



# CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica  
<https://rivista.camminodiritto.it>



## **LA CASSAZIONE RITIENE CONFIGURATO L'ABUSO D'UFFICIO ANCHE NELLE IPOTESI DI POTERE VINCOLATO SOLO IN CONCRETO**

*Con la recente pronuncia la Suprema Corte interviene su uno degli aspetti maggiormente contestati della riforma dell'abuso d'ufficio, andando ad includere nell'alveo delle ipotesi nelle quali non residuino margini di discrezionalità, oltre alle attività vincolate ab origine, anche le attività inizialmente discrezionali ma che son divenute concretamente vincolate.*

**di Francesco Gregorace**  
IUS/17 - DIRITTO PENALE  
Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile  
**Raffaele Giaquinto**

Publicato, Venerdì 7 Maggio 2021



## Abstract ENG

*With the recent ruling, the Supreme Court intervenes on the reformed abuse of the office, including in the case of hypotheses in which there is no margin of discretion, in addition to the activities which are restricted by origin, the activities initially discretionary but which have become concretely linked.*

**Sommario:** 1. Premessa; 2. Il nuovo abuso d'ufficio; 2.1. Le critiche; 3. La vicenda; 3.1. La soluzione; 4. Considerazioni finali.

### 1. Premessa

Con la pronuncia in commento, la numero 8057 del 2021, la Suprema Corte torna a pronunciarsi in merito al delitto di abuso d'ufficio, così come riformulato dal d.l. 76/2020, con una pronuncia che analizza uno degli aspetti maggiormente criticati in dottrina e cioè il ridotto spazio applicativo della norma derivante dal riferimento alla sola attività vincolata.

In particolare, è d'uopo evidenziare come l'intervento riformatore sia stato condotto all'insegna dei principi di tassatività e determinatezza il che, a dire il vero, non costituisce proprio una novità visto che anche i precedenti interventi sull'art. 323 c.p., ed in particolare quello del 1997, furono ispirati a tale ratio. Ma non solo. Altro obiettivo della riforma, correlato al primo, è certamente quello di "liberare" amministratori e politici dalle "ansie" che ad ogni scelta discrezionale da loro effettuata possa corrispondere una "correlata" indagine penale ed una successiva incriminazione per abuso d'ufficio.<sup>[1]</sup>

Ciò posto, le intenzioni legislative si son risolte nella riformulazione della norma che, ad oggi, al primo comma prevede che «salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni». La novella, da un lato ha lasciato immutato il riferimento all'elemento psicologico del dolo intenzionale, nonché la fattispecie realizzata tramite la violazione dell'obbligo di astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto.

Dall'altro, è intervenuta sulla modalità di realizzazione del fatto più frequente nella prassi, ovvero sia la violazione di legge o regolamento, delimitando in tal caso la configurabilità del fatto alle sole ipotesi nelle quali non residui alcun margine di discrezionalità. Pronunciandosi sul punto con la sentenza citata, la Cassazione chiarisce che la nuova fattispecie ex art. 323 cp è configurabile anche nelle ipotesi in cui l'attività sia vincolata hic et nunc, laddove la discrezionalità riguardava un precedente atto, la cui emanazione abbia esaurito la discrezionalità amministrativa.

## 2. Il nuovo abuso d'ufficio

La fattispecie ex art. 323 c.p., come già anticipato in premessa, ha subito la rilevante modifica ad opera del d.l. 76 del 2020 che ha modificato l'elemento oggettivo del delitto, intervenendo su una delle possibili modalità di commissione del reato.

Orbene, prima di analizzare i profili di particolare interesse che emergono dalla pronuncia oggetto di disamina, è necessario delineare in linea generale la struttura dell'abuso d'ufficio. In particolare, la norma è disciplinata tra i delitti contro l'amministrazione della giustizia ed il bene giuridico è individuato nel buon andamento e nell'imparzialità della pubblica amministrazione. Si tratta di un reato proprio di evento, il quale deve individuarsi in un ingiusto vantaggio patrimoniale per sé o per altri ovvero in un danno ingiusto altrui.<sup>[2]</sup>

L'ingiustizia è prevista dalla norma sia con riferimento al vantaggio patrimoniale che al danno e costituisce un elemento costitutivo autonomo del reato. È la c.d. doppia ingiustizia, la quale postula un duplice apprezzamento concernente sia la condotta, che deve caratterizzarsi da violazione di norme e regolamenti, che l'evento, perché il vantaggio patrimoniale dev'essere non dovuto in base al diritto oggettivo.<sup>[3]</sup>

