

## LA RIFORMA DELL'ABUSO D'UFFICIO: UN DILEMMA LEGISLATIVO INSOLUTO MA NON INSOLUBILE<sup>(\*)</sup>

di Attilio Nisco

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La lettura estensiva dell'art. 323 c.p. riformulato dalla l. 234/1997. – 3. La nuova formulazione: la rilevanza dei soli obblighi comportamentali di fonte legislativa. – 4. (*segue*) L'espunzione delle regole discrezionali ed i possibili effetti collaterali. – 5. Cenni alle proposte alternative di riforma. – 6. Conclusioni: per un ragionevole commiato dall'illecito penale.

### 1. Premessa.

L'art. 23, d.l. n. 76 del 16 luglio 2020, convertito con l. n. 120 dell'11 settembre 2020, ha riformulato il delitto di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), incidendo su una delle due modalità tipiche di realizzazione. Si tratta del quarto intervento riformatore subito dal reato a partire dalla sua introduzione con la l. 86/1990.

In comparazione al furore sanzionatorio alla base di altri recenti interventi sui reati contro la p.A., quest'ultima riforma è parsa segnalare un'inversione di tendenza<sup>1</sup>. L'esperienza, però, ci ha educati allo scetticismo. Sappiamo che l'abuso d'ufficio è coinvolto in una dinamica non pienamente dominabile con la riscrittura di un articolo; è il quadro dei rapporti tra p.A. e magistratura, e dunque tra potere politico e giudiziario, a dirigere il destino della norma<sup>2</sup>.

Si tratta di una prospettiva d'indagine vicina agli interessi del Professor Gaetano Insolera, il quale, per altro, si è espresso in toni molto critici sulla nuova formulazione<sup>3</sup>. A far data da "tangentopoli" – rilevava Egli, in uno scritto di qualche anno fa<sup>4</sup> – i rapporti tra p.A. e diritto penale, rappresi attorno al concetto di "criminalità politico-amministrativa", si snodano su due versanti: da un lato, l'ingombrante presenza di una corruzione divenuta (o percepita come) "sistemica" ha imposto una svolta legislativa autoritaria, accentuatasi negli ultimi tempi; dall'altro lato, la problematica definizione di

---

<sup>(\*)</sup> Contributo destinato agli scritti in onore del Prof. G. Insolera, nel volume "Diritto penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera".

<sup>1</sup> G.L. 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.

<sup>2</sup> Cfr. T. PADOVANI, *Vita, morte e miracolo dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen. Web*, 7-8 2020. Sui delitti contro la p.A. come terreno di scontro tra poteri, F. SGUBBI, *I delitti contro la Pubblica amministrazione in Italia: Magistratura e potere politico in competizione*, in *ZStrR*, 2000, p. 190 ss.

<sup>3</sup> G. INSOLERA, *Quod non fecerunt Barberini fecerunt Barabari. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76*, in *disCrimen*, 31 luglio 2020.

<sup>4</sup> Cfr. G. INSOLERA, *La criminalità politico-amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 584 ss.

un'area di discrezionalità amministrativa, da sottrarre al sindacato penalistico, ha acceso una disputa tra poteri, in cui, alla riscrittura in termini restrittivi della relativa disposizione, sono corrisposte espansioni in via interpretativa della norma<sup>5</sup>.

Su quest'ultimo versante, tutto lascia supporre che l'ultima mossa legislativa, non solo non sarà risolutiva, ma sia anzi destinata ad acuire la contesa.

## 2. La lettura estensiva dell'art. 323 c.p. riformulato dalla l. 234/1997.

È opportuno cominciare col rievocare alcune delle molteplici questioni concernenti l'elemento della "violazione di norme di legge o di regolamento", introdotto dalla l. 234/1997<sup>6</sup>.

Se il riferimento ai "regolamenti" era di per sé problematico, trattandosi di fonte dai confini sfuocati, è stata la nozione di "norme di legge" ad aver riservato all'interprete le questioni ermeneutiche più complesse. In fase di prima applicazione, la giurisprudenza aveva cercato di assecondare l'intento del legislatore, legando la fattispecie alla violazione di norme comportamentali non meramente strumentali alla regolarità del servizio<sup>7</sup>. L'opzione restrittiva era stata dichiarata incensurabile sotto il profilo di un'eventuale violazione della ragionevolezza e degli obblighi di tutela emergenti dall'art. 97 Cost., oltre che del divieto di emanare amnistie occulte contro l'art. 79 Cost.<sup>8</sup>.

Col tempo, però, l'orientamento è stato ribaltato<sup>9</sup>.

Si è ritenuto, così, che anche la violazione di norme di legge di natura procedimentale potesse assumere rilievo, in quanto capace di ripercuotersi sulla decisione finale; soluzione invero non contraddetta dalla lettera dell'art. 323 c.p., ma difficilmente controllabile sul piano applicativo, posto che la possibilità di incidere sulla decisione è effetto pressoché *in re ipsa*<sup>10</sup>.

Non supportata dal testo, invece, la rilevanza di norme contenute in atti o provvedimenti di rango subregolamentare, alla quale pure si è giunti, ad esempio, nell'ipotesi del rilascio di permesso di costruire in contrasto con il piano regolatore adottato dal comune<sup>11</sup>. In questo caso, la giurisprudenza ha riscontrato una sorta di

---

<sup>5</sup> Torna sul binomio disposizione-norma, per far luce sulle disfunzioni applicative del diritto penale della p.A., M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *Arch. pen.* (web), n. 2/2020.

<sup>6</sup> Tale profilo è stato oggetto in sé di approfondita trattazione: v. A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, Torino, 2002; S. MASSI, *Parametri formali e "violazione di legge" nell'abuso d'ufficio*, in *Arch. pen.*, 1/2019 (online).

