

Il controverso paradigma dell'abuso d'ufficio fino alla riforma del 2020.

di Cristina LAURITANO e Roberta CHIUMMARIELLO*

SOMMARIO¹: **1.** Premessa **2.** Evoluzione della norma: i numerosi interventi di riforma **3.** La novella del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 **4.** Problemi applicativi alla luce del Decreto Semplificazioni **5.** Profili intertemporali **6.** Conclusioni.

ABSTRACT: *This paper aims to investigate the evolutionary path of the crime of "abuse of office" in the current system, starting from the original formulation of the case up to the current one, subject to Reform by the Simplification Decree.*

The numerous interventions on the Regulation's text were all characterized by the intention to fill the uncertainties application deriving from the indeterminacy of the literal data.

It is also focused on the role that jurisprudence has played and on the conflicting readings of the regulation.,

The examination focuses on the recent Reform made by the Simplifications Decree which, through the circumscription of punishable conduct, has tried to contain the expansive exegesis of the crime and to stem the phenomenon of the so-called "defensive bureaucracy" so as to make possible a freer behaviour of public officials, especially in the current historical moment.

The Reform, in this regard, also concerned the reshaping of relations between the judicial authority and the administrative authority, limiting the interference of the judicial union on the discretionary choices of the public administration.

1. Premessa.

L'attuale formulazione del delitto di abuso d'ufficio disciplinato dall'art. 323 c.p., che si colloca nell'ambito dei delitti contro la pubblica amministrazione (Capo II, titolo II), è il frutto di una lunga e stratificata evoluzione della norma in esame, operata da numerosi interventi legislativi sollecitati da un'esigenza di ristrutturazione dell'intero sistema dei delitti contro la p.a.

* Dott.sse in Giurisprudenza.

¹ Par. 1-2-3-6 redatti dalla dott.ssa R. Chiummariello; par. 4-5-6 redatti dalla dott.ssa C. Lauritano

Sebbene il Legislatore sia intervenuto, non di rado, sulla fattispecie *de quo*, la ratio sottesa fin dai primi interventi di riforma non può che individuarsi nella necessità di colmare le incertezze applicative dovute all'indeterminatezza e imprecisione del dato letterale.

Si ravvisa, pertanto, una continua tensione verso una rimodulazione dei rapporti tra l'autorità giudiziaria e l'autorità amministrativa, al fine di limitare il travalicamento dei confini della discrezionalità delle scelte amministrative da parte del giudice nell'accertamento del reato in questione.

In tale quadro complessivo, è intervenuta anche la giurisprudenza di legittimità fornendo delle letture, talvolta contrastanti; tuttavia, l'opinione dominante è nel senso di contenere il controllo penale sull'attività degli amministratori entro i confini compatibili con il principio costituzionale della divisione dei poteri.

Da ultimo, a seguito del D.L. semplificazioni, l'art. 323 c.p. è stato nuovamente interessato da una riforma che ne ha modificato un elemento costitutivo della condotta punibile, con l'obiettivo di restringere le esegesi espansive che, negli anni, hanno contribuito al fenomeno del c.d. "timore della firma" da parte del funzionario pubblico e la conseguente paralisi del sistema amministrativo.

Sicché, a seguito della nuova disciplina, si sono create delle incertezze ermeneutiche rispetto all'applicazione della disciplina sulla successione delle leggi penali nel tempo, a cui è stata, recentemente, fornita una soluzione da parte delle Sezioni Unite.

2. Evoluzione della norma: i numerosi interventi di riforma.

Il delitto di abuso d'ufficio è stato al centro di importanti interventi di Riforma da parte del Legislatore, interventi che ne hanno, nel tempo, modificato la fisionomia; negli anni novanta (L. 86/1990, L. 234/1997), recentemente ad opera della Legge n. 190/2012, ed in ultimo con il D.L. semplificazione del 2020.

Alle origini dell'introduzione dell'abuso d'ufficio, risalente al codice Rocco del 1930 (a sua volta ereditato dalla Leopoldina del 1786²), la ratio del reato era riconducibile all'obbligo di fedeltà allo Stato da parte del funzionario amministrativo, la cui violazione comportava il venir meno del rapporto di

² L'art. LXIV della *Riforma della legislazione criminale toscana* (in BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Torino 1973, p. 281) puniva il fatto di un agente pubblico «*trascendendo i limiti o altrimenti abusando del pubblico ministero, ufficio o impiego per fare a chichessia qualsivoglia specie d'ingiustizia e di torto, e massimamente a vedove, pupilli ed altre miserabili persone, come ancora per favorire un reo conosciuto*».

fiducia e di solidarietà sociale, condotta sanzionata, principalmente, con fattispecie di reato affini³ al 323 c.p., a cui veniva, invece, riconnessa una funzione del tutto residuale⁴.

La fisionomia del reato così strutturata fissava una soglia di consumazione anticipata rispetto alla lesione dei diritti del cittadino, in un'ottica totalitaria in cui il disvalore del fatto era riconducibile alla lesione del dovere di fedeltà allo Stato⁵.

Pertanto, la condotta tipica punibile dall'abuso d'ufficio si identificava con i tre vizi canonici dell'atto amministrativo comprendendo, oltre la violazione di legge e l'incompetenza, anche l'eccesso di potere quale sinonimo di cattivo uso del potere, nel senso che erano punibili le condotte dei pubblici ufficiali che, sebbene avessero una base legale, erano poste in essere con uno scopo diverso da quello per cui il potere era stato affidato; in tal senso vi era un'applicazione estensiva dell'art. 323 fino a ricomprendere le violazioni dei c.d. limiti interni del potere discrezionale⁶.

Con la riforma del 1990 il Legislatore, oltre ad ampliare il novero dei soggetti punibili – ricomprendendo anche gli incaricati di pubblico servizio – aveva modificato la norma in modo da farla diventare una fattispecie fondamentale per la tutela penale della pubblica amministrazione⁷.

³ Tra queste emergeva l'art. 324 c.p., il quale era così formulato: «*Interesse del privato in atti d'ufficio- il pubblico ufficiale, che, direttamente o per interposta persona, o con atti simulati, prende un interesse privato in qualsiasi atto della pubblica amministrazione presso la quale esercita il proprio ufficio, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da lire duecentomila a quattro milioni*».

⁴ Il testo previgente alla riforma del 1990, recitava: «*Il pubblico ufficiale che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge, è punito con la reclusione fino a due anni o con la multa da lire centomila a due milioni*».

⁵ A. MANNA, *Profili storico-comparatistici dell'abuso d'ufficio*, cit., 1202. Con il Codice Rocco si abbandona quindi la prospettiva dei codici penali ottocenteschi, in cui si tutelava la libertà del singolo contro le prevaricazioni del funzionario pubblico, adottando una figura che servisse invece da «strumento di controllo del giudice penale sull'operato dei pubblici funzionari»: M. Gambardella, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 249 ss.

⁶ F. BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in RIDPP 1966, 993 ss. Sul nesso fra l'espansione del sindacato del giudice penale sul merito delle scelte discrezionali della PA e l'incompatibilità della fattispecie incriminatrice – in particolare, l'art. 323 c.p. precedente alla riforma del 1990 – con il principio di tassatività e determinatezza, G. Cocco, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cagliari 1996, 255 ss.

