

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

7-8/2021

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IN MEMORIA DELL'ABUSO D'UFFICIO?

Osservazioni critiche sulla riforma dell'art. 323 c.p.

di Manfredi Parodi Giusino

Il contributo esamina l'ultima riforma, ad opera del d. l. 76/2020, del delitto di abuso di ufficio (art. 323 c.p.). La nuova disciplina – ispirata dal dichiarato intento di evitare, una volta per tutte, le indebite ingerenze del giudice penale nel terreno della discrezionalità amministrativa – appare segnata da notevoli difetti tecnici, da incoerenza interna e, soprattutto, da confini esageratamente ristretti, che la rendono inadeguata alla necessaria tutela dell'imparzialità nell'esercizio delle funzioni pubbliche. Le numerose critiche che la riforma ha sollevato e le prime interpretazioni da parte della dottrina e della giurisprudenza lasciano già presagire che, probabilmente, si verificherà un ulteriore ritorno al regime del passato.

SOMMARIO: 1. Le ragioni della (ennesima) riforma del 2020. – 2. Davvero una riforma nuova? – 3. I difetti attribuiti alla formulazione della fattispecie di abuso di ufficio nella formulazione del 1997. – 3.1. Il problema della indeterminatezza della fattispecie dell'art. 323 c. p. – 3.2. L'indebita ingerenza del giudice penale nell'attività discrezionale della P. A. – 4. La riconversione ermeneutica dell'art. 323. – 5. Il d. l. "semplificazioni" e l'ultima riforma dell'abuso d'ufficio. – 5.1. Esclusione dei regolamenti. – 5.2. Violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge. – 5.3. Violazione "mediata" della legge. – 5.4. Le regole "dalle quali non residuino margini di discrezionalità". – 5.5. Le fattispecie "in sostituzione" del depauperato abuso d'ufficio. – 6. Era meglio abrogare l'art. 323? – 7. La tutela penale dell'imparzialità nell'esercizio delle funzioni pubbliche. Conclusioni.

1. Le ragioni della (ennesima) riforma del 2020.

È trascorso un anno dall'emanazione del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale", convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, il cui art. 23 ha profondamente modificato l'art. 323 del codice penale: forse è già il momento per cercare di valutare, alla luce dei numerosi contributi teorici e di alcune pronunce della giurisprudenza, quale sia stato l'impatto della riforma sul sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione. Nel far ciò, non si intende ripercorrere per intero il tormentato percorso del delitto di abuso di ufficio, ma ci limiteremo a considerare soltanto quest'ultima sua trasformazione (la quarta, rispetto alla originaria versione del 1930), con alcuni indispensabili riferimenti alla precedente versione della fattispecie, quella risultante dalla legge 234 del 1997.

Come è ben noto, l'intento dichiarato dal Governo¹, di fronte alle urgenze di carattere sanitario, economico e di gestione delle risorse pubbliche, derivanti dalla pandemia da Covid-19, è stato quello di liberare gli amministratori pubblici dalla preoccupazione di incorrere in responsabilità penali, dalla quale era stata generata la "paura della firma", con il più ampio fenomeno della "burocrazia difensiva"²: le esitazioni, i ritardi o le astensioni da parte dei pubblici funzionari avrebbero contribuito a diminuire l'efficienza complessiva dell'apparato statale ed ostacolare il buon andamento della pubblica amministrazione, riflettendosi, dunque, negativamente sulla sua capacità di far fronte alle innumerevoli esigenze poste dalla pandemia.

Una simile paura – è del tutto impossibile ed ingiusto negarlo – è più che fondata³: con riguardo alla possibilità di essere chiamati a rispondere per abuso d'ufficio, troppe volte le indagini o i processi avviati si sono risolti con un nulla di fatto⁴, dando sì luogo a sentenze di non doversi procedere o ad assoluzioni, ma lasciando sulla pelle dei funzionari i terribili segni che portano con loro le condanne penali, sebbene non definitive, e, ancor prima, lo stesso procedimento penale, con tutti i suoi altissimi "costi" in termini umani, sociali ed anche economici. Tanto che è stato sostenuto che l'immobilismo non sia provocato da "ingovernabili angosce e blocchi emotivi", ma piuttosto da un lucido calcolo tra costi e benefici da parte dei funzionari⁵.

Questo scarto fra procedimenti avviati e sentenze di condanna è stato addebitato alla imprecisione o indeterminatezza dell'art. 323, la cui formulazione ("violazione di norme di legge o di regolamento"), priva di limiti contenutistici dopo la riforma del 1997, avrebbe consentito interpretazioni formalistiche ed eccessivamente estensive della legge (pur contro le stesse intenzioni del legislatore)⁶ ed avrebbe consentito ad alcune procure di "utilizzare" la fattispecie di abuso d'ufficio come grimaldello per avviare indagini a tutto campo negli uffici pubblici, mirando ad accertare altri, più gravi fatti (ad es. di corruzione)⁷. Qui, per inciso, si può osservare come, in relazione a tale ultima considerazione, è stato fatto notare che in realtà, se le sentenze di condanna sono così

¹ Secondo quanto comunicato dal Presidente del Consiglio, Conte, nella conferenza stampa del 7 luglio 2020, anche attraverso una slide, con gli slogan "funzionari pubblici: basta paura, conviene sbloccare", "stop alla paura della firma" e "più rischi per il funzionario che tiene fermi procedimenti ed opere, non per quello che li sblocca".