<sup>7</sup> In questo senso, Cass. pen. sez. II, 4 dicembre 1997, in *Foro it.*, II, 1998, c. 258 ss., con nota di A. TESAURO.

<sup>8</sup> Corte cost., sent. 447/1998.

<sup>9</sup> In tema, tra gli altri, A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, Torino, 2019, p. 23 ss.; M. NADDEO, *I limiti della tutela penale nell'"abuso d'ufficio"*, in *Ind. pen.*, 2018, p. 232 ss.; T. PADOVANI, *Le metamorfosi dell'abuso d'ufficio*, in *Ind. pen.*, 2016, p. 998 ss.

<sup>10</sup> T. PADOVANI, *Le metamorfosi*, cit., pp. 1002-1003.

<sup>11</sup> Di recente, Cass. pen. sez. III, 22 febbraio 2018, n. 15166, in *DeJure*, con ulteriori richiami.

violazione mediata della norma di legge che disciplina l'atto, in quanto le prescrizioni contenute in quest'ultimo (ad esempio, nel piano regolatore) costituirebbero presupposti di fatto della correlata disciplina legislativa (stando all'esempio, dell'art. 13 d.P.R. 380/2001)<sup>12</sup>. Il ragionamento, in sé discutibile, è apparso particolarmente insidioso, se rapportato alle linee guida ANAC, una fonte la cui natura non è stata ancora chiarita dalla dottrina, ma che denota – o denotava, stando al vecchio testo – una marcata inclinazione ad interpolare l'art. 323 c.p., incidendo sulle sue modalità di realizzazione<sup>13</sup>.

Ma è stato il rapporto tra abuso d'ufficio ed eccesso di potere, vizio tipico dell'atto discrezionale, ad aver alimentato le maggiori controversie<sup>14</sup>.

L'opinione contraria alla (persistente) riconduzione di tale vizio all'abuso ha sottolineato come la volontà del legislatore del 1997, certamente avversa a tale estensione, non potesse essere ignorata dall'interprete; sì che un sindacato sull'attività discrezionale avrebbe richiesto comunque, in ambito penale, l'individuazione di una norma positiva (di legge o di regolamento) violata dall'agente<sup>15</sup>. A diverse conclusioni è giunto chi, sin da subito, ha segnalato l'impossibilità di estromettere l'eccesso di potere dal sindacato penalistico, anzitutto in forza del dato testuale offerto dall'art. 323 c.p., che non riproduce il vizio di "violazione di legge", impiegando (prima dell'ultima modifica) la diversa dizione "violazione di norme di legge", ed utilizza l'espressione "altri casi prescritti", non pacificamente riferibile – almeno a parere della dottrina in esame – alla sola condotta di omessa astensione<sup>16</sup>.

Al di là delle critiche (condivisibili) sollevate da quest'ultima lettura<sup>17</sup>, era stato evidenziato come l'esclusione dell'eccesso di potere avrebbe comportato l'esenzione da responsabilità di forme insidiose di abuso, consistenti nell'esercizio arbitrario di un potere discrezionale senza alcuna infrazione formale delle disposizioni che lo disciplinano<sup>18</sup>.

A tale esigenza è andata incontro una tesi "mediana"<sup>19</sup>, secondo la quale non è sussumibile nell'abuso d'ufficio l'esercizio del potere discrezionale che, pur conseguendo un risultato non corrispondente all'interesse pubblico, rimanga nel perimetro delle possibili soluzioni consentite dalla norma attributiva del potere (c.d. eccesso di potere intrinseco); viceversa, sarebbe stato possibile ricondurre alla fattispecie

<sup>12</sup> Si veda, ad es., Cass. pen., sez. III, 19 giugno 2012, in *DeJure*.

<sup>13</sup> In argomento, V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in *Arch. pen.* (web) 3-2018.

<sup>14</sup> Cfr. il quadro tracciato da M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, 4ª ed., Milano, 2019, p. 354 ss.

<sup>15</sup> M. ROMANO, *I delitti*, cit., pp. 356-357; C. BENUSSI, *Diritto penale della Pubblica Amministrazione*, Padova, 2016, p. 437 ss.

<sup>16</sup> A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 106 ss. Per una lettura estensiva, v. anche C.F. GROSSO, *Condotte ed eventi nel delitto di abuso d'ufficio*, in *Foro it.*, 1999, II, c. 329 ss.; M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2009, p. 924 ss.

<sup>17</sup> Cfr. A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, in A. Bondi – A. di Martino – G. Fornasari (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, 2ª ed., Torino, 2008, p. 255.

<sup>18</sup> Cfr. T. PADOVANI, *Art. 1. Modifica dell'art. 323 del codice penale*, in *Leg. pen.*, 1997, p. 747.

<sup>19</sup> Definita tale da A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 256.

forme più gravi di deviazione dell'atto dai suoi fini, configurabili quando il potere è esercitato per uno «scopo del tutto estraneo al modello legale e al di fuori dei presupposti di fatto di esercizio del potere discrezionale» (c.d. eccesso di potere estrinseco)<sup>20</sup>.

Malgrado alcune oscillazioni, anche la giurisprudenza ha finito col recuperare alla sanzione penale l'eccesso di potere<sup>21</sup>. Una svolta, in tal senso, si deve all'orientamento che ha identificato l'abuso con lo "sviamento di potere", ossia con una specifica forma di eccesso, integrata dal comportamento del pubblico agente che, formalmente osservante la norma regolatrice del potere, sia nondimeno diretto a realizzare un interesse collidente con quello per il quale il potere è conferito; nel qual caso, si avrebbe violazione di legge, in quanto il potere «non viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione»<sup>22</sup>. Si determina con ciò un riavvicinamento della fattispecie ai criteri valutativi impiegati nel riscontro dei vizi di legittimità dell'atto amministrativo, secondo una tendenza che aveva caratterizzato anche le precedenti versioni del reato, imperniate sul termine "abuso"<sup>23</sup>.