⁷ Questo è il testo dell'art. 323 come modificato dalla l. 86/1990: «*Abuso d'ufficio. Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni. Se il fatto è*

Anche i contorni dell'elemento soggettivo del dolo specifico – già presente nella previgente formulazione – furono ulteriormente definiti indicando come necessario ai fini dell'integrazione dell'abuso la presenza di un vantaggio (per sé o altri) o di un danno ingiusto; inoltre, fu previsto un aumento di pena nel caso in cui l'agente si fosse procurato un vantaggio patrimoniale⁸.

Ciononostante, non era inusuale che il sindacato del giudice, nella sua attività di accertamento, si spingesse fino a ricomprendere l'attività discrezionale della p.a. favorendo una paralisi della funzione amministrativa⁹.

Tuttavia, con la contestuale eliminazione dal novero delle condotte punibili per peculato nella forma "per distrazione" (art. 314 c.p.) e dall'eliminazione dell'interesse privato in atti d'ufficio, il nuovo paradigma dell'abuso d'ufficio aveva ottenuto un ruolo fondamentale nella lotta contro le condotte abusive degli amministratori¹⁰.

Invero, nelle intenzioni dei compilatori, la novellata fattispecie di abuso d'ufficio era considerata una norma di chiusura, al cui interno dovevano essere ricomprese da un lato le ipotesi di reato contenute in altre fattispecie affini – ormai abrogate – e dall'altro ipotesi di abuso "innominato"¹¹.

Con la riforma del 1997, il Legislatore ha tentato di delineare in maniera più dettagliata e netta, i tratti della fattispecie in esame con l'obiettivo di garantire maggior certezza applicativa.

Ed invero, il Legislatore ha identificato la condotta tipica con due condotte alternative: la «violazione di norme di legge o di regolamento»; la mancata astensione «in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti». Inoltre, la condotta abusiva doveva avvenire nell'esercizio delle proprie funzioni, concretizzandosi in un esercizio "distorto"

commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due a cinque anni».

⁸ Ulteriori riferimenti per la configurabilità dell'abuso d'ufficio post riforma del 1990 v. P. Pisa, voce Abuso d'ufficio, in Enciclopedia Giuridica Treccani, Roma 1995, vol. I; A. Manna, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Torino 2004, 17 ss.

⁹ F. PRETE, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2013.

¹⁰ L'intervento riformatore aveva lo scopo di attribuire al riformato art. 323 una funzione residuale, ricomprensiva di tutte le condotte illecite prima sussumibili nell'art. 314 e nell'art. 324; costituendo un filtro idoneo per garantire maggiore aderenza – almeno secondo le intenzioni – al principio di offensività; L. STORTONI, *Intervento*, in *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, a cura di A. Castaldo, Torino 2018, 117 s.

¹¹ C. GRASSO, *Condotte ed eventi nel delitto di abuso d'ufficio*, in FI, 1999.

dei poteri conferiti al p.u¹².

Pertanto, ai fini dell'integrazione del reato, si era resa necessaria la produzione effettiva del vantaggio o del danno ingiusto, specificandone la natura patrimoniale.

Un'ulteriore modifica aveva interessato anche la rideterminazione della sanzione comminabile, mediante una diminuzione del limite edittale massimo da 5 a 3 anni; sicché, a seguito della diminuzione dei termini prescrizionali, si ebbe l'indesiderato effetto di rendere più blanda la pretesa punitiva rispetto alle condotte incriminate.

La dottrina di allora, tuttavia, sottolineò rilevanti criticità della nuova fisionomia del reato in esame ovvero: 1) il riferimento al solo vantaggio patrimoniale, escludendo dall'area di operatività della norma i vantaggi non patrimoniali e ponendosi in rotta di collisione con il concetto di "interesse privato" indicato nella norma; 2) la doppia ingiustizia richiesta, sia del danno che del vantaggio, comportandone un'applicazione alterata ovvero ritenendolo un requisito alternativo e non cumulativo; 3) le difficoltà probatorie derivanti dal requisito richiesto del dolo intenzionale¹³.

Ancor più gravi furono le questioni attinenti all'area di operatività del sindacato del giudice in ordine all'interpretazione da attribuire alla «violazione di legge o di regolamento», in quanto era dubbio se la riforma avesse comportato l'esclusione del sindacato del giudice nell'ipotesi di eccesso di potere o se questa ipotesi poteva ancora costituire espressione di una condotta punibile ex art. 323 c.p.

Per integrare la fattispecie, dunque, secondo l'orientamento seguito in quegli anni, era necessario che le regole di condotta fossero contenute in delle leggi in senso formale o al più in atti normativi espressamente regolati (come i regolamenti) ed inoltre fu precisato che «la sola inosservanza di norme di principio o genericamente strumentali alla regolarità dell'azione amministrativa – come quella contenuta nell'art. 97 Cost. (principio di imparzialità e di buon andamento) – non è idonea a configurare la violazione di legge rilevante ai fini dell'integrazione del novellato delitto di abuso d'ufficio»¹⁴.

¹² Vedi V. Valentini, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in www.archiviopenale.it, 18.9.2018, 17.

¹³ A. MANNA, *Luci ed ombre nella nuova fattispecie d'abuso d'ufficio*, cit., 27 s., «poteva essere sufficiente costruire la norma in modo da renderla incompatibile, anche nei suoi estremi oggettivi, con il dolo eventuale», mentre la scelta del legislatore importerebbe «un'ulteriore, notevole restrizione di tutela».

¹⁴ Vedi Cass., Sez VI, n. 35108, 8 maggio 2003.

Tuttavia, tale approccio garantista e restrittivo del dato normativo, favoriva la creazione di un vuoto di tutela proprio nelle aree di interesse maggiormente propense a distorsioni di carattere funzionale, realizzate nell'ambito dell'attività discrezionale¹⁵.

Successivamente, a seguito dell'intervento dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite che nel 2003 aveva approvato la *United Convention against corruption*, con la risoluzione 58/4 del 31 ottobre 2003, è stata promulgata la Riforma n. 190/2012 che è intervenuta con il precipuo scopo di apprestare una tutela più solida per i fenomeni corruttivi, mediante politiche volte alla prevenzione e alla trasparenza; in particolare, aumentando il massimo di pena edittale per il reato di abuso d'ufficio da 3 a 4 anni.

A seguito dell'intervento riformatore, il Legislatore ha sostituito ad una formula generale e omnicomprensiva delle condotte abusive punibili¹⁶, una tipizzazione analitica delle condotte rilevanti riconducibili alla violazione di (norme di) legge e di regolamento e all'obbligo di astensione nei casi di conflitto di interesse con prossimi congiunti.

Ebbene, il risultato ottenuto fu opposto a quello sperato, giacché per impedire vuoti di tutela, la giurisprudenza iniziò ad interpretare la norma in senso ampio, sussumendo all'interno delle violazioni di legge anche condotte poste in essere in violazione della imparzialità della p.a. tutelata da norme di principio (art. 97 Cost.).

