giudice fa uso del vizio di eccesso di potere per accertare l'abuso. L'eccesso è inteso quale "vizio della funzione" che investe la globalità dell'attività amministrativa; V.E. ORLANDO, "Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano, III, parte seconda, Milano: l'autore si è soffermato sullo studio dell'eccesso di potere definendolo "scientificamente figura propria", consistente nello sviamento di potere, nel qualificare illegittimo il perseguire un fine estraneo.
Il Consiglio di Stato però già fin dal 1892 aveva inteso tale vizio come inidoneità del provvedimento a realizzare lo scopo per il cui raggiungimento il potere pubblico era stato conferito ad un organo. In tal modo, la discrezionalità amministrativa si trovava seriamente esposta a sindacato giudiziale.

[3] Sul punto si contrappongono due tesi: la prima si fonda sulla considerazione che lo stravolgimento dell'uso del potere discrezionale sia anch'esso una gravissima violazione di legge e perciò anch'esso suscettibile di punibilità; a *contrariis* è stato argomentato che l'eccesso di potere può assumere rilevanza penale a condizione che e nei soli casi in cui concreti un'effettiva violazione di legge.

[4] S. ROMANO, "Abuso del diritto", in Enc. Dir., I, Milano, 1958: "L'abuso di potere può essere definito come il non esercizio di esso o l'esercizio secondo criteri diversi da quelli imposti dalla natura della funzione". Si trattava di una fattispecie residuale e sussidiaria, una sorta di norma di chiusura dei delitti contro la Pubblica Amministrazione. Il concetto di "abuso" rimaneva svincolato da oggettivi parametri descrittivi e la struttura della fattispecie come reato di mera condotta a dolo specifico comportava l'anticipazione della sua consumazione alla semplice esposizione a pericolo del bene protetto.

d'ufficio integrato dall'illegittimità dell'atto amministrativo e, in specie, dall'eccesso di potere[5].

L'esito dell'irruzione nel delitto di abuso d'ufficio delle incerte e vaghe figure dell'eccesso o sviamento di potere aveva così dato vita ad una norma incriminatrice, che quanto alla vastità del suo contenuto, era stata efficacemente equiparata ad una sorta di "gigantesco contenitore" e, quanto al suo tasso di imprecisione, ad una norma caratterizzata da una "eccessiva elasticità"[6].

La giurisprudenza oggi è invece piuttosto unanime nell'aderire ad un'interpretazione restrittiva dell'art. 323 c.p., basandosi sul dato testuale e sulla *ratio* sottesa alla formulazione vigente dell'attuale disposizione incriminatrice[7].

Per tali ragioni, è evidente che nel sistema della responsabilità penale per esercizio dei poteri pubblici appare da sempre imprescindibile soffermare l'attenzione sulla connessione tra la fattispecie obiettiva dell'abuso e l'uso illegittimo del poter amministrativo.

3. *La condotta in violazione di legge o di regolamento.*

Prima di esaminare le condotte tipiche del delitto in esame, è interessante verificare se quella caratterizzata dalla violazione di norme di regolamento violi il principio costituzionale della riserva di legge di cui all'art. 25 comma 2° della Costituzione. Al riguardo, è stato dedotto il carattere di norma parzialmente in bianco del delitto di cui all'art. 323 c.p.. Secondo questa opinione, infatti, ricorrerebbe violazione della suddetta norma costituzionale laddove si faccia riferimento alle norme regolamentari[8], anche n virtù del fatto che le medesime non danno luogo ad un'integrazione meramente tecnica del precetto[9].

---

[5] Nella prassi giurisprudenziale formatasi sotto la disciplina previgente (che descriveva la condotta tipica nei seguenti termini: *il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che abusa del suo ufficio al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio o per arrecare ad altri un danno ingiusto, è punito…*), l'abuso d'ufficio è stato infatti ravvisato in qualsiasi forma di strumentalizzazione dell'ufficio per finalità non consentite.

[6] C. BENUSSI, "Il nuovo delitto di abuso d'ufficio", Padova, Cedam, 1998, p. 88. L'assoluta genericità aveva peraltro spinto molti giudici ordinari a sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p. per palese contrasto con il principio di tassatività e sufficiente determinatezza.

[7] Sul punto la Corte di Cassazione, Sez. VI, già con sentenza n. 444 del 25 marzo 1998 aveva chiarito che l'attuale formulazione dell'art. 323 c.p., nel procedere a maggiore tipicizzazione della condotta del pubblico ufficiale, richiede che questo operi in violazione di legge o di regolamento, così escludendo dalla previsione delittuosa l'ipotesi di eccesso di potere.

[8] MANNA, "Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale", Torino, 2004, 38 e ss..