² Questa terminologia – in analogia a quella di "medicina difensiva" adottata per descrivere la corrispondente preoccupazione di incorrere in responsabilità penali da parte dei sanitari – è generalmente diffusa: per tutti, v. A. MANNA – G. SALCUNI, [Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio](#), in *Leg. pen.*, 17.12.2020; 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*, 7/2020, p. 136. Di "amministrazione difensiva" parla A. MERLO, [Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2021, p. 76.

³ In tal senso T. PADOVANI, [Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio](#), in *Giur. pen. web*, 2020, 7-8, p. 1.

⁴ Relativamente al 2018 le sentenze di condanna sarebbero circa l'1% dei procedimenti iscritti: per più ampi e dettagliati risultati statistici v. S. VINCIGUERRA, [Prime riflessioni su due recenti modifiche dell'abuso di ufficio \(art. 323 c. p.\)](#), in *Foro it.*, V, 2020, c. 372, nota 9.

⁵ Come ritiene V. VALENTINI, [Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio](#), in *disCrimen* 14.9.2020, p. 2.

⁶ Così G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, 5ª ed., Bologna, 2012, p. 252.

⁷ Come ha sostenuto C. F. GROSSO, [Condotte ed eventi del delitto di abuso di ufficio](#), in *Foro it.*, V, 1999, c. 340.

poche rispetto al numero dei procedimenti, ciò può essere anche indice del fatto che non all'imprecisione della legge occorre addebitare l'elevato numero dei procedimenti, ma, piuttosto, ad un atteggiamento spregiudicato degli organi della pubblica accusa, visto che, infatti, una applicazione più puntuale dell'art. 323 nelle successive fasi del giudizio ha condotto nel maggior numero dei casi a ritenere inesistente il reato⁸.

Per impedire, comunque, una indebita ingerenza del giudice penale nel campo delle scelte discrezionali della pubblica amministrazione, il legislatore del 1997, com'è ben noto, ha ritenuto necessario escludere la rilevanza degli atti connotati da eccesso di potere, poiché questi ultimi sono proprio quelli in relazione ai quali è necessario accertare un eventuale abuso del potere discrezionale: l'eccesso, infatti, può essere identificato con il cattivo uso del potere discrezionale, quando questo viene indirizzato verso finalità diverse da quelle per cui il potere è stato assegnato dalla legge al p.u. o addirittura incompatibili con esse (sviamento di potere). Per ottenere il risultato voluto, cioè per evitare sconfinamenti da parte del giudice penale, nella formulazione del 1997 la condotta tipica è stata descritta non più come il fatto del p. a. che "abusa dell'ufficio", bensì attraverso le parole "violazione di norme di legge o di regolamento", con le quali si voleva fare riferimento ai vizi tipici del provvedimento amministrativo, allo scopo di escludere la rilevanza dell'eccesso di potere per mezzo di una indicazione *a contrario*: menzionando espressamente soltanto il vizio della violazione di legge e non menzionando l'eccesso, si intendeva escludere la tipicità di quest'ultimo.

Altrettanto noto, come si vedrà meglio più avanti, è il fatto che la riforma del 1997, nella lettura data all'art. 323 da buona parte della dottrina e dalla giurisprudenza via via prevalente, non abbia prodotto i risultati che il legislatore di quella riforma si aspettava; ed allora, di fronte alle urgenze poste dalla pandemia, per liberare definitivamente gli amministratori dalla paura e dall'immobilismo di cui si è detto, si è pensato – ancora una volta – che occorresse una ulteriore (quarta) modifica⁹ dell'art. 323, e se ne è riformulato parzialmente il testo, in modo da escludere radicalmente, con espressioni *tranchant*, la rilevanza penale di ogni atto che sia esercizio di un potere discrezionale, evitando, di conseguenza, il controllo del giudice penale sugli atti discrezionali della P. A.: in questo modo sarebbero completamente risolti tutti quei problemi, gli amministratori potrebbero dormire sogni tranquilli e così la pubblica amministrazione potrebbe finalmente raggiungere elevati standard di efficienza e rapidità di azione¹⁰, in modo da riuscire a soddisfare le esigenze derivanti dalla lotta alla pandemia.

⁸ Per queste considerazioni cfr. M. GAMBARDILLA, *Simul stabunt*, cit., p. 136 ss. G.L. GATTA, [Da 'Spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto semplificazioni e la riforma parziale dell'abuso di ufficio, approvata dal governo 'salvo intese' \(e la riserva di legge?\)](#), in questa *Rivista*, 17 luglio 2020, p. 8, considera "eccessiva e nel complesso infondata" la sfiducia nelle capacità della giurisprudenza di selezionare gli abusi penalmente rilevanti.