Il risultato di questo nuovo approccio ermeneutico fu di rendere (nuovamente) eccessivamente vaga la fattispecie incriminatrice, con un indesiderato ritorno al passato.¹⁷

Con riguardo alla seconda condotta punita inerente all'obbligo di astensione dell'agente, si pose un'ulteriore criticità in capo all'interprete: se tale generico dovere di astensione dovesse trovare la sua fonte nell'art. 323 c.p.

La risposta fornita in giurisprudenza fu in senso positivo poichè, ragionando diversamente, si sarebbe giunto a ritenere superflua la disposizione in questione in quanto la violazione di un dovere di astensione prescritto da altra norma avrebbe già costituito una violazione di legge ex sé.

3. La novella del d.l. 16 luglio 2020, n. 76.

Recentemente è intervenuta un'ulteriore Riforma che ha nuovamente riscritto il

¹⁵ T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit. 9.

¹⁶ Definito da Padovani abuso innominato.

¹⁷ Cfr. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, Giuffrè, 2009, 113 ss.

reato di abuso d'ufficio. Si fa riferimento all'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 («Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale»), in vigore dal 17 luglio 2020 ed ora convertito in legge (L. 11 settembre 2020, n. 120).

La riforma dell'art. 323 c.p. sostituisce le parole «di norme di legge o di regolamento» con le seguenti: «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 *ratio legis* sottesa a tale ultimo intervento è chiara: limitare le interpretazioni espansive della giurisprudenza, con il fine ultimo di garantire lo sblocco della paralisi amministrativa dovuta al timore del funzionario pubblico di incorrere, nell'esercizio delle sue funzioni, in responsabilità penale.

Le criticità della Riforma sono già state evidenziate da una parte della dottrina sia con riguardo al metodo che al merito.¹⁸

Con riguardo al merito, la dottrina contesta che la Riforma in questione ha ricondotto il sindacato del giudice penale solo a fattispecie marginali e non rilevanti – svuotando di fatto il dato normativo – ovvero limitato solo all'attività vincolata del funzionario pubblico;¹⁹ in tal modo è stato sostenuto che si è in presenza di una chiara violazione del principio di uguaglianza²⁰.

Con riguardo al metodo il Legislatore, invece di rafforzare la struttura dell'art. 323, si è basato sul diritto vivente, principalmente, con l'obiettivo di: a) contenere le derive giurisprudenziali, rimodulando la fattispecie con maggiore specificità; b) focalizzare l'attenzione solo su una parte della condotta punibile, vale a dire sul disvalore dell'azione²¹.

Pertanto, le novità introdotte dal d.l. Semplificazioni riguardano, in primis, la non rilevanza di condotte violative di regolamenti – essendo stati espulsi dalla fattispecie de quo – ma solo quelle inerenti a violazioni di legge o atti avente forza di legge.

L'irragionevolezza si rinviene nel fatto che proprio nei regolamenti, di consueto, vi sono delle regole specifiche di condotte volte ad orientare il comportamento del funzionario pubblico, diversamente dalle leggi che sono per definizioni generali ed astratte e dunque, prive di specificità.

¹⁸ Cfr. G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit.; M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit.; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit.

¹⁹ M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto*, cit., 4. Sul punto, già M. DONINI, *Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo" di riforma dell'art. 323 c.p.*, cit., 97 ss.

²⁰ T. PADOVANI, op. cit. 9.

²¹ M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in www.penaledp.it, 10.8.2020

Il secondo aspetto rilevante è costituito dalla rilevanza della sola inosservanza di regole di condotte specifiche ed espressamente previste da fonti primarie; in tal modo si è, pertanto, escluso dal novero delle condotte punibile quelle poste in violazione dell'art. 97 Cost.

Connesso a tal dato, vi è l'ulteriore elemento di nuovo conio ovvero la rilevanza delle sole condotte da cui non derivi alcun margine di discrezionalità.

La fattispecie, così delineata, conserva la natura di reato proprio, individuando i soggetti attivi del reato nei pubblici ufficiali e negli incaricati di pubblico servizio nell'esercizio delle proprie funzioni, riconducibili a qualunque specie di atto o attività posti in essere; resta un reato di evento, il cui disvalore si realizza nella concretizzazione della doppia ingiustizia del danno recato ad altri o del vantaggio patrimoniale.

Con riguardo all'elemento soggettivo nella seconda estrinsecazione della condotta punibile qualora vi sia un obbligo giuridico di astensione in presenza di una situazione di conflitto di interessi, il reato richiede il dolo generico, connotato dalla intenzionalità, il quale determina l'impossibilità di configurare il delitto nei casi di mero dolo eventuale.

4. Problemi applicativi alla luce del Decreto Semplificazioni.

Le modifiche introdotte al reato di abuso di ufficio, come appena descritte, richiedono necessariamente un approfondimento sotto il versante applicativo, posto che l'intervento riformatore ha comportato una parziale *abolitio criminis* (confermata, del resto, dalle recenti Sezioni Unite 1146 del 2020), restringendo sensibilmente le ipotesi di incriminazione dei pubblici funzionari nell'esercizio delle proprie funzioni.

La Riforma, del resto, tende ad arginare il fenomeno della c.d. "burocrazia difensiva", quale atteggiamento dei pubblici funzionari, diffusosi nella prassi, di ridurre al minimo l'apporto contributivo al perseguimento del pubblico interesse per timore di poter essere perseguiti ed incriminati – secondo il disposto dell'art. 323 c.p. antecedente al Decreto Semplificazioni – in un numero considerevole di casi; la riforma mira a combattere l'inerzia della pubblica amministrazione, a semplificare il suo operato in un'ottica coerente al buon andamento ed all'imparzialità; l'eccessiva genericità che caratterizza(va) la lettera della norma paralizzava l'attività amministrativa, esponendo il pubblico funzionario al rischio di incorrere facilmente in una serie di responsabilità, civile, penale, contabile e disciplinare nell'esercizio delle proprie funzioni. Una situazione di stasi burocratica che rendeva molto più semplice l'astenersi

piuttosto che l'agire; erano in molti ad auspicare una modifica e finanche un'abrogazione della fattispecie.²²

L'efficacia dell'azione amministrativa, elevato a principio generale dalla legge 241 del 1990 (legge sul procedimento amministrativo) richiede una procedura snella e non inficiata dal c.d. "timore della firma", che porta i pubblici funzionari a non agire e, di conseguenza, a paralizzare il sistema burocratico.

Si comprende, allora, come il contesto storico all'interno del quale nasce la Riforma, quello caratterizzato dall'emergenza epidemiologica Covid-19, abbia influenzato la portata della stessa; la ripartenza del Paese deve essere celere e non può scontare il prezzo di una classe burocratica timorosa di agire, perché soggetta ad una possibile incriminazione rimessa alla violazione di presupposti generali, quali erano quelli che – fino ad oggi – hanno retto il reato di abuso d'ufficio.

A testimonianza del panorama appena descritto, del resto, soccorre il dato concreto, testimone della scarsa rilevanza pratica del reato di abuso; vi è una significativa differenza, infatti, dal numero delle indagini avviate per abuso di ufficio rispetto a quello delle condanne;²³ ne deriva una sostanziale abrogazione della norma, a discapito dei beni giuridici da essa tutelati quali il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione.