Per quanto concerne la condotta, oltre alla modalità indicata e oggetto di riforma, la modalità alternativa è costituita da una omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto. Occorre precisare che in tal caso, l'omessa astensione rileva solamente in presenza di un obbligo giuridico di astensione che derivi dalla legge o da altra fonte normativa; inoltre, la giurisprudenza ha chiarito come la norma abbia introdotto un generale dovere di astensione per i pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio che si trovino in una situazione di conflitto di interessi, anche in assenza di una specifica disciplina di astensione riferita a quel particolare procedimento.<sup>[4]</sup>

L'elemento soggettivo previsto è il dolo intenzionale, con conseguente impossibilità di punire la condotta a titolo di dolo eventuale o diretto. Ciò comporta che il vantaggio

patrimoniale o la causazione del danno debbano costituire l'obiettivo primario perseguito.<sup>[5]</sup>

La nuova formulazione dell'art. 323 c.p. è già stata oggetto di una pronuncia della Suprema Corte nel gennaio 2021 la quale, prendendo le mosse dal nuovo perimetro delineato dal decreto semplificazione, ha affermato che l'intervento normativo ha comportato una parziale abolitio criminis con riguardo alle condotte poste in essere prima dell'entrata in vigore della riforma e che non siano più riconducibili nell'attuale formulazione, con operatività dell'art. 2, co. 2 c.p. Di contro, con riferimento alle ipotesi nelle quali a venir in rilievo fosse un'attività vincolata, vista la punibilità sia nella previgente disciplina che in quella attuale, troverà applicazione il comma quarto dell'art. 2 c.p.<sup>[6]</sup>

### 2.1. Le critiche

La novella ha suscitato da subito forti critiche. A tal proposito, autorevolissima dottrina<sup>[7]</sup> ha definito la nuova fattispecie di abuso d'ufficio derivante dal decreto semplificazioni un: ircocervo normativo dalle fattezze mostruose.

In particolare, si ritiene che, ancorando la condotta tipica alla violazione di specifiche regole di condotta dalle quali non residuino margini di discrezionalità, si sia inteso circoscrivere l'abuso d'ufficio all'inosservanza di un dovere vincolato nell'an, nel quid e nel quomodo. In tal modo, poiché le ipotesi nelle quali la legge predetermina in maniera così dettagliata il potere sono rare e attinenti solamente alla sfera esecutiva dell'attività amministrativa, il legislatore non avrebbe fatto altro che «assumere nell'empireo dei salvati coloro che, detenendo il potere di scegliere discrezionalmente, sono nella condizione ontologica per abusarne». In sostanza, si teme che in tal modo il controllo del giudice penale non possa insinuarsi proprio in quella fase, la scelta discrezionale, dove solitamente si annidano i favoritismi e le maggiori distrazioni dell'interesse pubblico. L'autore ipotizza, per assurdo, che in tal modo l'agente pubblico sarebbe titolare di un potere dispositivo assoluto sottratto al vaglio giudiziale e, ad esempio, sarebbe concesso ad un sindaco proclamare con orgoglio di aver disposto discrezionalmente una autorizzazione al solo scopo di favorire un clan mafioso, in quanto la natura discrezionale renderebbe insindacabile tale scelta.<sup>[8]</sup>

Ma non è tutto. L'ircocervo, animale mitologico per metà caprone e per metà cervo, si prospetta in quanto la novella non ha intaccato l'altra modalità commissiva del delitto ex art. 323 c.p., quella costituita dall'inosservanza dell'obbligo di astensione in presenza di un proprio interesse. Tale ipotesi, si è rilevato, come si configuri solo in presenza di attività discrezionali, perché se si trattasse di una condotta vincolata non avrebbe senso punire tale condotta. Infatti, non apparirebbe sensato punire la condotta di un amministratore che abbia rilasciato un'autorizzazione ad un parente se, vista la natura vincolata dell'attività, è la legge ad imporne il rilascio a chiunque ne faccia domanda; ragion per cui, si ritiene, che tale modalità sia realizzabile solamente in presenza di attività discrezionale. Ed ecco, allora, come la norma impedirebbe al giudice di sindacare la discrezionalità amministrativa solo nel caso di violazione di legge, mentre questi potrebbe senza problemi insinuarsi nelle scelte discrezionali nella seconda ipotesi.<sup>[9]</sup>