Senonché la figura dell'eccesso (o sviamento) di potere è percorsa da un problema di fondo: la patologia emerge a seguito di un'accurata comparazione tra gli interessi perseguiti in astratto dalla norma ed in concreto dall'agente, sulla scorta di criteri pienamente delineabili solo quando l'atto è stato compiuto<sup>24</sup>. In sostanza, più che esprimere un divieto rivolto al soggetto agente, in forma comprensibile, l'eccesso di potere è formula che sintetizza un nugolo di criteri, non certo limpidi, di cui ci si serve in un controllo successivo. Da qui l'inevitabile attrito con il principio di determinatezza e con la categoria penalistica della tipicità, che dovrebbero garantire l'individuazione *ex ante* dei comportamenti vietati<sup>25</sup>. A ciò si somma il rischio che, nel constatare tale patologia, il giudice penale valorizzi eccessivamente (o esclusivamente) un movente illecito in capo all'agente (per esempio, un fine vessatorio), dovendo invece accertare che il risultato della condotta sia obiettivamente in contrasto con l'interesse pubblico<sup>26</sup>.

<sup>20</sup> N. PISANI, *Abuso d'ufficio*, in S. Canestrari – L. Cornacchia – G. De Simone (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Bologna, 2015, p. 264-265. Per l'applicazione dell'abuso d'ufficio a casi limitatissimi di eccesso di potere, v. anche A. TESAURO, *Violazione di legge*, cit., p. 278.

<sup>21</sup> Per una ricostruzione dei percorsi giurisprudenziali, A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, in F. Palazzo (a cura di), *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli, 2011, 297 ss.; G. RUGGIERO, *Abuso d'ufficio*, in C.F. Grosso – M. Pelissero (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 2015, p. 357 ss.; S. SEMINARA, art. 323, in G. Forti – S. Seminara – G. Zuccalà (dir.), *Commentario breve al codice penale*, 6ª ed., Padova, 2017, p. 1076.

<sup>22</sup> Cass. SS.UU., 29 novembre 2011, n. 155; conf., tra le altre, Sez. III, 15 dicembre 2016, n. 7161 in *DeJure*.

<sup>23</sup> A tal proposito, T. PADOVANI, *Le metamorfosi*, cit., p. 1002, ha parlato di "riconversione ermeneutica". Per un inquadramento penalistico del concetto di "abuso", si rinvia al classico studio di L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1976.

<sup>24</sup> Per una serie di convincenti argomenti sul punto, P. CORLETO, *P.a. difensiva e scrutinio del Giudice penale: il caso delle procedure contrattuali*, in *federalismi.it*, 8 luglio 2020, p. 107 ss.

<sup>25</sup> V. le efficaci osservazioni di A. MERLO, *L'abuso*, cit., p. 73 ss.

<sup>26</sup> Su tale problematico profilo si sofferma S. MASSI, *Parametri formali*, cit., pp. 4-5. Lo sviamento di potere è già nel suo ambito di origine incline a coinvolgere le intenzioni dell'amministrazione e dei suoi agenti: cfr. M. D'ORSOGNA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, 6ª ed., Torino, 2019, p. 289.

Il problema è solo in parte stemperato dal fatto che i criteri tradizionalmente connessi all'eccesso di potere siano stati progressivamente recepiti da norme positive, la cui violazione risulta, in tal modo, sussumibile in una violazione di legge. In realtà, in molti casi, si è innanzi a norme generiche, ricognitive di principi generali (sul modello dell'art. 1, l. 241/1990), la cui infrazione ripropone tutte le incertezze relative agli esatti confini tra discrezionalità e merito, consentendo al magistrato penale opinabili incursioni nell'attività amministrativa<sup>27</sup>.

A divellere ogni residuo di determinatezza è poi sovvenuto l'impiego dell'art. 97 Cost. in veste di norma integratrice dell'art. 323 c.p., sebbene sia evidente che dalla disposizione costituzionale non è possibile ricavare precetti, cioè descrizioni più o meno precise di comportamenti imposti o vietati al pubblico agente; il che è stato evidenziato, richiamando la distinzione tra "principi", quali sono quelli contenuti nella citata disposizione costituzionale, e "regole", da cui soltanto è dato desumere schemi comportamentali passibili di inottemperanza<sup>28</sup>.

Anche senza scomodare la suddetta distinzione, non v'è chi non veda come, innestando l'art. 97 Cost. nel tessuto dell'art. 323 c.p., si eleva a condotta punibile qualunque lesione arrecata ad un bene giuridico, costituito dell'imparzialità e dal buon andamento (entità già di per sé bisognose di specificazioni), senza più alcun ritegno per il filtro predisposto dalla fattispecie, che pure disegna determinate modalità di offesa. In pratica, si finisce col riscrivere la disposizione, inserendovi una clausola generale di portata coincidente con la stessa definizione dell'oggetto di tutela: operazione *d'antan*, degna di quella *theleologische Begriffsbildung* che, nella Germania degli anni Trenta, preluse al tracollo del divieto di analogia<sup>29</sup>.

Sul punto ha interloquito la Corte costituzionale, chiamata a valutare se, interpretato in questi termini, l'art. 323 c.p. sconfinasse nell'indeterminatezza. Seppure nel contesto di un'ordinanza di manifesta inammissibilità – che singolarmente si cimenta con l'accertamento del c.d. "diritto vivente"<sup>30</sup> –, la Corte aveva lasciato intendere l'inammissibilità dell'operazione, additando tra le righe un'interpretazione costituzionalmente conforme, ignorata dalla prassi, che ha continuato a servirsi dell'art. 97 Cost. come puntello di contestazioni fluide<sup>31</sup>.