[9] INFANTE, SALCUNI, "Diritto penale del comportamento e disvelamento della necessaria "politicità" del giudizio degli esperti. Abbandono dell'integrazione del precetto penale ad opera delle fonti secondarie "tecniche", in Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Foggia, Milano, 2005, 1153 e ss..

Si tratterebbe nell'ipotesi di una fattispecie aperta, priva di un nucleo penalistico e quindi incapace di selezionare la condotta penalmente rilevante tra le numerose condotte antigiuridiche caratterizzate dalla violazione di norme di legge o di regolamento.

Questa conclusione non sembra condivisibile proprio perché la stessa contiene al contrario di quanto affermato, un nucleo significativo che permette di selezionare le condotte penalmente rilevanti. Infatti, non è incriminata qualsiasi violazione di obblighi, ma soltanto un più ristretto numero di situazioni individuate dall'ingiustizia dell'esito[10].

Proprio l'ingiustizia dell'esito costituisce un requisito ulteriore di illiceità speciale e non può essere ricondotta ad una generica antidoverosità della condotta, pertanto soltanto la condotta produttrice del danno o dell'ingiusto vantaggio integrerà il reato in esame.

Il dettato letterale dell'art. 323 c.p. individua, inoltre, un criterio formale ed oggettivo alla stregua del quale qualificare la condotta penalmente rilevante, pertanto "la violazione di legge o di regolamento" postula, al fine di integrare il reato di abuso d'ufficio, il duplice presupposto che la norma violata vieti puntualmente il comportamento sostanziale del pubblico ufficiale o dell'incaricato del pubblico servizio e che presenti i caratteri formali ed il regime giuridico della legge o del regolamento.

La violazione di legge di cui parla l'art. 323 c.p. sembra in altri termini richiamare la violazione di una legge formale o di un atto avente forza di legge[11], e ciò non solo quando la condotta dell'agente sia in contrasto con il significato letterale della disposizione, ovvero in presenza di vizi attinenti alla forma, al contenuto, all'oggetto dell'atto o al suo procedimento di formazione, ma anche nelle ipotesi in cui la stessa contraddica lo specifico fine perseguito dalla norma[12].

Allo stesso modo, la violazione di norme regolamentari elimina dall'area del penalmente rilevante qualsiasi condotta che non trovi corrispondenza in un atto che sia espressione di tipicità e formalità, sebbene la giurisprudenza abbia affrontato il

---

[10] LICCI, "Abuso d'ufficio analisi di un enunciato normativo", in Studi in onore di Marcello Gallo, Scritti degli allievi, Torino, 2004, 483.

[11] Cass. Pen., Sez. VI, 21 aprile 2010, n. 15272: "In tema di reato d'abuso d'ufficio rilevano solo le violazioni di legge o di regolamento, con esclusione degli atti – come le circolari – che hanno natura meramente interpretativa e ch comunque sono prive della forza normativa propria della legge o del regolamento".

[12] Cass. Pen., Sez. VI, 24 novembre 2006, n. 38965: "La violazione di legge può riguardare anche l'elemento teleologico della norma e può quindi essere valutata anche sotto il profilo finalistico, per cui detta violazione può ritenersi sussistente anche quando la condotta tenuta dall'agente contraddica lo specifico fine perseguito dalla norma…"

problema della possibile rilevanza della violazione di fonti che non abbiano i requisiti menzionati[13].

Un caso peculiare è costituito dalle ordinanze contingibili ed urgenti, cioè quei provvedimenti autoritari atipici diretti a provvedere a situazioni eccezionali e sostanzialmente imprevedibili, alle quali non possa farsi fronte con gli strumenti tipici previsti dalla legge. La natura eccezionale di tali atti comporta che possano essere legittimamente adottati solo a fronte della effettiva sussistenza delle condizioni richieste dalle singole norme di legge per l'esercizio del potere *extra ordinem*[14].

Quanto poi a voler accennare alla condotta relativa alla violazione dell'obbligo di astensione – laddove sussista un obbligo giuridico di astenersi -, in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, va ricordato che è richiesta in ogni caso la produzione dell'evento del danno ingiusto o dell'ingiusto vantaggio patrimoniale, unitamente all'elemento soggettivo del dolo intenzionale[15].

---

[13] La questione si è posta con riferimento alla concessione edilizia rilasciata in violazione delle prescrizioni del piano regolatore generale, vedi Cass. Pen., Sez. VI, 18 novembre 1998, n. 1198; ovvero nelle ipotesi di violazione di norme procedimentali si contrappongono due tesi: quella di chi sostiene la rilevanza delle stesse solo all'interno del procedimento, vedi per es. Cass. Pen. Sez. VI, 5 agosto 1999 n. 9961; *a contrariis*, vedi Cass. Pen., Sez. VI, 23 giugno 2006, n. 2242, è stato sostenuto che per la configurabilità del reato di abuso d'ufficio non rilevano solo le norme che vietano puntualmente il comportamento sostanziale, ma ogni altra norma, anche di natura procedimentale, la cui violazione determini comunque un danno ingiusto a norma dell'art. 2043 c.c. .