### 3. La vicenda

Il fatto giunto all'attenzione degli ermellini riguardava la penale responsabilità di un responsabile della polizia municipale il quale, in violazione di legge, affidava con procedura diretta e senza alcuna preventiva determinazione della giunta municipale, ad una società in accomandita semplice il servizio di misurazione elettronica della velocità media dei veicoli lungo una strada statale. In particolare, alla luce dell'art. 125 del d.lgs 163 del 2006 e vista la somma oggetto di affidamento, sarebbe stato necessario un bando di gara. Pertanto, procedendosi con l'affidamento diretto, l'imputato avrebbe procurato un vantaggio patrimoniale ingiusto alla società, con conseguente danno per la pubblica amministrazione. Per tali fatti, veniva condannato dalla Corte d'appello di Cagliari ai sensi dell'art. 323 c.p.

#### 3.1. La soluzione

La suprema corte, nel rigettare il primo motivo di ricorso, confermava la ricostruzione effettuata dal giudice del merito ed osservava come l'imputato avesse «deliberatamente sottostimato il valore dell'appalto di servizi che si stava accingendo ad assegnare, così utilizzando il metodo dell'affidamento diretto». In particolare, i giudici precisano che la scelta di non considerare tali ulteriori costi per determinare il valore dell'appalto non fu il frutto di una valutazione discrezionale, ma di una deliberata decisione dell'imputato di non osservare le vincolanti prescrizioni di legge[10].

Ciò posto, la sentenza contiene una interessante presa di posizione in relazione al nuovo perimetro della fattispecie. In particolare, si afferma che il delitto è ora configurabile solo in presenza di violazione di specifiche regole di condotta dettate da norme di legge o atti aventi forza di legge, solo se tali regole siano formulate in maniera tale da non lasciare alcun margine di discrezionalità all'agente. Pertanto, ne rimangono fuori tutte quelle condotte che rispondano all'esercizio di un potere discrezionale[11].

Tuttavia, alla luce della continuità normativa rispetto alle condotte concernenti le attività vincolate, tali indicazioni legislative non sono applicabili al caso di specie. Ciò in quanto l'imputato ha violato una regola di condotta specifica prevista da una norma di legge, il già citato art. 125 del previgente codice degli appalti, che dettava criteri tecnici che vincolavano la stazione appaltante ad adottare un criterio di scelta invece che un altro sulla base di quell'accertamento e non lasciava alcun margine di discrezionalità nella scelta in capo al funzionario. Inoltre, gli ermellini precisano che, nell'alveo delle condotte prive di qualsiasi margine di discrezionalità, rientrano anche tutte quelle violazioni di regole di condotte o leggi poste in essere in un momento del procedimento nel quale il potere amministrativo sia, anche solo in concreto, privo di qualsiasi margine di discrezionalità.

In altri termini, la corte con quest'ultima affermazione sostiene che la norma non si riferisca solamente alle attività vincolate in senso stretto, ma anche a tutte quelle attività nelle quali la discrezionalità è stata già consumata. È ben possibile, infatti, che vi siano ipotesi nelle quali un potere sia astrattamente discrezionale ma che poi, in concreto, sia divenuto vincolato.

#### 4. Considerazioni finali

La presa di posizione della suprema corte dev'essere salutata con favore per diverse ragioni. In primo luogo, per una maggiore aderenza al dato letterale. La norma, infatti, nell'utilizzare il verbo «residuare», sembra riferirsi ad un'accezione di potere vincolato ampia, includendovi anche i casi nelle quali in precedenza vi era discrezionalità che, per l'appunto, non è residuata. L'utilizzo del verbo residuare, infatti, sarebbe inappropriato nei casi di potere vincolato in senso stretto, nei quali l'attività è tale ab origine e nei quali non potrebbe mai residuare alcunché. Ma il dato testuale non è l'unica ragione per apprezzare la pronuncia in commento.

La distinzione tra attività vincolata in astratto e in concreto è pacifica nel diritto amministrativo; infatti, come anche precisato dalla sentenza, dall'art. 21-octies della legge 241/90 si desume che l'annullabilità del provvedimento amministrativo ricorra sia in presenza di un potere vincolato in astratto, che in presenza di un potere vincolato in concreto e cioè quando, per le scelte che il pubblico agente ha compiuto nell'ambito di quel procedimento, lo spazio di discrezionalità sia esaurito[12].