Inoltre, in un contesto emergenziale come quello attuale, è necessario – secondo il legislatore della Riforma – snellire i tempi delle procedure e consentire alla macchina amministrativa di agire in maniera più libera, sempre tendendo a mente il perseguimento dell'interesse pubblico.

Il nuovo reato, come già in precedenza evidenziato, si caratterizza per l'introduzione di presupposti più specifici cui ancorare la penale rilevanza delle condotte dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell'esercizio delle proprie funzioni.

La circoscrizione del perimetro del reato si coglie nell'eliminazione, dal testo della norma, della penale rilevanza di tutte quelle condotte poste in essere in «violazione di norme di legge o di regolamento» e nell'introduzione, in

²² Sul punto cfr. CASTALDO, *Migliorare le performance della pubblica amministrazione, riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018; F. COPPOLA, *Abuso d'ufficio: appunti per una possibile riforma dai lavori della Law Commission sulla common law offence of Misconduct in Public Office*, in *Arch. pen.*, n. 2/2020.

²³ V. MAGLIONE, *Il nuovo abuso d'ufficio non taglia i fascicoli a carico dei funzionari ma rischia di complicare le indagini*, in *Giustizia penale e riforme*, Il Sole 24 Ore, 28 luglio 2020. Secondo l'Istat, nel 2017, dei 6.582 procedimenti aperti in procura, appena 57 sono stati definiti con una sentenza di condanna.

sostituzione, di una violazione passibile di incriminazione solo qualora riguardi «specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità»; resta ferma, per il resto, l'altra condotta punita, individuata nella mancata astensione se ricorre un interesse proprio o di un congiunto o «negli altri casi prescritti».

È chiaro l'intento del legislatore di limitare i casi di incriminazione, dal momento che la violazione di norme regolamentari si presentava in termini più generali rispetto alla violazione di norme specifiche e dettagliate; del resto, l'eliminazione del regolamento dal novero delle fonti della responsabilità ex art. 323 c.p. comporta, giocoforza, l'irrelevanza penale anche di una serie di condotte, pur individuate da "specifiche regole", per il solo fatto di essere ricomprese in un regolamento, la cui violazione non integra (più) la fattispecie dell'abuso di ufficio.

Si realizza, in tal modo, una parziale *abolitio criminis* per tutte le classi di condotte che esulano dall'area di tipicità della norma, comportando numerosi dubbi anche a livello applicativo, con riguardo ai procedimenti pendenti istaurati proprio sulla scorta della vecchia formulazione del precetto, nei confronti dei quali il giudice dovrebbe intervenire con una pronuncia di assoluzione perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato.

In disparte i profili intertemporali, di cui si dirà in maniera più approfondita di seguito, occorre soffermarsi sul concetto di "regolamento" che, nel nostro ordinamento, è annoverato tra le fonti secondarie e caratterizzato da generalità, innovatività ed astrattezza.²⁴

A fronte dell'esclusione dei regolamenti, è stata prevista la punibilità della sola inosservanza di regole di condotta "specifiche" ed "espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge".

Ad una prima lettura, tenuto conto soprattutto della ratio ispiratrice della Riforma, ragioni di ordine logico portano a comprendere che per il pubblico funzionario sarà sicuramente meno frequente incorrere in una violazione di norme specifiche, *prima facie* riconoscibili, soprattutto da soggetti qualificati ai quali l'ordinamento chiede un grado di diligenza superiore, piuttosto che in

²⁴Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo* XIII Edizione, Dike: "Caratteri dei regolamenti sono la generalità, intesa come indeterminabilità dei destinatari e quindi idoneità alla ripetizione *nell'applicazione* della norma; innovatività, quale capacità di concorrere alla costituzione ed all'innovazione dell'ordinamento giuridico; astrattezza, intesa quale capacità di regolare una serie indefinita di casi."

quella di regolamenti, fonti secondarie e generali e, pertanto, caratterizzati da minor precisione; il riconoscimento dell'area di tipicità della condotta, nel caso di violazione di fonti subordinate, risulta allora – secondo il legislatore della riforma – più arduo, in termini di prevedibilità ed evitabilità.²⁵

Le stesse Sez. Unite, sul punto, hanno affermato che, in luogo "del generico richiamo" della disciplina previgente ad una violazione di norme di legge o di regolamento, si pretende ora che la condotta del pubblico funzionario, nell'esercizio delle proprie funzioni, sia connotata dalla violazione di regole cogenti per l'azione amministrativa fissate dalla legge in maniera precisa e puntuale, senza che possa rilevare la violazione di fonti sub primarie o di principi generali.²⁶

Sotto quest'ultimo profilo merita attenzione la controversa possibilità, riconosciuta in passato da una parte della giurisprudenza, osteggiata da autorevole dottrina, di ricomprendere nella formula "violazione di legge" anche quelle condotte contrarie all'art. 97 Cost., valorizzandone la portata immediatamente percettiva, nella parte in cui prescrive il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione; si opponeva, invece, chi assegnava all'art. 97 Cost. valore esclusivamente programmatico, tendendo conto che estendere l'ambito dell'abuso di ufficio alla violazione di principi tanto generali, come quello di imparzialità e buon andamento, avrebbe taciato la norma di incostituzionalità, per violazione dell'art. 25 Cost., sub specie di principio di legalità.

È fuor di dubbio che la p.a., nell'esercizio della propria attività, sia tenuta a conformarsi ai principi costituzionali che prescrivono obblighi di comportamento, come del resto conferma lo stesso art. 1 l.241 del '90, norma posta in apertura della legge sul procedimento amministrativo che codifica i principi generali cui l'attività amministrativa deve ispirarsi; il principio imparzialità, inteso come divieto per i pubblici funzionari di compiere alcun tipo di favoritismo, risulta poi strettamente connesso anche ad istituti di fondamentale importanza, come quello dell'accesso agli atti e, di conseguenza,

²⁵ Cfr. T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, GIURISPRUDENZA PENALE WEB, 2020, 7-8 "Ancorando la condotta tipica 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 è inteso proclamare con irta tassatività che l'abuso si deve risolvere nell'inosservanza di un dovere vincolato nell'*an*, nel *quid* e nel *quomodo* dell'attività".

²⁶ Cfr. Cass. Sez. Un. 1146/2020.

alla trasparenza amministrativa, paradigma imprescindibile nei rapporti tra pubblica amministrazione e privati.

Considerare, però, integrante una fattispecie penalmente rilevante la violazione di un principio generale come quello in esame, vorrebbe dire assegnare al giudice penale un inaudito potere, non legittimato dalla legge, che si tradurrebbe nella sostituzione del potere giudiziario a quello amministrativo, in contrasto con l'art. 31 co.3 c.p.a., che prescrive proprio la separazione dei poteri come baluardo imprescindibile di legalità.²⁷

La violazione di legge riguarda norme che "prescrivano modalità proprie delle attività della p.a., che vincolino cioè il pubblico agente a un dato contegno", senza che possa rilevare la violazione di principi generali; ecco che il richiamo all'art. 97 cost., inteso come norma dalla portata spiccatamente precettiva, si rivela del tutto erroneo poichè sottende un contrasto con la voluntas legis, chiosa nell'individuare ipotesi "tipiche" di responsabilità, che possano essere ricondotte a parametri formali e riconoscibili e non a principi astratti e generali, ancorchè fondamentali.²⁸

È indubbio, del resto, che la pubblica amministrazione sia tenuta a rispettare, nell'esercizio della propria attività, i principi fondamentali richiamati tanto dall'art. 97 cost., quanto dall'art. 1 l.241/90; entrambe le norme, lette specularmente, ci consegnano una pubblica amministrazione tesa al perseguimento del pubblico interesse in maniera efficiente ed efficace, imparziale ed in aperto dialogo con i consociati, in un'ottica generale di buon andamento.