È infine il caso di aggiungere che, dinanzi alla suddetta implosione del tipo, gli eventi descritti dall'art. 323 c.p. hanno offerto un riparo fragile o solo apparente (al di là della difficile attribuzione di un significato autonomo al requisito della "ingiustizia" che

---

<sup>27</sup> Cfr. V. MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro it.*, 1998, II, cc. 393-394.

<sup>28</sup> V. MANES, *Abuso d'ufficio*, cit., c. 392. In argomento, v. inoltre, A. MERLO, *L'abuso d'ufficio*, cit., p. 82 ss.

<sup>29</sup> Analogo rilievo in L. STORTONI, *Intervento*, in A.R. Castaldo (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, p. 119.

<sup>30</sup> La Corte ha pronunciato un'ordinanza di manifesta inammissibilità per carente descrizione della fattispecie nell'ordinanza di rinvio, affermando che nel caso in specie, nel quale il supposto reato sarebbe dovuto dipendere dalla violazione di norme contenute in un contratto di lavoro, ritenere integrata la violazione di legge per il tramite dell'art. 97 Cost. non corrispondesse al "diritto vivente": cfr. Corte cost., ord. n. 177/2016.

<sup>31</sup> Solo a titolo d'esempio, Cass. pen., sez. VI, 21 febbraio 2019, n. 22871, in *DeJure*.

li accompagna)<sup>32</sup>. Soprattutto il riscontro di un danno, non necessariamente patrimoniale ed estensibile alla sofferenza morale, ha permesso di spingere l'art. 323 c.p. verso mete applicative verosimilmente mai intraviste dal legislatore, sino alla sperimentazione di un abuso d'ufficio per *mobbing* nel pubblico impiego<sup>33</sup>. È ancora il danno ingiusto a costituire viatico per accreditare il privato nella veste di persona offesa, con le relative conseguenze processuali, ingenerando una «“curvatura” privatistica della tutela»<sup>34</sup>, che non può non essersi riflessa sull'incremento esponenziale dei procedimenti.

### 3. La nuova formulazione: la rilevanza dei soli obblighi comportamentali di fonte legislativa.

Dovrebbe emergere, da quanto detto, come un intervento riformatore fosse auspicabile, ben prima ed a prescindere dall'emergenza sanitaria da cui è scaturito il d.l. 76/2020. Nella necessità di ripartenza indotta dalla pandemia si è però colta l'occasione per intervenire, finalmente, sull'abuso d'ufficio come concausa della c.d. “amministrazione difensiva”<sup>35</sup>, intesa come atteggiamento di inerzia che i pubblici funzionari assumono per timore di subire sanzioni imprevedibili e ingiustificate, costituite, nel caso dell'abuso d'ufficio, soprattutto dall'avvio di un procedimento, più che dal suo statisticamente improbabile esito infausto.

La soluzione escogitata è la sostituzione, nel testo dell'art. 323 c.p., della locuzione “violazione di norme di legge o di regolamento” con “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”. La condotta subisce quindi un taglio, nel punto in cui vengono meno i regolamenti, e una specificazione, là dove si determinano le norme di legge passibili di esser violate. Si è prodotta, di conseguenza, un'*abolitio criminis* parziale, che copre tutte le violazioni di regolamenti e quelle di leggi non più corrispondenti ai nuovi parametri<sup>36</sup>. L'entità dello scorporo potrebbe però oltrepassare le intenzioni dei riformatori.

---

<sup>32</sup> Cfr. G. DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso di ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, in AA.VV., *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Milano, 2000, p. 66 ss.

<sup>33</sup> In argomento, F.P. DI FRESCO, *Mobbing e abuso d'ufficio*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2008, p. 1001 ss.

<sup>34</sup> N. PISANI, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 261.

<sup>35</sup> Con ulteriori riferimenti, V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, in *disCrimen.it*, 14 settembre 2020. Sul fenomeno, inoltre, A. FIORELLA, *Riflessioni sulla c.d. amministrazione pubblica difensiva: l'abuso d'ufficio come “spauracchio”*, in *Migliorare le performance*, cit., p. 108 ss.; sulla sua effettiva consistenza, S. BATTINI – F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 2019, p. 293 ss. Il problema di fondo è emerso tempo addietro: cfr. G. MORBIDELLI, *Il contributo dell'amministrativista alla riforma (e all'interpretazione) del reato di abuso d'ufficio*, in *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 22-23.

<sup>36</sup> B. BALLINI, *Note minime sulla riformata fattispecie di abuso d'ufficio*, in *disCrimen.it*, 10 agosto 2020, p. 2. Sulle conseguenze di ordine intertemporale si sofferma M. GAMBARDELLA, *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*, fasc. 7/2020, p. 133 ss.

Sotto il profilo della ragionevolezza, l'esclusione dei regolamenti non può che destare perplessità<sup>37</sup>: è difatti plausibile che sia proprio questa fonte, più che la legge (generale ed astratta), a sagomare regole specifiche di condotta a tutela dell'imparzialità del pubblico agente. È pur vero che la dizione "regolamento", nel contesto dell'art. 323 c.p., denotava la difficoltà di circoscrivere questo tipo di fonte nel nostro ordinamento. Ma sarebbe stato meglio non rinunciare del tutto alla funzione integratrice dei regolamenti, limitandone il rilievo a quelli espressivi di precetti comportamentali, connessi alla tutela del pubblico interesse e aventi preciso fondamento legale<sup>38</sup>. Concordiamo, tuttavia, con chi ritiene che la scelta effettuata dal legislatore sia incensurabile in punto di legittimità costituzionale, dal momento che esprime un'insindacabile opzione politico criminale di favore<sup>39</sup>.