⁹ La riforma dell'art. 323 è stata giudicata auspicabile da A. NISCO, [La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile](#), in questa *Rivista*, 20 novembre 2020, p. 6.

¹⁰ Per questa lettura delle intenzioni del legislatore v., per tutti, S. VINCIGUERRA, *Prime riflessioni*, cit., c. 373, e A. MANNA – G. SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"?*, cit. p. 2.

2. Davvero una riforma nuova?

L'intervento di riforma, attuato col decreto legge 76/2020 (approvato dal Consiglio dei Ministri "salvo intese"¹¹), è stato giudicato frutto di "populismo penale a doppia velocità"¹², espressione di una strategia di consenso politico attuata attraverso la politica criminale, che si presenta, secondo le esigenze del momento, ora col volto terribile della legge "spazza-corrotti" (l. 9 gennaio 2019, n. 3, contenente misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione), ora con quello, dichiaratamente rassicurante, di questo "decreto semplificazioni".

Soprattutto, è davvero fortissima l'impressione di trovarsi di fronte ad una situazione *déjà vu*: le considerazioni di politica criminale, la valutazione dei problemi da risolvere, gli obiettivi perseguiti e (per una certa parte della fattispecie di reato) le modalità tecniche di (ri)scrittura dell'art. 323, secondo cui oggi si è proceduto alla modifica dell'abuso d'ufficio, sembrano per molti aspetti una fotocopia di quelle che portarono alla precedente riforma ad opera della legge 16 luglio 1997, n. 234¹³.

Anche allora, infatti, si disse che, a causa della discutibile, perché troppo imprecisa e troppo ampia¹⁴, descrizione della condotta tipica come "abuso", la fattispecie era carente sotto il profilo della determinatezza¹⁵; che ciò consentiva indebite e dannose "incursioni" del giudice penale in un campo che avrebbe dovuto essere riservato al necessario spazio di discrezionalità della pubblica amministrazione¹⁶; che tali eccessi rigoristici della magistratura generavano nei pubblici funzionari la paura di andare incontro a responsabilità penali, con il conseguente immobilismo¹⁷; che il modo per

¹¹ Sul punto vedi le critiche mosse da G.L. GATTA, *Da 'Spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., p. 11 ss.

¹² Da N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2021, p. 9.

¹³ Sulla quale sia consentito rinviare a M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, p. 879 ss.

¹⁴ È nota la definizione di "enorme contenitore", data all'abuso di ufficio da A. PAGLIARO, *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1395, a seguito della completa ristrutturazione del sistema dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione operata dalla legge 26 aprile 1990, n. 86: l'art. 323, infatti, aveva "ereditato" lo spazio in precedenza occupato dal peculato per distrazione (cosa discussa), da una parte dell'interesse privato in atti d'ufficio e da una parte della fattispecie di omissione di atti d'ufficio.

¹⁵ In tal senso cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 4^a ed., Bologna, 2007, p. 245, che hanno considerato la fattispecie, come risultante dopo la riforma del 1990, addirittura una "mina vagante", capace di suscitare panico e allarme fra gli amministratori pubblici.

¹⁶ V., per tutti, V. PATALANO, *Amministratori senza paura della firma con i nuovi vincoli alle condotte punibili*, in *Guida al diritto. Il Sole – 24 Ore*, 2 agosto 1997, p. 18.

¹⁷ Poco prima della riforma dell'abuso d'ufficio del 1997, A. PAGLIARO, *Per una riforma delle norme sull'abuso di ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 535 ss., aveva descritto così la situazione dei funzionari pubblici, in termini perfettamente aderenti alla (uguale) situazione del 2020: "...colui che ritiene di essere trattato dal funzionario senza la dovuta imparzialità sporge denuncia per abuso di ufficio. Il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale spinge poi il pubblico ministero a svolgere indagini penali; e, in relazione a queste indagini, viene rivolta al funzionario una informazione di garanzia: con la quale, se il funzionario è innocente, il più del danno è fatto. I giornali, la radio, la televisione si impossessano della notizia, dandole spesso una importanza esagerata, e con troppa facilità giungono a distruggere moralmente l'indagato. Quando poi si arriva all'archiviazione (si dice che ciò avvenga in una percentuale superiore

risolvere tutto questo era quello di escludere il controllo da parte del giudice sull'uso del potere discrezionale della P. A. e che, dunque, per raggiungere questo obiettivo si dovessero estromettere dalla fattispecie dell'abuso di ufficio gli atti di esercizio della funzione amministrativa connotati da eccesso di potere¹⁸.

Ricordiamo, inoltre, – anche se tali ulteriori profili non sono stati affatto interessati dalla riforma del 2020 – che dal 1997, per rendere più pregnante il fatto rispetto al canone della offensività, l'ingiusto vantaggio ed il danno ingiusto, sino ad allora oggetto di un semplice dolo specifico, sono configurati come veri e propri eventi (escludendo la rilevanza del vantaggio non patrimoniale), che il reo deve aver preso di mira con dolo intenzionale (essendo, dunque, insufficiente ad integrare il profilo soggettivo che tali eventi siano oggetto di un mero dolo diretto o eventuale).