Inoltre, nell'attuale diritto amministrativo anche attività prima non vincolate possono diventare tali per via di regolamentazioni di vario genere. Le ipotesi sono molteplici. In primo luogo, può ricorrere un auto-vincolo, ovvero sia quando la pubblica amministrazione, con un proprio atto di natura generale, abbia consumato la propria discrezionalità. L'esempio paradigmatico, rilevante anche nel caso di specie, è quello del bando di gara; la scelta di ricorrere al mercato per selezionare un operatore economico è certamente discrezionale, ma tale provvedimento consuma la discrezionalità della PA che, nel prosieguo, sarà vincolata. Altra ipotesi è rinvenibile nell'adozione del piano regolatore, di indiscussa natura discrezionale ma che, di fatto, una volta adottato consuma la discrezionalità e vincola la PA alla sua applicazione.

Si pensi anche agli accordi ex art. 11 L. 241/90, nei quali la discrezionalità è esercitata a monte con la stipula dell'accordo, mentre sarà di natura vincolata la successiva attività necessaria per dare attuazione all'accordo. Anche il vincolo del giudicato, che obbliga la PA a rispettarlo, costituisce un'ipotesi di consumazione della discrezionalità.

Quanto appena descritto appare confermato anche dall'art. 31 del codice del processo amministrativo che, nell'individuare i confini del potere del giudice amministrativo di conoscere la fondatezza della pretesa, chiarisce che ciò è possibile quando: «si tratti di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità...»[13]. Ne deriva che, nel caso in esame, la discrezionalità sussisteva a monte, nella scelta se affidare o meno la gestione del servizio di misurazione elettronica della velocità ad una società, ma una volta effettuata la scelta l'attività è diventata vincolata per la presenza di

regole specifiche, con conseguente applicabilità del nuovo art. 323 del codice penale.

Infine, una simile interpretazione sembra alleggerire l'eccessivo rigore che si era paventato in dottrina. In tal modo, è possibile ricondurre nel perimetro del penalmente rilevante anche quelle attività che solo inizialmente erano discrezionali, potendo punire gli eventuali favoritismi deliberati "a monte" tramite l'incriminazione degli atti esecutivi della scelta "abusiva" a valle.

---

## Note e riferimenti bibliografici

---

[1] T. PADOVANI, Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio, in Riv. Giurisprudenza penale Web, 2020, 7-8, ISSN 2499-846X.

[2] G. FIANDACA, E. MUSCO, Diritto penale parte speciale, volume I, diritto penale parte speciale, quinta edizione, Zanichelli Editore, pag. 248-249, Bologna, 2016

[3] F. CARINGELLA, A. SALERNO, A. TRINCI, Manuale ragionato di diritto penale parte speciale, pag. 67-68, Dike Giuridica, Roma, Ottobre, 2020.

[4] Cfr. Cass. pen., Sez. IV sentenza n. 4973 del 2015, in motivazione: «L'art. 323 c.p. ha introdotto nel nostro ordinamento, in via diretta e generale, un dovere di astensione per il pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che si trovi in una situazione di conflitto di interessi. Pertanto, l'inosservanza di tale dovere comporta, in presenza di tutti gli altri requisiti previsti dalla legge, l'integrazione del reato di abuso di ufficio, anche qualora faccia difetto, relativamente al procedimento nell'ambito del quale l'agente è chiamato a operare, una specifica disciplina dell'astensione o quest'ultima riguardi un numero più ridotto di ipotesi o sia priva di carattere cogente e senza che sia nemmeno necessario individuare alcuna violazione di legge o di regolamento perché possa ritenersi sussistente l'elemento materiale del reato.»

[5] Cfr. Cass. pen., Sez. VI, sentenza n. 7384 del 2011, in motivazione: «n tema di abuso d'ufficio, l'intenzionalità del dolo non è esclusa dalla compresenza di una finalità pubblicistica nella condotta del pubblico ufficiale, dovendosi ritenere necessario, per escludere la configurabilità dell'elemento soggettivo, che il perseguimento del pubblico interesse costituisca l'obiettivo principale dell'agente, con conseguente degradazione del dolo di danno o di vantaggio da dolo di tipo intenzionale a mero dolo diretto od eventuale. (Fattispecie relativa all'affidamento di incarichi di progettazione preliminare a professionisti esterni all'amministrazione comunale, per l'avvio degli appalti per la realizzazione di opere di riqualificazione urbana finanziate con fondi comunitari).»