[14] Sotto questo profilo la Cassazione (Cass. Pen., Sez. VI, 1°gennaio 2002, n. 3882) ha ritenuto che il giudice penale, sebbene gli sia precluso il merito dell'opportunità e convenienza delle scelte operate dall'autorità amministrativa, possa sindacare sui presupposti di esistenza e suoi limiti del potere di ordinanza *extra ordinem*.

[15] L'assunzione del solo dolo intenzionale a dolo tipico dell'abuso punibile si spiega con la preoccupazione contingente di restringere il più possibile l'area della punibilità; si vuole più precisamente evitare che basti ai fini della punibilità il dolo eventuale, il quale ben potrebbe con figurarsi (almeno in teoria) nelle ipotesi in cui il pubblico ufficiale agisca irregolarmente "accettando il rischio" di procurare un danno o un vantaggio ingiusto, che poi di fatto si verificano. Sul punto in giurisprudenza: Cass. 24 febbraio 2004 in CED Cass., n. 228811; Cass. 8 aprile 2003, ivi, n. 226040; Cass. 20 settembre 2002, in Cass. Pen., 2003, 2651. O ancora Cass. Pen., Sez. VI, sent. 8 febbraio 2010 n. 4979: "Nel reato di abuso d'ufficio si richiede il dolo intenzionale…necessario che l'evento di danno o il vantaggio sia voluto come obiettivo del proprio operato e non semplicemente realizzato come risultato accessorio della condotta".

4. *La violazione di legge alla luce delle modifiche apportate alla legge n. 241/1990*.
Inevitabilmente la violazione di legge a cui si riferisce testualmente l'art. 323 c.p., riporta alla violazione di legge nel diritto amministrativo, atteso che il reato d'abuso d'ufficio può essere integrato anche da un atto illegittimo[16].
In materia di procedimento e di provvedimenti illegittimi, va in prima battuta evidenziato che la L.15/2005, introducendo soltanto di recente la categoria della c.d. illegittimità "ininfluente" e muovendosi in chiave di esaltazione del principio di partecipazione democratica[17], ha imposto una rivisitazione del contenuto e del significato non solo della violazione di legge ma anche dell'eccesso di potere.
La codificazione della tripartizione dei vizi di illegittimità del provvedimento amministrativo finisce per regolamentare in via generale le ipotesi di invalidità della funzione amministrativa[18], con ciò finalmente colmando una lacuna che era congenita sin dalla nascita del nostro diritto amministrativo[19].
La violazione di legge, intesa quale ogni forma di contrasto tra il provvedimento amministrativo e la fattispecie normativa che non riguardi il profilo soggettivo, ritenuta tradizionalmente dalla dottrina maggioritaria figura residuale[20], finisce infatti per ricomprendere ipotesi in passato considerate espressione del vizio della funzione[21], con inevitabili ricadute dal punto di vista della responsabilità penale sui confini della fattispecie di reato di abuso d'ufficio, fattispecie nella quale, per lungo tempo, come già accennato, parte considerevole della dottrina ha considerato

---

[16] Cass. Pen., Sez. VI, 19 ottobre 2009, n. 40499: "violazione ..per gli effetti dell'art. 323 c.p. per cui è necessaria la sussistenza di una biunivoca correlazione criminosa con la volontà antigiuridica del soggetto agente conforme alla tipizzazione della norma incriminatrice"

[17] R. GALLI, "Aggiornamento alla IV° edizione del Corso di diritto amministrativo", Cedam, 2007

[18] Il riferimento ai vizi di legittimità lo si trova, per la prima volta, nell'art. 3 della Legge 31 marzo 1889, n. 5992, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato; successivamente l'art. 22 del R.D. 17 agosto 1907, n. 648 attribuiva al giudice amministrativo il potere di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge; la stessa formulazione veniva poi ripresa dall'art. 26 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, mentre le più recenti ultime disposizioni sull'argomento sono negli artt. 2 e 3 della L. 6 dicembre 1971, n. 1934, istitutiva dei tribunali amministrativi regionali.

[19] Non è un caso infatti che la pietra angolare sulla quale costruire il concetto di invalidità sia stata proprio la norma processuale, considerata originariamente la tutela meramente occasionale dell'interesse legittimo e la concezione del processo amministrativo come tipicamente impugnatorio.