Sembra, insomma, di poter dire che i tormenti legati alla disciplina dell'abuso di ufficio siano destinati ad un continuo ritorno nel sistema penale italiano: “ci ritroviamo (apparentemente immemori) sempre allo stesso punto di partenza”¹⁹.

3. I difetti attribuiti alla formulazione della fattispecie di abuso d'ufficio nella formulazione del 1997.

Prima di considerare se l'ultima configurazione del delitto di abuso d'ufficio sia connotata dalle stesse carenze della precedente, sembra opportuno verificare se davvero la fattispecie, come riformulata dalla l. 234 del 1997, fosse affetta da così gravi difetti: potrebbe, infatti, confermarsi l'impressione, già espressa con riferimento a quest'ultima modifica, che i problemi, nascessero non tanto dalla struttura del reato, ma dalla concreta applicazione che di essa era stata fatta. La verifica riguarda essenzialmente due principali profili: il lamentato difetto di determinatezza ed il fatto che la norma rendesse possibile una indebita ingerenza del giudice penale nel campo della discrezionalità amministrativa.

all'80%), questa notizia sembra non interessare più nessuno ... Il risultato pratico di tutto questo è facilmente intuibile. Molti tra gli amministratori corretti (quelli infedeli sanno valutare meglio i rischi e, comunque, hanno qualcosa di tangibile con cui bilanciarli) sono terrorizzati dal pericolo di una incriminazione. Di conseguenza, preferiscono rimanere inerti, piuttosto che compiere atti che, pur essendo, a loro giudizio, conformi alle leggi e ai criteri di buona amministrazione, essi temono che in qualche modo li possano coinvolgere in una responsabilità penale. Ciò determina, a lungo andare, una sorta di paralisi dell'amministrazione, specie ove si tratti di enti locali”.

¹⁸ Per considerazioni al riguardo cfr. S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, in *Studium iuris*, 1997, p. 1252; G. DELLA MONICA, *La non configurabilità dell'abuso di ufficio per eccesso di potere*, in AA. VV., *La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa. Commento alla Legge 16 luglio 1997, n. 234*, Milano, 1997, p. 68 ss.

¹⁹ Così T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 2; in senso analogo M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt*, p. 136, il quale, in relazione alle dichiarazioni fatte dal Presidente Conte sulle ragioni della riforma, dubita che la scarsa efficienza della nostra pubblica amministrazione dipenda dalla presenza dell'abuso d'ufficio e che sia quest'ultimo ad ostacolare la ripartenza dell'Italia dopo la pandemia. Per valutazioni sulla situazione anteriore alla riforma del 2020, cfr. G. DI VETTA, [L'abuso di ufficio: cronaca di un «ritorno»](#), in *Criminalia*, 2016, p. 399 ss.

3.1. Il problema della indeterminatezza della fattispecie dell'art. 323 c. p.

Non ci sembra che l'art. 323 fosse formulato in termini tanto imprecisi, vaghi, da non consentire una adeguata comprensione della portata dell'incriminazione o da lasciare al giudice margini inaccettabilmente ampi di spazio interpretativo, tali da consentirgli arbitrii²⁰. Certo, la possibilità di interpretazioni (esageratamente) estensive caratterizza molte disposizioni incriminatrici, ma, appunto, una buona interpretazione, che rispetti il senso letterale, sistematico, teleologico della norma e la inquadri nell'ambito dei principi costituzionali, permette di evitare decisioni ingiuste.

In primo luogo, se si considera il requisito della "violazione di norme di legge o di regolamento" isolatamente, sganciandolo dal resto degli elementi del fatto, è evidente che esso non fornisce alcuna indicazione idonea a limitare la portata dell'incriminazione: le parole "in violazione di norme" potrebbero, se prese alla lettera, indicare qualsiasi violazione di qualsiasi legge o regolamento, anche di quelli che impongono minuziosi doveri meramente formali, conferendo alla disposizione dell'abuso una insopportabile vaghezza e privandola di un adeguato coefficiente di offensività.

Ma non è questa l'interpretazione corretta. La più attenta dottrina ha evidenziato come tra la violazione di norme e il verificarsi degli eventi di vantaggio o danno deve esservi un nesso causale, che restringe il campo delle violazioni rilevanti, imponendo di considerare tipiche soltanto quelle per le quali l'abuso del potere o del servizio pubblico sia funzionale alla produzione dell'evento. Questa lettura non indica soltanto una delle possibili opzioni, ma è imposta dal collegamento con l'altro requisito della fattispecie, che il fatto sia commesso "nello svolgimento delle funzioni o del servizio": ciò va inteso non come un collegamento meramente occasionale tra svolgimento delle funzioni o del servizio e violazione delle norme, ma nel senso che sono tipiche soltanto quelle violazioni di norme di legge o di regolamento che, attraverso un esercizio distorto dei poteri, abbiano consentito al pubblico ufficiale di procurare un vantaggio o arrecare un danno, entrambi ingiusti. Le parole «in violazione di norme», quindi, vanno intese come equivalenti a "violando" o "mediante la violazione": soltanto in questo caso può parlarsi di abuso (come ancora indicato nella rubrica dell'art. 323²¹).