La semplificazione amministrativa, nuovo paradigma dei rapporti tra p.a. e privato, riflette l'esigenza di uno snellimento delle procedure che possa dirsi rispettoso del principio di leale collaborazione; la p.a. non ricopre (più) il ruolo di autorità sovraordinata al privato, detentrica di un potere autoritario che si impone al cittadino senza il suo consenso.

Gli interventi legislativi degli ultimi anni militano, al contrario, a favore di una nozione di pubblica amministrazione che, nel perseguimento dei fini pubblici prescritti dalla legge, è tenuta a tenere in considerazione i privati, attraverso

²⁷ Cfr. sul punto, tra gli altri: MERLI, *Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio*, in www.penalecontemporaneo.it, GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002.

²⁸ Cfr., ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, i delitti dei pubblici ufficiali*, Giuffrè, 2019.

strumenti che ne consentano la più ampia partecipazione all'esercizio della "cosa pubblica".

Appare dunque inopportuno assegnare alla violazione dei principi generali la stessa incidenza della violazione di legge, così come intesa dal Legislatore dell'abuso di ufficio; il rischio sarebbe quello di allargare eccessivamente le maglie della norma, in spregio al principio di determinatezza e di tassatività delle fattispecie, corollari - a loro volta - del principio di legalità.²⁹

Tale logica, pertanto, non è nuova all'abuso di ufficio, da sempre crocevia di dubbi in punto di eccessiva ingerenza del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa; accogliere un'interpretazione estensiva di "violazione di legge", e ricomprendervi la violazione del buon andamento e dell'imparzialità, consentirebbe al giudice penale di "entrare" all'interno della discrezionalità amministrativa e di spingersi fino al merito della "scelta" espressamente rimessa all'autonoma determinazione dell'amministrazione pubblica, preposta alla cura dell'interesse pubblico di riferimento.

Il rischio di un'ingerenza troppo ampia del sindacato del giudice sull'esercizio del potere amministrativo è, probabilmente, il motivo che ha ispirato la riforma anche con riguardo all'ulteriore novità, relativa al il tipo di potere esercitato dai pubblici funzionari.

La nuova formula dell'art. 323 c.p. specifica che rilevano, ai fini della punibilità, solo le regole di condotta «dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

²⁹ Sul punto Cfr. Cass. pen., Sez. VI, Sent. 12 novembre 2020 (ud. 17 settembre 2020), n. 31873

Presidente Mogini, Relatore Calvanese. La Corte si è espressa in merito all'interpretazione della nozione di "violazione di legge", alla luce della riforma, e sulla rilevanza della condotta consistita nel rilascio di un Permesso di costruire in violazione del piano regolatore comunale e degli altri strumenti urbanistici. Sul punto la Corte ha rilevato che "come più volte affermato da questa Corte, il permesso di costruire, per essere legittimo, deve conformarsi – ai sensi dell'art. 12, comma 1, d.P.R. n. 380 del 2001 – alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente". Dall'espresso rinvio della norma agli strumenti urbanistici discende che il titolo abilitativo edilizio rilasciato senza rispetto del piano regolatore e degli altri strumenti urbanistici integra, una 'violazione di legge', rilevante ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 323 cod. pen.". Di conseguenza "seguendo questa elaborazione giurisprudenziale" ha concluso la Corte "deve ribadirsi che i piani urbanistici non rientrano nella categoria dei regolamenti, come ritenuto da risalente e superato orientamento giurisprudenziale, che nel mutato quadro normativo escluderebbe la fattispecie di abuso in atti di ufficio, ma in quella degli atti amministrativi generali la cui violazione, in conformità dell'indirizzo ermeneutico consolidato, rappresenta solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica (art. 12 e 13 del d.P.R. n. 380 del 2001) (...), normativa a cui deve farsi riferimento, per ritenere concretata la 'violazione di legge', quale dato strutturale della fattispecie delittuosa ex art. 323 cod. pen. anche a seguito della modifica normativa".

E bene, il riferimento alla discrezionalità amministrativa, così formulato, non può che portare alla mente il già richiamato art. 31 comma 3, c.p.a., norma relativa al silenzio inadempiuto che apre al giudice il sindacato sulla fondatezza della pretesa, a condizione che l'attività sia vincolata o che non residuino ulteriori margini di discrezionalità.

Quest'ultima, infatti, si caratterizza per la scelta insindacabile della pubblica amministrazione tra più soluzioni tutte astrattamente valide ed idonee al perseguimento del pubblico interesse³⁰, sottratte nel merito al sindacato del giudice, al contrario dell'attività vincolata in cui non è possibile scorgere il momento "volitivo" della p.a., posto che il fine pubblico e le modalità di esercizio del potere sono predeterminate a monte dal legislatore.

Orbene, ad una prima analisi della riforma ed in considerazione degli ancora scarsi casi pratici analizzati, il riferimento così netto compiuto dal legislatore alla discrezionalità amministrativa potrebbe essere sintomatico della volontà di scardinare quegli orientamenti secondo cui sarebbe configurabile il reato di abuso di ufficio (anche) nelle ipotesi di eccesso di potere, vizio di legittimità tipico del potere discrezionale, quando tale potere sia esercitato in maniera difforme rispetto alle finalità per cui è attribuito e, pertanto, in modo "non funzionale" al pubblico interesse (vizio conosciuto anche come sviamento di potere rispetto al fine tipico predeterminato).

L'eccesso di potere ricorre, allora, quando i pubblici funzionari esercitino il proprio potere discrezionale per finalità differenti rispetto a quelle assegnate dalla legge, finalità prettamente personali ed egoistiche, che integrano proprio la condotta tipica punita dall'art. 323 c.p.

Storicamente l'eccesso di potere ha costituito il grimaldello attraverso cui consentire lo sconfinamento del sindacato del giudice dai vizi di legittimità al merito amministrativo, proprio per la linea sottile che differenzia la scelta discrezionale della p.a. da quella opportunistica; e bene, a tal riguardo, la giurisprudenza più recente ha precisato che l'ammissibile sindacato sull'eccesso di potere non deve (non può) tradursi in una valutazione "sull'opportunità e la scelta dell'atto (...) o nella volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'amministrazione (...)"³¹

³⁰ Sul punto F. CARINGELLA, che la definisce come la "*Facoltà di scelta tra più comportamenti giuridicamente leciti per il soddisfacimento dell'interesse pubblico e per il perseguimento di un fine rispondente alla causa del potere esercitato*", pg. 977 e ss.

³¹ Cass. Civ., Sez. Un., 24 maggio 2019, n. 14264.