Fonti delle norme integratrici del precetto sono adesso la "legge" e gli atti "aventi forza di legge", espressione riferibile ai soli decreti legge e ai decreti legislativi. A parte quanto si dirà sui requisiti contenutistici, la nuova terminologia sottrae alla fattispecie le disposizioni costituzionali e di legge costituzionale (fonte inclusa, per contro, nella precedente versione). Il principio di tassatività non consente il ricorso all'argomento *a fortiori*<sup>40</sup>, per cui la loro violazione, in ipotesi, dovrebbe valere "a maggior ragione" se è punita la violazione di "semplici" leggi.

Deve poi trattarsi di regole di condotta specifiche ed espressamente previste dalla legge, dunque, contenenti la descrizione puntuale di un comportamento evincibile da un testo di legge. Si esige che, quando per questa via si accinga ad integrare il precetto dell'abuso d'ufficio, il giudice penale (e prim'ancora l'organo dell'accusa) attinga a disposizioni contenenti obblighi comportamentali coerenti con i principi di determinatezza e riserva di legge.

Dal requisito della "specificità" pare lecito inferire anche la necessaria attinenza alla funzione esercitata dall'agente<sup>41</sup>, posto che l'art. 323 c.p. continua a richiedere un nesso di attualità e pertinenza tra norme violate e funzione esercitata; è vero, però, che la nuova norma nulla aggiunge in merito al nesso pertinenziale tra tipo di regola violata ed evento verificatosi, non sbarrando la strada alla violazione di regole procedurali, in quanto comprensive di precetti comportamentali (sempre che non permangano margini di discrezionalità).

Fuori gioco, invece, l'espedito della violazione mediata di legge mediante infrazione di una regola contenuta in fonti di rango sublegislativo (sia pure emanata in base alla legge), per la semplice ragione che non si tratterebbe più di una regola "espressamente" prevista dalla legge, ma appunto desunta dalla fonte subordinata<sup>42</sup>. E

---

<sup>37</sup> G.L. GATTA, *Da "spazza-corrotti"*, cit.

<sup>38</sup> Cfr. B. BALLINI, *Note minime*, cit., pp. 2-3.

<sup>39</sup> M. GAMBARDILLA, *Simul stabunt*, cit., p. 145. L'assunto è linea con quanto stabilito da Corte. cost., sent. 447/1998.

<sup>40</sup> Ipotizzato da M. GAMBARDILLA, *Simul stabunt*, cit., p. 162.

<sup>41</sup> Ne dubita, invece, V. VALENTINI, *Burocrazia*, cit., p. 12.

<sup>42</sup> Si condivide la lettura di B. BALLINI, *Note minime*, cit., pp. 2-3.

lo stesso dicasi per il richiamo a disposizioni di principio in funzione integratrice, non contenenti regole “specifiche” di condotta.

#### 4. (segue) L’espunzione delle regole discrezionali ed i possibili effetti collaterali.

Non pago, il legislatore ha aggiunto un ulteriore requisito: dalla regola di condotta *non* devono residuare margini di discrezionalità. Il bersaglio di questa discutibile formula è l’orientamento che riconduce l’eccesso di potere all’abuso d’ufficio. Ma la clausola è correlata ad un dato squisitamente formale: ambisce a definire la regola violabile attraverso un elemento negativo della fattispecie, bollando come estranei al tipo tutti i precetti comportamentali che lasciano margini di discrezionalità al destinatario.

Di primo acchito, il requisito «cozza con dati di realtà»<sup>43</sup>: quale atto non presuppone un minimo di discrezionalità? E non sarebbe una *reductio ad absurdum* di un tale tecnica legislativa osservare che l’operazione intellettuale, volta ad escludere se una regola serbi un residuo margine di discrezionalità, è a sua volta inesorabilmente ammantata di una certa discrezionalità?

Ad ogni modo, il tenore letterale della nuova disposizione assume portata annichilente: qualunque regola formalmente comprensiva di più opzioni operative esula dall’abuso per violazione di legge, qualunque sia il risultato che l’agente si prefigga o consegua. Innanzi a una simile conformazione della fattispecie, non pare riproponibile una cernita degli abusi in ordine di gravità; non v’è più spazio per la distinzione tra eccesso di potere intrinseco ed estrinseco<sup>44</sup>: in entrambi i casi, formalmente, la regola attributiva del potere offriva astratti margini di scelta, e poco importa se, in concreto, la scelta dell’agente sia caduta fuori dalle modalità consentite o sia in contrasto con le finalità per le quali il potere era assegnato.

Eguale irrilevante l’uso errato della discrezionalità tecnica (nozione, come noto, distinta dalla discrezionalità amministrativa, ma ad essa spesso accostata), almeno finché si sostanzia in un rinvio ad una regola tecnica che, per quanto in sé pacificamente applicabile, adduca un margine di scelta alla condotta che, in ultima istanza, il pubblico agente è chiamato a porre in essere.

Ne risulta, in sintesi, la stringente limitazione della fattispecie all’esercizio di un potere vincolato. Naturalmente, come paventano alcuni Autori, non è escluso che, pure dinnanzi al nuovo testo, l’ermeneutica giudiziaria tenti il ripristino della vecchia norma<sup>45</sup>. Si tratterebbe, però, di interpretazioni palesemente *contra legem*, cioè violatrici del significato letterale (oltre che della *voluntas legis*) in modo assai più eclatante di quanto accaduto nel vigore della precedente disposizione.

Ma il drastico ridimensionamento solleva soprattutto due questioni: in primo luogo, va appurato se tale scelta non privi il reato di abuso d’ufficio di ogni sua pratica

<sup>43</sup> G. INSOLERA, *Quod non fecerunt Barberini*, cit., p. 3.