Da quanto detto segue che potrà essere presa in considerazione soltanto la violazione di norme pertinenti all'esercizio delle funzioni o del servizio e tali da provocare gli eventi²². Ciò permette, dunque, di escludere la rilevanza penale ai sensi

²⁰ Secondo M. GAMBARELLA, *Simul stabunt*, cit., p. 138, in base ad una ben argomentata analisi, "la scarsa determinatezza e precisione, sotto il profilo della tecnica legislativa, dell'abuso d'ufficio non sembrano corrispondere alla reale configurazione del delitto *de quo* dopo la riforma del 1997. L'abuso di ufficio nella versione 1997 è stato infatti oggetto di una dettagliata tipizzazione".

²¹ Per l'importanza del riferimento all'abuso nella rubrica dell'art. 323 ai fini di una esatta interpretazione della disposizione v. A. SPENA, *Commento all'art. 323*, in M. Ronco – B. Romano, *Codice penale commentato*, 4^a ed., Milanofiori Assago, 2012, p. 1706.

²² Così, esattamente, M. NADDEO, [La nuova struttura dell'art. 323 c.p.](#), in *Archiviopenale web*, 1, 19 febbraio 2021; A. VALLINI, *L'abuso di ufficio*, in F. Palazzo (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2011,

dell'art. 323 c. p. di tutte quelle violazioni puramente formali, o di norme meramente procedurali²³, che non abbiano avuto una conseguenza diretta nella provocazione degli eventi e siano rimaste al livello di semplici violazioni dei doveri²⁴ del pubblico agente, senza ripercuotersi, attraverso un nesso causale, sul risultato finale del vantaggio o del danno. Tale lettura della fattispecie, riguardo al collegamento funzionale tra la condotta e gli eventi tipici, appare la sola conforme al principio di offensività, giacché a nulla varrebbe richiedere, perché il reato sia integrato, un evento di ingiusto vantaggio o ingiusto danno, se il disvalore della condotta non fosse intimamente collegato con quello di evento.

Ancor di più, poi, la fattispecie restringe il campo della condotta illecita attraverso la tipizzazione dell'aspetto soggettivo del reato²⁵, essendo richiesto un dolo intenzionale²⁶ in relazione all'evento. Perché non una qualsiasi violazione di una qualsiasi legge assume rilevanza, ma soltanto quella che sia piegata, anche nella rappresentazione del reo, al risultato del vantaggio o del danno, non consentito perché ingiusto. Sembra più esatto ritenere, al riguardo, che il dolo di abuso di ufficio richieda non soltanto l'intenzione riferita all'evento, ma anche la consapevolezza, da parte del p. a., di svolgere una pubblica funzione o un pubblico servizio e di violare le leggi che lo regolano, in modo tale da potere raggiungere il risultato preso di mira; occorre, precisamente, che egli si renda conto che sta svolgendo le funzioni o il servizio in violazione delle norme che li regolano, e ciò allo scopo di ottenere un ingiusto vantaggio o arrecare un danno ingiusto: un errore sulle leggi extrapenali che disciplinano l'attività del pubblico agente esclude, dunque, il dolo di abuso²⁷. Inoltre, occorre anche la piena

p. 310; C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I. I delitti dei pubblici ufficiali*, 2ª ed., Padova, 2013, p. 938; A. SPENA, *Commento all'art. 323*, cit., p. 1705.

²³ A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso di ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, Torino, 2002, p. 211; A. MANNA – G. SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"?*, cit. p. 6; M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt*, cit., p. 140. *Contra* N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 17. In senso dubitativo V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva*, cit., p. 11.

²⁴ Non integra il reato il semplice abuso di qualità né la violazione di doveri che non siano predisposti per evitare che dall'attività del p. u. derivino ingiusti vantaggi o ingiusti danni: A. PAGLIARO – M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la pubblica amministrazione*, 10ª ed., Milano, 2008, p. 292 ss.

²⁵ A. MERLO, *L'abuso di ufficio tra legge e giudice*, Torino, 2019, p. 61, (con riferimento a Cass. pen., Sez. V, 21 ottobre 1998, in *Ced Cass.*, n. 211928, secondo cui "con l'avverbio 'intenzionalmente', correlato al verbo 'procura' la lettera della legge intende che la volontà debba essere diretta proprio a cagionare l'evento. La *ratio* dell'incriminazione è pertanto circoscritta ad una violazione di norme ... strumentale ad un evento penalmente illecito, escludendo così da censura l'attività amministrativa in quanto meramente affetta da vizi di illegittimità") nota esattamente come "Lungi dal ridursi ad un dato rilevante solo sul piano dell'accertamento psicologico, l'intenzionalità costituisce altresì un elemento tipizzante che dà sostanza penalistica alla fattispecie di abuso, altrimenti indistinguibile da ogni altra infrazione a carattere disciplinare o amministrativo" (corsivo nostro).