Ricondurre l'ipotesi di abuso di ufficio all'interno della figura dell'eccesso di potere porta con sé il rischio di un'invasione del potere giudiziario nelle scelte discrezionali della p.a. e nella stessa attività amministrativa.

Da ciò deriva la limitazione di responsabilità penale del pubblico funzionario, quando si trovi ad agire in un contesto caratterizzato da un potere discrezionale che richiede, necessariamente, una scelta derivante dal bilanciamento di interessi contrapposti, sempre nell'ottica del perseguimento dei fini prescritti dalla legge.

Le SS.UU. 1146 del 2020, sul punto, hanno precisato che la discrezionalità richiamata nella nuova formulazione del precetto ingloba anche quella c.d. tecnica, che si caratterizza non già per la scelta riservata alla p.a. tra soluzioni tutte ragionevolmente valide, quanto nell'applicazione di regole tecniche e specialistiche che conducono ad un risultato per sua natura opinabile e non predeterminabile; regole tecniche il più delle volte individuate da specifiche leggi e regolamenti, tanto che non è possibile parlare di una vera e propria "autonoma scelta di merito", come nel caso della discrezionalità c.d. pura.

Sicché sembrerebbe illogico, alla luce dei parametri di buon andamento ed imparzialità, escludere l'abuso di ufficio nelle ipotesi in cui il pubblico funzionario violi tali regole specialistiche, per il solo fatto che si tratti formalmente di attività discrezionale.

Ciò nonostante, gli stessi Ermellini fanno salvi i casi in cui la discrezionalità *"trasmodi in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici, 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 sostanzia nell'alternativa modalità della condotta, rimasta penalmente rilevante, dell'inosservanza dell'obbligo di astensione in situazioni di conflitto di interessi"*.

È chiaro il riferimento alla figura dello sviamento di potere, che si configura quando la p.a., pur nell'esercizio di attività discrezionale, ecceda i limiti fissati a monte dal legislatore, che si sostanziano nel funzionale esercizio del potere, da indirizzare esclusivamente verso il perseguimento del pubblico interesse.³²

Ne consegue allora che, pur tenuto conto della clausola di salvezza introdotta dalla Riforma con riguardo alla discrezionalità amministrativa, non appare

³² Sul punto, tra gli altri, M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., p. 35 ss.; G. DELLA MONICA, *La non configurabilità dell'abuso d'ufficio per eccesso di potere*, in *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, a cura di AA.VV., coordinato da A.A. Dalia, M. Ferraioli, Giuffrè, 1997, p. 70 ss.

logico, né tanto meno ragionevole, escludere a monte il sindacato del giudice penale sull'esercizio dei poteri pubblici, quando questi siano esercitati in maniera difforme da quanto prescritto, in contrasto con il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione.

La discrezionalità amministrativa sarà, pertanto, sindacabile quando comporti uno sviamento di potere o quando il suo esercizio violi l'obbligo di astensione imposto al pubblico ufficiale in presenza di un conflitto di interessi; ipotesi, quest'ultima, non toccata dalla riforma e che conserva la sua penale rilevanza, ancorché ad essa sia sotteso un potere discrezionale.

Del resto, l'attribuzione di una facoltà o di un diritto da parte dell'ordinamento trova il proprio limite principale nelle modalità in cui questo viene esercitato; discrezionalità non può risolversi in abuso perché, in tal caso, non risulterebbero opportunamente tutelati (ed anzi, messi in pericoli) i beni giuridici tutelati dalla norma incriminatrice.

In questo modo, inoltre, lo stesso obiettivo della Riforma resterebbe vanificato, poiché perderebbe il *prius logico* di ogni intervento normativo, quale il rispetto del principio di legalità.

La nuova disposizione normativa, nella parte in cui fa riferimento alla discrezionalità amministrativa, sottraendone il sindacato al giudice penale, farebbe allora riferimento alle ipotesi di "cattivo uso del potere", inteso come violazione dei limiti interni sulle modalità di esercizio e, come tale, insindacabile.

Come è noto, invece, la Riforma non ha inciso sulla seconda parte di condotta punita dalla norma, che continua ad avere rilevanza penale e che riguarda la mancata astensione del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto" o "negli altri casi prescritti"; pertanto, quando il pubblico ufficiale procura intenzionalmente a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto omettendo di astenersi nei casi prescritti dalla norma, la sua condotta continua – anche dopo la riforma della norma – a ricoprire rilevanza penale e a soggiacere alla pena all'uopo prevista.

Dunque, l'abuso di ufficio penalmente rilevante consiste – oggi – nelle ipotesi appena descritte di omessa astensione in presenza di un obbligo in tal senso e nella violazione di una specifica ed espressa regola di condotta, dalla quale non residuino margini di discrezionalità; non rileverà più – almeno secondo l'interpretazione puramente letterale della norma - la violazione dei generici

doveri incombenti sulla p.a. nell'esercizio delle proprie funzioni, individuati nel buon andamento e nell'imparzialità.³³

5. Profili intertemporali.

La nuova formulazione della fattispecie di abuso di ufficio ha, dunque, un ambito applicativo più ristretto rispetto a quello previgente ed integra un'ipotesi di parziale *abolitio criminis* in relazione ai fatti commessi in violazione di norme di regolamento, di norme di legge dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse e di regole di condotta che lascino residuare margini di discrezionalità, restando invece intatte le modalità alternative della condotta, non attinte dalla riforma.

Ne consegue che, qualora il fatto – commesso prima della modifica -risulti già contestato come "omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto", non essendosi verificata – per tale parte – nessuna *abolitio criminis*, non troverà applicazione il disposto dell'art. 2 co. 2 c.p.

La stessa Cassazione, nella pronuncia più volte richiamata, ha invece confermato l'*abolitio criminis* parziale per quelle classi di condotta, intervenute prima della Riforma, che si risolvano nella violazione di regolamenti o di norme di legge generali ed astratte o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità, nei termini prima precisati.

Si applicherà pertanto il disposto normativo dell'art. 2 co.2 c.p. che impone, per i casi già giudicati e per i quali sia intervenuta sentenza di condanna, la cessazione dell'esecuzione e degli effetti penali.

Nel caso di procedimenti pendenti in fase di indagine sarà necessaria l'archiviazione, mentre in quelli ancora *sub iudice* dovrà necessariamente intervenire una pronuncia assolutoria perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato.

La revoca del giudicato, ex art. 673 cod. proc. pen., ad opera del giudice dell'esecuzione, impone una verifica concreta e puntuale sull'effettiva abolizione di quella condotta per la quale è intervenuta condanna; occorrerà verificare, cioè, se il pubblico funzionario, nell'esercizio delle proprie funzioni, nel procurare intenzionalmente a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o nell'arrecare ad altri un danno ingiusto, abbia violato una norma non specifica, regolamentare o che lasci residuare margini di discrezionalità.

³³ Cfr. G.L.GATTA, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis* in Sistema Penale, 2 dicembre 2020.