[20] A. M. SANDULLI, "Manuale di diritto amministrativo", Napoli, 1989; M.S. GIANNINI, "Diritto amministrativo", vol. 1, Milano, 1988. Gli studiosi hanno evidenziato come la violazione di legge consisterebbe in ogni difformità dal modello legale diversa dall'incompetenza e dall'eccesso di potere.

[21] La definizione è dell'autorevole studioso BENVENUTI il quale si è interrogato sul ruolo da attribuire alle figure sintomatiche nella costruzione dell'eccesso di potere, mentre la locuzione "eccesso di potere" venne già utilizzata dal legislatore del 1889, quando venne istituita la IV Sezione del Consiglio di Stato, senza alcuna indicazione circa il significato che a tale locuzione l'interprete avrebbe dovuto attribuire.

l'eccesso di potere frequente modalità di realizzazione della relativa condotta tipica[22].

Tali considerazioni si spiegano soprattutto alla luce della "giuridicizzazione del vincolo istruttorio"[23] operata dalle recenti modifiche della L. 15/2005 sulla L. 241/1990, legge generale per tutti i procedimenti.

L'introduzione, infatti, della cd. motivazione "rafforzata" ex. art. 10 bis L. 241/1990, così come modificata dalla L. 15/2005, nell'accentuare da un lato il profilo della trasparenza endoprocedimentale a beneficio del principio del contraddittorio, consentendo al privato di interloquire con l'amministrazione e nell'imporre, dall'altro, il rispetto delle risultanze istruttorie per il responsabile del procedimento, figura interlocutoria per il privato che si relaziona con il potere, finisce per far nascere una nuova ipotesi di violazione di legge.

Ne deriva conseguentemente che il non rispetto del vincolo "risultanze istruttorie" induce a sottrarre il relativo vizio all'eccesso di potere[24], per essere oggi invece ricompreso nella violazione di legge.

Rebus sic stantibus, sotto il profilo della condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato del pubblico servizio che agisce nell'esercizio dei suoi poteri o nello svolgimento della funzione, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, e intenzionalmente per arrecare un danno ingiusto, sarà possibile riscontrare una responsabilità penale per il reato di abuso d'ufficio ex art. 323 c.p..

---

[22] Fra i tanti PAGLIARO, "Nuovi spunti sull'abuso d'ufficio", in Dir. Pen. e Proc., 1997.

[23] R. GALLI, già cit. si è interrogato in particolare sul significato da attribuire al vizio della motivazione, per comprendere se il legislatore avesse inteso dequotarlo a vizio formale alla luce delle nuove disposizioni in materia di "illegittimità ininfluente" ex art. 21 octies L. 241/1990. La giurisprudenza, vedi Cass. Pen., 19.11.1999, in Riv. Pen., 2000, 612 ha ravvisato la violazione di norme di legge nell'inosservanza del dovere di motivazione di cui all'art. 3, L. 241/1990.

[24] E' indubbio infatti che se si dovessero includere nell'ambito di operatività dell'art. 323 c.p. tutte le possibili forme di eccesso di potere, si arriverebbe anche all'aberrante conseguenza di consentire al giudice penale, in violazione sia del noto principio della separazione dei poteri sia dell'altrettanto noto principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, di creare di volta in volta norme incriminatrici, data la vastità della discrezionalità amministrativa cui corrispondono, nella realtà operativa, innumerevoli forme di eccesso di potere. Com'è stato sottolineato dalla dottrina amministrativistica (fra gli altri, GUARINO, Dizionario amministrativo, vol. I, Milano, 1983; VIRGA, Diritto amministrativo. Atti e ricorsi, vol, II, 4° edizione) sotto lo schema dell'eccesso di potere si raggruppano tutte le violazioni di quei limiti interni alla discrezionalità amministrativa che non sono consacrati in norme espresse di legge.

5. *Conclusioni*.

Le novità introdotte in materia di procedimento ad opera delle leggi 15 e 80 del 2005 e da ultimo dalla L.69/2009, intervenute sempre maggiormente nell'ottica di una chiara ed evidente esaltazione del principio di partecipazione democratica e di "funzionalizzazione" dell'azione amministrativa nel suo complesso, sembrano definitivamente far emergere il vizio della violazione di legge come "figura generalizzata" di patologia dell'atto amministrativo con evidenti ricadute sotto il profilo della responsabilità penale verso ipotesi sempre più frequenti di configurazione del reato di abuso d'ufficio ex art. 323 c.p..

In altre parole, l'attuazione della tutela penale trasforma la giurisdizione penale sull'abuso in un istituto unico e tipico di "garanzia" anche di giustizia amministrativa, atteso evidentemente che i vizi tipici di legittimità dell'atto amministrativo costituiscono altrettanti vizi per individuare, sotto il profilo oggettivo, l'abusività dell'agire e dunque la contrarietà all'ordinamento.