²⁶ Isolata la posizione di A. VALLINI, *L'abuso di ufficio*, cit., p. 320 ss., secondo cui è sufficiente che il p. u. agisca con dolo diretto, cioè in vista di un fine diverso da ciò che costituisce l'evento del reato, ma con la certezza di procurare un vantaggio ingiusto o arrecare un danno ingiusto.

²⁷ Ciò è generalmente riconosciuto dalla dottrina: v. per tutti, C. BENUSSI *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 1016; A. PAGLIARO – M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. P. s., I*, cit., p. 303; A. VALLINI, *L'abuso di ufficio*, cit., p. 281.

consapevolezza, da parte del reo, dell'ingiustizia dei risultati, cui egli mira: non basta, infatti, che egli, violando la legge, voglia conseguire uno di essi senza essere certo se siano ingiusti o meno, in quanto la fattispecie richiede che nel fuoco dell'intenzione vi sia non un vantaggio o danno qualsiasi, ma precisamente un vantaggio o un danno ingiusto; perciò anche un errore (di fatto o su norma extrapenale) sull'ingiustizia del risultato esclude il dolo ed il reato²⁸. Infine, come è generalmente riconosciuto, si richiede che l'ingiusto vantaggio o danno costituisca lo scopo primario in vista del quale il reo ha agito, essendo escluso il reato se egli abbia preso direttamente di mira l'interesse pubblico, rappresentandosi anche, come conseguenza accessoria della sua condotta, il fatto di procurare a sé o ad altri un vantaggio ingiusto o un danno ingiusto²⁹. Viceversa, l'intenzionalità del fine privato non è esclusa dall'eventuale compresenza di un altro scopo collaterale, secondario³⁰.

Quanto all'ingiustizia in sé, com'è noto, alcuni la considerano un connotato di semplice illiceità espressa, dipendente dalla condotta, in quanto questa è compiuta in violazione della legge, come è richiesto dalla fattispecie³¹. Però, se così fosse, l'attributo sarebbe del tutto superfluo: intenderlo in questo modo equivale ad una *interpretatio abrogans*. Nel senso più esatto, per la dottrina prevalente³² e, soprattutto, per la costante

²⁸ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Art. 314-335-bis cod. pen. Commentario sistematico*, 3ª ed., Milano, 2013, p. 318.

²⁹ Sul punto, v. S. SEMINARA, *Commento all'art. 323*, in G. Forti – S. Seminara – G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, 6ª ed., Milano, 2017, p. 1073, con giurisprudenza; A. PAGLIARO – M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. P. s.*, I, cit., p. 288, dove si osserva che la limitazione è divenuta necessaria, una volta trasformato l'abuso di ufficio in reato di evento: in effetti, ogni azione della P. A. arreca sempre vantaggi o danni a qualcuno; M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt*, cit., p. 140, con giurisprudenza. In via negativa, Corte cost., ord. 251/2006 ha affermato che "in base ai principi affermati nella giurisprudenza di legittimità non è sufficiente che l'imputato abbia perseguito il fine pubblico accanto a quello privato affinché la sua condotta, ancorché illecita dal punto di vista amministrativo, non sia soggetta a sanzione penale, ma è necessario che egli abbia perseguito tale fine pubblico come proprio obiettivo principale". Secondo T. PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, in B. Romano (a cura di), *Il "nuovo" abuso di ufficio*, Pisa, 2021, p. 122, il rischio che il baricentro della tipicità sia reso "pericolante" non dipende dalla nozione di abuso, ma "esclusivamente dalla disciplina di diritto pubblico ... contorta, confusa, slabbrata" (corsivo nel testo).

³⁰ Cfr. C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 1013.

³¹ Tra gli altri, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. P. s.*, 5ª ed., cit., p. 250; A. MERLO, *L'abuso di ufficio*, cit., p. 52 ss. Prospetta il rischio che la riforma del 2020 orienti verso una inutile duplicazione del requisito dell'ingiustizia M. NADDEO, *La nuova struttura dell'art. 323*, cit., p. 19 ss.

³² V., per tutti, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 314 ss.; M. CATENACCI, *Abuso d'ufficio*, in M. Catenacci (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2011, p. 128 ss.; C. BENUSSI *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 997 ss.; A. TESAURO, *Violazione di legge*, cit., p. 196; A. SPENA, *Commento all'art. 323*, cit., p. 1706; M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt*, cit. p. 141.

Interessante, al riguardo, la possibilità di prendere in considerazione, come elemento capace di escludere l'ingiustizia, i c. d. interessi "zonali", come quelli di una area geografica o socio-politica che il pubblico agente rappresenta, soprattutto quando egli ricopra una carica politica o eserciti un mandato elettivo (v. A. PAGLIARO – M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale, P. s.*, cit. p. 279 ss.; S. SEMINARA, *Commento all'art. 323*, cit. p. 1078); una simile valutazione, da "maneggiare con cura" estrema, per evitare indebite coperture, può consentire di escludere il carattere oggettivo o, perlomeno, il dolo relativo all'ingiustizia del vantaggio o del danno. Ciò può costituire una opportuno regolatore della "valvola" che dà accesso alla punibilità, in modo da non mortificare le iniziative volte, in buona fede, al perseguimento di utilità non private, in nome

giurisprudenza³³ (diritto vivente) deve trattarsi di una ulteriore, “doppia” ingiustizia, che può esservi soltanto quando, oltre alla condotta, siano contrari ad un’altra³⁴ norma dell’ordinamento giuridico anche il vantaggio o il danno (illiceità speciale).