Il compito dell'interprete si rivela piuttosto arduo tanto che, secondo alcuni, ben si potrebbe ricondurre le condotte già giudicate all'interno della norma come Riformata, valorizzando la parte non interessata dall'intervento normativo, quale "l'omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto" o, ancor più generale, "gli altri casi prescritti".³⁴

In questo modo anche la violazione di norme a contenuto generale o dalle quali residuino margini di discrezionalità potrebbe ritenersi ancora rientrante nella fattispecie dell'art. 323 c.p., all'indomani della Riforma.³⁵

Si paventa cioè la possibilità, nemmeno troppo remota, di un'interpretazione estensiva della locuzione "altri casi prescritti", così da ricomprendervi tutte le classi di condotta che, per effetto della riforma, hanno perduto rilevanza penale; orientamento seguito tanto in dottrina³⁶, quanto a livello giurisprudenziale; la Cassazione, con la sentenza n. 32174 del 2020 (che rappresenta una delle prime pronunce post riforma) sembrerebbe inaugurare una tendenza volta ad "arginare" gli stringenti limiti della nuova formulazione dell'art. 323 c.p., facendo rientrare all'interno delle segmento "altri casi prescritti" – rispetto ai quali "*non è pertinente la limitazione alle fonti primarie di legge*", anche quelle violazioni riguardanti "*altre fonti normative extrapenali, che prescrivano lo stesso obbligo di astensione*".

Con la modifica dell'art. 323 c.p., inoltre, si profila la questione relativa ad una possibile "riespansione" di fattispecie incriminatrici preesistenti le quali, per effetto della clausola di sussidiarietà «salvo che il fatto non costituisca un più

³⁴ Come osserva correttamente Tullio Padovani: "*la fattispecie alternativa, costituita dalla violazione dell'obbligo di astensione, non è mutata né punto né poco, e continua placidamente a investire anche (e soprattutto!) l'esercizio della discrezionalità amministrativa*", T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso di ufficio* in *Giurisprudenza Penale*, 28 luglio 2020.

³⁵ Sul punto cfr. Cass. pen., Sez. fer., Sent. 17 novembre 2020 (ud. 25 agosto 2020), n. 32174. I Giudici hanno espressamente affermato che "*siffatta modifica, seppure di grande impatto ove non dovessero intervenire ulteriori modifiche in sede di conversione, e sebbene medio tempore abbia notevolmente ristretto l'ambito di rilevanza penale del delitto di abuso d'ufficio con inevitabili effetti di favore applicabili retroattivamente ai sensi dell'art. 2, comma 2 cod. pen., non esplica alcun effetto con riguardo al segmento di condotta che, in via alternativa rispetto al genus della violazione di legge, riguarda esclusivamente e più specificamente l'inosservanza dell'obbligo di astensione, rispetto al quale la fonte normativa della violazione è da individuarsi nella stessa norma penale salvo che per il rinvio agli altri casi prescritti, rispetto ai quali non pare ugualmente pertinente la limitazione alle fonti primarie di legge, trattandosi della violazione di un precetto vincolante già descritto dalla norma penale, sia pure attraverso il rinvio, ma solo per i casi diversi dalla presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, ad altre fonti normative extra-penali che prescrivano lo stesso obbligo di astensione*".

³⁶ V. Valentini, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, in *Discrimen*, 14 settembre 2020.

grave reato» posta in apertura dell'art. 323 c.p., rimanevano in quest'ultima assorbite.

Il riferimento è, in particolare, alla fattispecie di omissione o rifiuto in atti di ufficio, contemplata dall'art. 328 c.p. che, a seguito del restringimento della più grave fattispecie di abuso di ufficio, potrebbe ora interessare le condotte prima sussumibili esclusivamente all'interno dell'art. 323 c.p.

Occorre premettere, a riguardo, che per giurisprudenza consolidata il reato di abuso di ufficio è realizzabile anche in forma omissiva, qualora (prima della Riforma, si intende) il potere omesso fosse stato esplicitamente attribuito all'agente pubblico da una norma di legge o regolamentare.³⁷

A fronte della commissione in forma omissiva del reato di abuso di ufficio, la fattispecie meno grave di cui all'art. 328 c.p. restava in quella assorbita, per effetto della clausola di riserva posta in apertura dell'art. 323 c.p.³⁸

Dopo l'intervento riformatore del 2020, il restringimento dell'area di rilevanza dell'abuso d'ufficio e la sensibile riduzione delle condotte penalmente rilevanti potrebbero allora portare ad uno speculare ampliamento del raggio di azione dell'art. 328 c.p.

È necessario, però, precisare che tale eventualità potrebbe profilarsi solo per quei fatti posti in essere dopo la modifica dell'abuso di ufficio, posta l'eterogeneità tra le due norme incriminatrici, in omaggio al principio di legalità euro-unitario, sub specie di necessaria prevedibilità degli effetti penali.

Altra fattispecie che dalla modifica dell'art. 323 c.p. potrebbe vedere sensibilmente ampliato il proprio campo di applicazione è quella contemplata nell'art. 314 a tenore del quale *"il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria, è punito con la reclusione da quattro a dieci anni e sei mesi"*.

La condotta distrattiva, nell'ipotesi del peculato, si caratterizzerebbe per la finalità dell'agente che è quella di soddisfacimento di fini meramente privatistici, attuata mediante la sottrazione del bene e la perdita definitiva dello stesso da parte della p.a.; ricorrerebbe invece, secondo l'orientamento più diffuso, l'ipotesi di abuso di ufficio qualora il p.u., pur utilizzando il bene per

³⁷ Cfr. Cass. Sez. VI, 22 gennaio 2010, n. 10009, *"Il delitto di abuso d'atti d'ufficio può essere integrato anche attraverso una condotta meramente omissiva, rimanendo in tal caso assorbito il concorrente reato di omissione d'atti d'ufficio in forza della clausola di consumazione contenuta nell'art. 323, comma primo, c.p."*

³⁸ T. PADOVANI, *op.cit.*

finalità puramente personali ed egoistiche, non realizzerebbe una materiale sottrazione dello stesso al patrimonio statale ma se ne servirebbe con modalità che esulano dai fini preposti all'adempimento del proprio ufficio.³⁹

Tale ipotesi appare simile alla fattispecie autonoma di peculato, contenuta nel secondo comma art. 314, la quale sarebbe l'unica idonea a poter trovare applicazione dopo la parziale abolizione di determinate condotte contemplate nell'art. 323 c.p.

A tenore della norma ricorre l'ipotesi di peculato d'uso quando *"il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa, e questa, dopo l'uso momentaneo, è stata immediatamente restituita"*; pertanto, quando il bene sia utilizzato con finalità diverse da quelle prescritte, che realizzino un danno al patrimonio pubblico e non sia però sottratto definitivamente alla pubblica amministrazione (*id est* uso momentaneo), le condotte prima punibili ai sensi dell'art. 323 c.p. potrebbero rientrare nell'art. 314 co. 2 c.p.⁴⁰

Ulteriore questione problematica sorta all'indomani della riforma, riguarda la possibilità per il giudice di revocare i giudicati intervenuti ante riforma per quelle condotte che non rivestono più rilevanza penale; si tratta di comprendere, cioè, se sia possibile riaprire i giudicati di condanna per quei fatti relativi, ad esempio, a violazioni di regolamenti o di norme da cui residuino margini di discrezionalità in capo alla p.a.