[6] Cfr. Cass. pen., Sez. VI, sentenza n. 442 del 2021, massima: «La nuova formulazione della fattispecie di abuso d'ufficio, restringendone l'ambito di operatività con riguardo al diverso atteggiarsi delle modalità della condotta, realizza una parziale abolitio criminis in relazione ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della riforma, che non siano più riconducibili alla nuova versione dell'art 323 c.p., siccome realizzati mediante violazione di norme regolamentari o di norme di leggi generali e astratte, dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità.»

[7] T. PADOVANI, op. cit. pag. 8.

[8] T. PADOVANI, op. cit. pag. 9.

[9] T. PADOVANI, op. cit. pag. 10.

[10] Cfr. Cass. pen., Sez. VI, sentenza n. 8057 del 2021, in motivazione: «Di tali norme amministrative, integratrici del precetto penale dettato dall'art. 323 c.p., la Corte di appello ha fatto corretta applicazione, osservando come nel

caso di specie solo formalmente l' A., comandante della polizia municipale di San Teodoro e responsabile del procedimento in argomento, avesse rispettato quelle indicazioni legislative in ordine al metodo da seguire per la scelta del privato cui affidare il servizio in argomento: avendo, invece, egli deliberatamente sottostimato in 36.300 Euro il valore dell'appalto di servizi che si stava accingendo ad assegnare, così utilizzando il metodo dell'affidamento diretto, riferendosi solo all'importo fisso annuale di noleggio della apparecchiature; senza tenere in un alcun conto e neppure menzionare - sia nel contratto che nella successiva determina dirigenziale - gli ulteriori costi che sarebbero gravati sull'ente comunale per la gestione, da parte della società affidataria, del servizio di gestione dei verbali di accertamento, costi pari a 32,50 Euro oltre IVA per ciascuna violazione e verbale generato. 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».

[11] Cfr. Cass. pen., Sez. VI, sentenza n. 8057 del 2021, in motivazione: «Fermi restando l'immutato riferimento all'elemento psicologico del dolo intenzionale e l'immodificato richiamo alla fattispecie dell'abuso di ufficio per violazione, da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, dell'obbligo di astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti (ipotesi di reato che non é variata nei suoi elementi costitutivi), il delitto é ora configurabile solamente nei casi in cui la violazione da parte dell'agente pubblico abbia avuto ad oggetto "specifiche regole di condotta" e non anche regole di carattere generale; solo se tali specifiche regole sono dettate "da norme di legge o da atti aventi forza di legge", dunque non anche quelle fissate da meri regolamenti ovvero da altri atti normativi di fonte subprimaria; e, in ogni caso, a condizione che quelle regole siano formulate in termini da non lasciare alcun margine di discrezionalità all'agente, restando perciò oggi escluse dalla applicabilità della norma incriminatrice quelle regole di condotta che rispondano, anche in misura marginale, all'esercizio di un potere discrezionale (in questo senso v. Sez. 6, n. 442 del 09/12/2020, dep. 2021, Garau, non massimata; Sez. 5, n. 37517 del 02/10/2020, Danzé e altri, non massimata).»

[12] Cfr. Cass. pen., Sez. VI, sentenza n. 8057 del 2021, in motivazione: «Tale linea interpretativa del nuovo art. 323 c.p. appare, peraltro, coerente con le conclusioni cui é pervenuta la più attenta giurisprudenza amministrativa che, valorizzando il dettato della L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 21-octies, ha riconosciuto che il provvedimento amministrativo é annullabile, per violazione delle norme sul procedimento o sulla forma degli atti, non solo quando sia espressione di un potere vincolato in astratto, cioè disciplinato da disposizioni che non contemplano alcuno spazio di discrezionalità demandato all'amministrazione, ma anche quando esso sia esplicazione di un potere, in astratto discrezionale, che sia divenuto vincolato in concreto: vale a dire di un potere che, per le scelte che il pubblico agente ha compiuto nell'ambito di quello stesso procedimento amministrativo, non poteva che essere quello indicato dalla legge perché oramai caratterizzato da un avvenuto esaurimento di ogni spazio di discrezionalità (in questo senso, tra le altre Cons. Stato, n. 4089 del 17/06/2019).»

[13] Cfr. F. CARINGELLA, manuale di diritto amministrativo, pag. 166, X edizione, Dike Giuridica Roma, settembre 2016.

\* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=6895>