Dal fatto che l’abuso sia rivolto intenzionalmente verso uno scopo oggettivamente ingiusto e che, dunque, debba essere tale anche nella rappresentazione del reo discende che il reato richiede necessariamente una oggettiva strumentalizzazione dei poteri esercitati dal p. u., che vengono piegati verso un fine privato, inevitabilmente diverso da quello pubblico, per il quale il potere è stato attribuito (abuso)³⁵.

Complessivamente, nella ricostruzione del dolo di abuso, occorre tenere conto di tutti i profili della rappresentazione e della volontà del reo, escudendo il dolo se non viene accertato che egli sapesse: a) di essere un pubblico ufficiale o un incaricato di p. s.; b) di agire nello svolgimento delle funzioni o del servizio; c) di violare una norma di legge o di regolamento, pertinente alla funzione o servizio; d) che tale violazione fosse causa dell’evento di vantaggio o danno; e) che tali eventi fossero (ulteriormente) ingiusti. In aggiunta alla consapevolezza, è necessario che il vantaggio o danno, con l’ingiustizia che li qualifica, fossero presi direttamente di mira (voluti) come fine primario della condotta di violazione delle norme, non essendo sufficiente per l’esistenza del reato che tali eventi fossero soltanto rappresentati dal reo come conseguenze, certe o possibili, di un’azione od omissione direttamente rivolta al soddisfacimento di un interesse pubblico.

A conclusione di questa verifica, ci sembra che, se interpretata in modo non formalistico, ma piuttosto ponendo i singoli requisiti di fattispecie in relazione l’uno con l’altro, e concentrando l’analisi sul disvalore di evento, nel suo inscindibile collegamento con il disvalore della condotta (nel suo duplice profilo oggettivo e soggettivo), la fattispecie del delitto di abuso di ufficio, dopo la riforma del 1997, non potesse dirsi viziata da un particolare deficit di determinatezza.

3.2. *L’indebita ingerenza del giudice penale nell’attività discrezionale della P. A.*

Su tale argomento, le posizioni sostenute nel dibattito sono così note che ci sembra – nonostante la particolare importanza della questione – di potere fare un riferimento molto sintetico.

Si dice: nell’accertare che il p. u. abbia usato il potere per uno scopo diverso da quello cui il potere doveva essere orientato, piegando la funzione verso scopi privati, il giudice penale, pressoché inevitabilmente, “entra a gamba tesa” là dove non dovrebbe,

di una ampia classe di soggetti rappresentati dal pubblico agente.

³³ Orientamento costante: Cass pen., Sez. VI, 4 novembre 2015, n. 48913, in *CED Cass.*, 265473; Cass. pen., Sez. VI, 25 agosto 2014, n. 36125, in *Foro it.*, 2015, II, c. 185.

³⁴ Secondo A. DI MARTINO, *Abuso d’ufficio*, in A. Bondi – A. di Martino – G. Fornasari, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004, p. 259, la doppia ingiustizia potrebbe dipendere anche dalla violazione della stessa norma, considerando quest’ultima una prima volta nella prospettiva della condotta ed una seconda volta in riferimento all’evento.

³⁵ Particolarmente chiara e convincente, sul punto, l’argomentazione sviluppata da A SPENA, *Commento all’art. 323*, cit., p. 1706 ss.

ciò nell'area riservata alla discrezionalità della pubblica amministrazione e, in pratica, sostituendosi ad essa nel valutare quali siano le scelte più idonee nel merito a perseguire il pubblico interesse e ad assicurare il buon andamento della P. A. Per evitare che ciò accada, è necessario precludergli la possibilità di accertare se vi sia stato un eccesso di potere, poiché quest'ultimo si verifica proprio quando si abusa del potere discrezionale³⁶. Questo era lo scopo cui mirava precisamente la riforma del 1997, che ha voluto espungere dalla fattispecie di abuso d'ufficio gli atti viziati da eccesso di potere, limitando la punibilità ai soli casi di violazione di legge.