Il giudice dell'esecuzione sarà, pertanto, tenuto a verificare se il fatto per cui è stata pronunciata sentenza di condanna rientri effettivamente tra le ipotesi oggetto di *abolitio criminis* parziale ad opera della riforma o se quella condotta attenga ancora all'area del penalmente rilevante (omessa astensione in caso di interesse proprio o di un prossimo congiunto, o negli altri casi prescritti).

In quest'ultimo caso, anche tenuto conto delle SS.UU. Gatto del 2014 che estendono i poteri di accertamento del giudice dell'esecuzione, questo

³⁹ Da ultimo, Cass. Sez. VI, 23 settembre 2020, n. 27910: *"L'utilizzo di denaro pubblico per finalità diverse da quelle previste integra il reato di abuso d'ufficio qualora l'atto di destinazione avvenga in violazione delle regole contabili, sebbene sia funzionale alla realizzazione, oltre che di indebiti interessi privati, anche di interessi pubblici obiettivamente esistenti e per i quali sia ammissibile un ordinativo di pagamento o l'adozione di un impegno di spesa da parte dell'ente, mentre integra il più grave reato di peculato nel caso in cui l'atto di destinazione sia compiuto in difetto di qualunque motivazione o documentazione, ovvero in presenza di una motivazione di mera copertura formale, per finalità esclusivamente private ed estranee a quelle istituzionali"*.

⁴⁰ 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 Sistema Penale, 29 luglio 2020, pg.142 e ss.

potrebbe respingere la richiesta di revoca della sentenza di condanna; in caso contrario, verrebbe in rilievo una parziale *abolitio criminis* per le condotte già giudicate, cui consegue la revoca da parte del giudice dell'esecuzione, ex art. 673 c.p.p., delle pronunce di condanna e la rimozione dei relativi effetti.⁴¹

La possibilità che trovino applicazione, riespandendosi, le preesistenti figure di rifiuto di atti di ufficio ex art. 328 o del peculato d'uso ex art. 314 c.p. opera solo *pro futuro*, per tutte quelle condotte – cioè – astrattamente riconducibili all'ipotesi di abuso di ufficio, secondo la formulazione antecedente della norma.

6. Conclusioni.

Dalla disamina svolta emerge la risalente e continua insofferenza verso le ampie maglie dell'art. 323 c.p., determinata dalla divergenza tra la legalità offerta dalla norma e la legalità raggiunta all'esito dell'applicazione in concreto. La riprova è data dalla dissonanza dell'elevatissimo numero di procedimenti avviati per condotte abusive e quelli conclusi con una condanna in tal senso.

Si ritiene che, stante il complesso momento storico, con le annesse difficoltà economiche per l'intero Paese, si apprezza lo sforzo del Legislatore nel consentire un'attenuazione della pretesa punitiva per il funzionario pubblico, al quale deve essere consentito di svolgere la propria funzione con maggiore serenità, garantendo il principio del buon andamento della p.a.

Non può, tuttavia, sottacersi il timore che l'attuale configurazione del reato di abuso d'ufficio possa comportare l'impunità per una serie di condotte poste in essere dai pubblici funzionari, con conseguenti danni all'erario.

La novella legislativa, pertanto, pare essere inadeguata e del tutto priva di un'efficacia deterrente rispetto alle condotte abusive creando delle zone franche – il merito amministrativo – sottratte al vaglio giurisdizionale.

Il giudice penale non deve e non può arrestare la sua indagine entro i limiti della legittimità dell'atto amministrativo bensì è tenuto ad analizzare ogni profilo di scelta dell'attività svolta dal p.u.

È evidente che l'intervento giurisdizionale si renda necessario proprio laddove vi è una scelta di merito dell'agente funzionalizzata al raggiungimento di un fine di natura personale in cui si concretizza l'illecito penale. Invero, l'illegittimità dell'atto – sebbene sia sintomatica di una condotta *contra ius* –

non ne esaurisce la sostanza in quanto è necessaria una distorsione del potere del p.u. finalizzata per scopi estranei all'attività istituzionale.

Parimenti, anche quando a seguito dell'accertamento giurisdizionale l'atto – sotto il profilo formale – appare legale, emerge che le scelte discrezionali invece siano state effettuate con scopi illeciti (per arrecare un vantaggio a sé o a un terzo), finendo con il rendere evidente che l'atto è il frutto di uno sviamento del potere penalmente sanzionabile.

Le prime applicazioni pratiche della Riforma dimostrano come l'interprete si sia orientato nel senso di non azzerare gli sforzi punitivi compiuti nel corso degli anni, sfociati in sentenze di condanna (seppur in numero ridotto, come evidenziato) anche per condotte illegittime poste in essere in violazione di norme che si trovino "al confine" tra violazione di legge o di regolamenti.

Vi sono norme, cioè, in cui la rilevanza legislativa non sia ravvisabile *ictu oculi* ma possa essere apprezzata solo in via indiretta.

A tali norme non può allora negarsi idonea rilevanza ad integrare il requisito della violazione di legge, nel senso richiesto dalla norma.

È quanto è accaduto nel caso esaminato da Cass. pen., Sez. VI, Sent. 12 novembre 2020, già richiamata nel testo del presente contributo, che rappresenta una delle prime pronunce all'indomani della Riforma.

Nel caso posto al vaglio della Corte si discuteva sull'attualità della rilevanza penale della condotta consistita nel rilascio di un Permesso di costruire in violazione del piano regolatore comunale e degli altri strumenti urbanistici.

Ebbene, nel caso di specie i Giudici, soffermandosi sull'interpretazione della nozione di "violazione di legge", hanno ritenuto che *"il titolo abilitativo edilizio rilasciato senza rispetto del piano regolatore e degli altri strumenti urbanistici integra una violazione di legge"*, rientrando nella condotta di abuso di ufficio, così come riformata.

L'inosservanza delle prescrizioni del piano regolatore, qualificato non già come regolamento ma come atto amministrativo generale, è stata ricondotta dai giudici a "presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica", alla quale occorre fare riferimento per ritenere integrato il requisito della violazione di legge.

Dunque, se è vero che per raggiungere dei risultati idonei ad evitare un'eccessiva sovrapposizione tra piani differenti – giurisdizionale e amministrativo – si auspica non solo un ulteriore intervento legislativo di riforma delle fattispecie incriminatrici inerenti all'intero sistema dei reati contro la p.a., quanto una ridefinizione degli scopi istituzionali per cui è conferito il

potere, tale da consentire all'interprete maggior determinatezza nell'individuazione delle condotte abusive, non può tacersi circa lo sforzo compiuto da quest'ultimo nell'applicazione concreta della norma.

Ad un restringimento delle maglie della fattispecie dell'abuso di ufficio compiuto dal legislatore, la giurisprudenza pare rispondere – almeno nelle prime pronunce analizzate – con un'interpretazione estensiva della norma, così da evitare che l'eliminazione della violazione dei regolamenti dal novero delle fonti di responsabilità penale (in uno alla delimitazione in relazione al tipo di attività esercitata), possa portare, quale conseguenza intollerabile ed irragionevole, un vuoto di tutela incolmabile rispetto a beni giuridici di rango costituzionale, individuati dall'art. 97 Cost. nel buon andamento e nell'imparzialità amministrativa.