<sup>44</sup> Per una diversa lettura, V. VALENTINI, *Burocrazia*, cit., pp. 11-12.

<sup>45</sup> Cfr. M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt*, cit., p. 161 ss.; V. VALENTINI, *Burocrazia*, cit., p. 9 ss.

funzione; in secondo luogo, è da chiedersi se gli spazi non più coperti dall'abuso d'ufficio non rischiano di essere occupati da fattispecie contigue.

Quanto alla prima questione, pare evidente come la riforma paralizzi di fatto l'operatività della sottofattispecie di abuso d'ufficio per violazione di legge, riducendola a coprire casi esigui, per non dire teorici, di esercizio intenzionalmente scorretto di un potere vincolato. Ciò ha suscitato forti riserve in alcuni primi commenti, secondo i quali, ignorando il nesso "ontologico" tra abuso d'ufficio e controllo (penale) sulla discrezionalità amministrativa, la nuova norma delinea un'irragionevole sfera d'immunità per i detentori di un potere discrezionale, ovvero per quegli unici soggetti in condizione di "abusare" di un potere<sup>46</sup>. A ciò, per altro, non corrisponde alcun serio ripensamento degli strumenti complementari o alternativi alla sanzione penale, ed anzi la responsabilità erariale subisce un discutibile depotenziamento<sup>47</sup>.

È del tutto prevedibile, dunque, che il compito di presidiare l'attività amministrativa discrezionale sarà assolto pur sempre dal diritto penale, ma con l'ausilio di altre figure criminose.

È anzitutto ipotizzabile che gli abusi del potere discrezionale, estromessi dalla prima modalità di condotta, saranno con crescente frequenza ricondotti alla seconda alternativa tipica, rimasta intatta, ovvero all'omessa astensione in caso di interesse proprio dell'agente, di un prossimo congiunto o negli altri (non meglio precisati) "casi prescritti"<sup>48</sup>. Così, dilatando la nozione di "interesse", che si presta senza troppa resistenza ad inglobare favoritismi di vario tipo (dettati, ad esempio, da rapporti di affiliazione politica), una porzione di fatti non più punibili a titolo di violazione di legge potrebbe transitare nell'altra condotta tipica di abuso, risvegliando in via ermeneutica le potenzialità sopite dell'abrogato art. 324 c.p.<sup>49</sup>. Tanto più che nella pletora di protocolli e linee guida anticorruzione, che hanno invaso l'attività amministrativa, non sarà così difficile cogliere i presupposti di una necessaria astensione da decisioni presumibilmente interessate.

Nel complesso, il nuovo art. 323 c.p. rischia di indurre gli amministratori a confidare in un'inconsistente franchigia penalistica, lasciando intendere che agire sia più conveniente che rimanere inerti. Ciò può essere vero, solo nella misura in cui l'omissione, andando contro ad un preciso obbligo di agire, realizzi la violazione di un obbligo comportamentale<sup>50</sup>, ma in altri casi agire sarà egualmente rischioso: specialmente ove ricorrano valutazioni tecniche errate, la condotta del pubblico ufficiale verrà attratta (lo era già) nell'orbita del falso ideologico, ogni volta in cui sia riferibile ad

---

<sup>46</sup> T. PADOVANI, *Vita*, cit., p. 9. Sul nesso inscindibile tra abuso d'ufficio e sindacato sulla discrezionalità, v. anche M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt*, cit., p. 157 ss.; ID., *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale nel delitto di abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2860 ss.

<sup>47</sup> Il riferimento è alle limitazioni alle responsabilità per danno erariale, introdotte dall'art. 21 d.l. 76/2020, consistenti in un aggravio della prova del dolo ed in un temporaneo esonero da responsabilità per colpa grave o derivante da omissione o inerzia. Critici, G.L. GATTA, *Dalla "spazza-corrotti"*, cit., § 2; V. VALENTINI, *Burocrazia*, cit., pp. 15-16.

<sup>48</sup> Cfr. M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt*, cit., p. 150 ss.

<sup>49</sup> T. PADOVANI, *Vita*, cit., pp. 12-13.

<sup>50</sup> Sulla punibilità di tale forma di abuso, C. BENUSI, *Diritto penale*, cit., p. 442.

atti rientranti nella nozione di certificazione o autorizzazione amministrativa ai sensi dell'art. 480 c.p.<sup>51</sup>.

Inoltre, qualora la discrezionalità riguardi un atto di disposizione patrimoniale, e specialmente il maneggio di denaro, il suo scorretto esercizio potrebbe ricadere nel peculato per distrazione: si riattiverebbe, così, una forma di controllo sulla discrezionalità gravida di un rischio penale ben più elevato di quello insito nell'abuso d'ufficio, in considerazione del carico sanzionatorio previsto dall'art. 314, comma 1 c.p. e dell'appesantimento della fase esecutiva<sup>52</sup>.

Ed infine, si profila il rischio di incentivare il ricorso – inappropriato, certo, ma sufficiente a far scattare penetranti attività investigative – allo schema della corruzione, recentemente invocato dalla magistratura inquirente anche in relazione allo scambio di favori tra pubblici ufficiali, in ipotesi rispetto alla quale, al ricorrere di altri elementi, avremmo ritenuto configurabile “al massimo” l'abuso d'ufficio edizione 1997<sup>53</sup>. Cosicché, d'ora in poi, l'atto discrezionale in odore di favoritismo oscillerà pericolosamente tra l'omessa astensione *ex art. 323 c.p.* e la galassia delle fattispecie corruttive.

## 5. Cenni alle proposte alternative di riforma.

Occorre chiedersi, a questo punto, se c'erano alternative alla scelta effettuata dal legislatore.

È noto che varie proposte di riforma hanno cercato di ricondurre l'uso distorto di un potere discrezionale al diritto penale, muovendosi in direzione opposta a quella seguita dalla recente novella. Va ricordato, anzitutto, il progetto elaborato dalla Commissione Morbidelli (prima della riforma del 1997, e poi da quest'ultima scavalcato), basato su una scomposizione della fattispecie in più titoli di reato (“prevaricazione”, “favoritismo affaristico” e “sfruttamento privato dell'ufficio”), di certo confacente ad una descrizione più precisa dei vari fenomeni criminosi sommariamente riconducibili all'abuso. La soluzione, però, non sarebbe del tutto appagante, almeno nell'attuale temperie, in quanto ogni figura era incentrata su nozioni, quali l'“arbitrarietà” e la “strumentalità” dell'esercizio del potere, bisognose di un cauto approccio ermeneutico<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> T. PADOVANI, *Vita*, cit., p. 13. Per un'applicazione, Cass. pen. sez. III, 12 ottobre 2018, n. 46239, in *Cass. pen.*, 2019, p. 2532 ss., con nota di N. CAROLEO GRIMALDI.

<sup>52</sup> Ancora T. PADOVANI, *Vita*, cit., pp. 11-12; sui riflessi in tema di peculato, v. anche M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt*, cit., p. 153 ss.

<sup>53</sup> Il riferimento è ai fatti relativi all'abilitazione nazionale da professore universitario in diritto tributario della tornata 2012-2013: per una disamina critica, M. DONINI, *Reati contro la P.A.*, cit., p. 3 ss.

<sup>54</sup> A. MERLO, *L'abuso*, cit., p. 113. L'articolato è riportato ed analizzato da V. 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. 1219 ss.

Neppure convincono i correttivi, teorizzati in ampi ed articolati studi, consistenti nel modellare la condotta secondo la figura del “conflitto d’interessi”<sup>55</sup> o nell’assoggettare l’evento di danno o vantaggio al requisito della “manifesta” ingiustizia<sup>56</sup>: il primo correttivo ha portata tutt’altro che circoscritta; il secondo espone l’accertamento a difficili valutazioni “caso per caso”<sup>57</sup>.

Più sensibile alle esigenze di contenimento del tipo si è mostrata la recente proposta, presentata dai professori Castaldo e Naddeo, di rivedere l’art. 323 c.p., inserendo nel testo l’esplicita previsione di un nesso di rischio tra condotta ed evento dannoso-vantaggioso<sup>58</sup>. Tale elemento avrebbe reso evidente che l’abuso d’ufficio richiede la violazione di norme aventi attitudine preventiva di un evento del tipo di quello in concreto verificatosi; con ciò, si sarebbe assecondata l’esigenza di scartare infrazioni puramente formali, nel solco di soluzioni interpretative già avanzate dalla dottrina<sup>59</sup>.

Inoltre, il progetto prevedeva l’esonero da responsabilità per il pubblico agente che si attiene alle linee guida o ai pareri formalmente resi dall’autorità regionale di controllo. Questo punto ha suscitato critiche comprensibili: al di là della pratica attuabilità di linee guida in materia, con possibili ulteriori impacci frapposti all’azione amministrativa, si è osservato come, alla luce dell’attuale esperienza, le linee guida costituiscano più spesso uno strumento di espansione che di limitazione della responsabilità<sup>60</sup>. Perplessità, inoltre, derivano dalla previsione di un’esimente connessa all’osservanza di linee guida, non in appendice ad un reato colposo (come per l’art. 590-sexies c.p.), bensì ad un reato per cui si richiede un dolo intenzionale<sup>61</sup>.

Tuttavia, l’ipotizzata esimente pare esprimere il bisogno, in sé più che giustificato, di arricchire la fattispecie di un momento procedurale, finalizzato a setacciare le condotte che, con certezza, superino una prima soglia di illiceità amministrativa – o di rischio consentito – derivante appunto dall’inosservanza di pareri o linee guida, per poi sfociare nell’illiceità penale, ove il rischio si realizzi in uno degli eventi tipici. Ma se questa è l’esigenza sullo sfondo di una tale raffinata proposta, lo

<sup>55</sup> A. MANNA, *Abuso d’ufficio e conflitto d’interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, spec. p. 174 ss.

<sup>56</sup> M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici*, cit., p. 924 ss.

<sup>57</sup> Cfr. ancora A. MERLO, *L’abuso*, p. 114 ss.

<sup>58</sup> Il progetto è riportato da M. NADDEO, *Abuso d’ufficio: tipicità umbratile o legalità crepuscolare del diritto vivente*, in *Migliorare le performance*, cit., p. 31 ss.; in vista della conversione del d.l. 76/2020, la proposta è stata rilanciata da A.R. CASTALDO – F. COPPOLA, *La riforma dell’abuso d’ufficio nel D.L. “Semplificazioni”*, in *www.quotidianogiuridico.it*, 17 luglio 2020.

<sup>59</sup> In particolare, secondo A. TESAURO, *Violazione di legge*, cit., p. 34 ss., l’accertamento dell’abuso d’ufficio richiederebbe (già *de iure condito*) una verifica del nesso di congruità tra condotta ed evento, secondo il criterio dello scopo della norma violata (con conseguente solo parziale rilevanza della violazione di norme procedurali): al giudizio di causalità naturale dovrebbe seguire un giudizio di causalità normativa volto a «verificare in chiave ipotetica l’efficacia impeditiva della condotta conforme al dovere» (*ibidem*, p. 57).

<sup>60</sup> Cfr. S. PERONGINI, *Le ragioni che consigliano l’abrogazione del reato di abuso di ufficio*, in *Migliorare le performance*, cit., p. 21.

<sup>61</sup> M. DONINI, *Osservazioni sulla proposta “Castaldo-Naddeo” di riforma dell’art. 323 c.p. La ricerca di un’ultima ratio ancora più tassativa contro il trend generale dell’espansione penalistica*, in *Migliorare le performance*, cit., p. 101.

strumento più idoneo a soddisfarla appare una schietta “amministrativizzazione” della fattispecie previa depenalizzazione.

## 6. Conclusioni: per un ragionevole commiato dall’illecito penale.

Le riflessioni sin qui svolte ci inducono, in ultimo, a condividere la proposta abrogativa proveniente da una parte della dottrina<sup>62</sup>. Ciò in quanto la vicenda dell’abuso d’ufficio – e delle sue infinite riforme – ci pone innanzi al seguente dilemma.

Nella misura in cui si cerchi ad oltranza di formalizzare il fatto tipico, ovvero di vincolarlo alla puntuale infrazione di regole formali, il reato perde la sua ragion d’essere, smarrendo il legame con il suo *humus* empirico criminologico, presumibilmente costituito da un uso distorto della discrezionalità. D’altro canto, proprio se si tenta di includere quest’ultimo elemento nel fatto tipico, sia pure limitatamente alle sue manifestazioni più gravi (gravitanti attorno alla figura dello “sviamento di potere”), qualunque formula appare insoddisfacente, dal momento che l’uso del potere discrezionale si rivela effettivamente “distorto”, solo a seguito di un complesso apprezzamento *ex post*<sup>63</sup>.

La soluzione del dilemma, almeno in un ordinamento penale a fondamento costituzionale, dovrebbe discendere dall’interazione tra i principi di legalità, sussidiarietà ed *extrema ratio*: preso atto di quanto appena detto, i fenomeni sottesi all’abuso andrebbero regolati con strumenti diversi dal diritto penale<sup>64</sup>. Questa conclusione giustificherebbe la sostituzione dell’art. 323 c.p. con uno o più illeciti amministrativi, le cui fattezze – tutte da studiare – potrebbero conformarsi a parametri più duttili di quelli ai quali sottostà (o dovrebbe sottostare) il reato, rivelandosi idonei a recepire, in una certa misura, rinvii a fonti sublegislative, norme di principio, clausole generali e anticipazioni di tutela.

Del resto, l’assoluta necessità di punire l’abuso d’ufficio e le lacune di tutela, che deriverebbero dalla sua eventuale abrogazione, non sono mai state oggetto di una seria verifica empirica, ma più che altro di un timore diffuso, non disgiunto da una fiducia incrollabile nella funzione deterrente della pena. Ma nulla esclude che la sanzione amministrativa, proporzionata all’effettiva gravità dei fatti, possa rivelarsi più efficace di una fattispecie penale che raramente varca la soglia delle indagini preliminari e quasi mai quella di una condanna definitiva<sup>65</sup> (provocando comunque rilevanti costi sociali e

---

<sup>62</sup> L. STORTONI, *Intervento*, cit. p. 119 ss.; S. PERONGINI, *Le ragioni*, cit., p. 13 ss.

<sup>63</sup> Cfr. quanto osservato *supra*, par. 2.

<sup>64</sup> Cfr. L. STORTONI, *Intervento*, cit., p. 120. Un supporto in tal senso, volendo, potrebbe essere tratto dalla lettura di Corte cost., sent. 447/1998: «Le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono infatti nella (eventuale) tutela penale, ben potendo invece essere soddisfatte con diverse forme di precetti e di sanzioni [...]; ché anzi l’incriminazione costituisce una *extrema ratio* [...], cui il legislatore ricorre quando, nel suo discrezionale apprezzamento, lo ritenga necessario per l’assenza o la insufficienza o la inadeguatezza di altri mezzi di tutela».

<sup>65</sup> Si vedano le statistiche riportate da A. NATALINI, *Abuso d’ufficio: è abolito criminis parziale*, in *Norme e tributi Plus* (in formato pdf), riprese da *Il Sole24ore* del 15 giugno 2020, p. 4.

danni a chi è preso nelle sue maglie). Senza trascurare la necessità di un parallelo rafforzamento dei controlli interni e di una riorganizzazione complessiva della pubblica amministrazione: obiettivi di cui pure si discute da tempo<sup>66</sup>, ed alla cui mancata realizzazione ha sinora impropriamente sopperito il diritto penale, elevato a *prima ratio* dell'intervento.

Piuttosto, l'ipotesi di un'abrogazione "secca" suscita il diverso timore, fondato, di un contraccolpo interno al sistema penale: l'opera di moralizzazione dell'amministrazione, intrapresa dalla magistratura (anche) con l'art. 323 c.p., proseguirebbe con il ricorso ad altri reati, puniti in maniera più grave<sup>67</sup>. Da questo rischio, come illustrato in precedenza, è tutt'altro che immune anche la recente riforma, produttiva di un'abrogazione "mascherata"<sup>68</sup>. Ma anche – e soprattutto – per questo motivo, un'abrogazione "palese" dovrebbe accompagnarsi a misure extrapenali capaci di colpire, in virtù della loro specialità, comportamenti non classificabili con etichette troppo impegnative. Pare giunto, insomma, il tempo di interrompere l'accanimento terapeutico nei confronti dell'art. 323 c.p. e di sperimentare rimedi d'altro tipo per i mali della pubblica amministrazione.

---

<sup>66</sup> Per un utile compendio, B.G. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna, 2017.

<sup>67</sup> G. FIANDACA – A. MERLO, *Riformare, abolire? C'è una terza via per il reato fantasmatico dell'abuso d'ufficio?*, in *Il Foglio*, 24 giugno 2020.

<sup>68</sup> Di "abolitio criminis mascherata" parla M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in *Penale Diritto e Procedura*, 10 agosto 2020, § 5.