La risposta – sin troppo nota – a questa impostazione è che (teoricamente) il giudice: a) non deve affatto interessarsi del merito amministrativo³⁷ (di cui non può interessarsi neppure il giudice amministrativo, tranne che in casi specificamente previsti), poiché questo attiene al risultato dell'azione amministrativa (in termini di efficienza) e può valutarsi soltanto *ex post*, mentre la illiceità penale dipende dal modo in cui si è formato l'atto e va valutata *ex ante*: un atto penalmente irreprensibile (non tipico) potrebbe di fatto, nei suoi effetti, risultare poco opportuno, poco efficace, ma questo non gli conferisce alcuna illiceità penale; b) il giudice penale non si occupa direttamente dei vizi di legittimità (in particolare, dell'eccesso di potere) del provvedimento amministrativo³⁸ in quanto tali, ma accerta la illiceità penale delle condotte del p. u., cioè la loro conformità di esse alla fattispecie incriminatrice³⁹ (che il soggetto sia un p. u. o un incaricato di p. s.; che agisca nello svolgimento delle funzioni o del servizio; che ci sia una violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero una omessa astensione quando doverosa; che il p. a. abbia intenzionalmente procurato un ingiusto vantaggio o abbia arrecato un danno ingiusto). Il riferimento diretto all'eccesso di potere è errato: può certamente esservi un eccesso che non sia illecito perché non voluto come tale dal p. u.⁴⁰ (ad es. perché conseguenza di una errata valutazione dei

³⁶ A. MANNA – G. SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"?*, cit., p. 10, osservano che, se è insindacabile dal giudice penale la vera e propria discrezionalità politica, non lo sono, invece, la discrezionalità amministrativa e quella tecnica.

³⁷ La cosa è stata chiarita da lungo tempo: T. PADOVANI, *L'abuso di ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 88, affermava: "Nei delitti di abuso il tema dominante è per l'appunto questo: se un «merito» amministrativo sussista, o non ricorra piuttosto un «merito» di consistenza tutt'affatto privata"; il concetto è stato ripetuto (ID., *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 4 ss.) anche in relazione alla riforma del 2020: "merito amministrativo e 'merito' criminoso sono presenze incompatibili ...: dove c'è l'uno non può esserci l'altro e viceversa".

³⁸ A suo tempo, la Corte costituzionale (sent. n. 7/1965, in *Giur. cost.*, 1965, p. 50, con nota di F. BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c. p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 985 ss.), giudicando costituzionalmente legittimo l'art. 323 (nella formulazione originaria del 1930) in relazione alla riserva di legge ex art. 25, 2° co., Cost., si riferiva genericamente ad un "atto o ... comunque un comportamento illegittimo" (corsivo nostro): il riferimento ai comportamenti può orientare verso una generica nozione di illegittimità, come contrarietà alla legge.

³⁹ Insuperata la limpidezza con cui il concetto era già stato espresso da G. CONTENUTO, *Il sindacato del giudice penale sugli atti e sull'attività della pubblica amministrazione*, in A. Stile (a cura di), *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1987, p. 84 ss.; nello stesso senso A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 239.

⁴⁰ A dir poco sorprendente, in riferimento ad uno dei pochissimi delitti del nostro ordinamento penale per il quale (dal 1997) sia stato richiesto espressamente (ed a ragion veduta) un dolo intenzionale, la considerazione di A. MERLO, *L'abuso di ufficio*, cit., p. 80, secondo cui scrutare "l'intenzione della persona fisica

presupposti di fatto: ciò rende illegittimo l'atto per il diritto amministrativo, ma non lo rende illecito penalmente), ed è anche insufficiente⁴¹, perché un abuso del potere ("violazione di norma legge" ex art. 323 c. p.) può essere indiscutibilmente commesso anche in assenza di un provvedimento amministrativo (attività materiali riconducibili alla P. A.⁴²) e nell'esercizio della funzione giudiziaria, in relazione alla quale, ovviamente, non ha senso fare riferimento ai vizi di legittimità rilevanti per il diritto amministrativo. Il fatto che esercitare un potere discrezionale in violazione di norme di legge o di regolamento integri un eccesso di potere, pertanto, non ha una autonoma rilevanza per il diritto penale e, dunque, è metodologicamente scorretto formulare una legge penale (l'art. 323 c. p.) al preciso scopo di escludere la rilevanza penale dell'eccesso di potere⁴³.

Sin qui la teoria. Ovviamente – ne siamo perfettamente consapevoli – questi rilievi teorici non escludono in alcun modo che il giudice penale possa valutare in modo non corretto⁴⁴, ricavando (o presumendo) l'esistenza dei requisiti di tipicità (distorsione del potere, violazione di legge, finalizzazione ad un evento ingiusto) da un risultato che, *ex post*, egli ritiene non conforme all'interesse pubblico⁴⁵, così come quest'ultimo è da lui

autrice della condotta" ... non deve condurre all'errore "di spostare il baricentro dell'edificio sanzionatorio pressoché interamente sulla intenzionalità dell'abuso" ... perché in tal modo "l'accertamento del reato trasfigurerebbe in una forma di processo alle intenzioni"! Al contrario, è la legge, non il punto di vista del penalista, a stabilire che il perseguire (*ex ante*) un interesse diverso da quello pubblico assume rilevanza penale *esclusivamente* se ciò avviene intenzionalmente.

⁴¹ Secondo S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, cit., p. 1254, la scelta di costruire la fattispecie penale su schemi mutuati dal diritto amministrativo è "errata ed eccessiva".

⁴² Dottrina e giurisprudenza dominanti: cfr., per tutti, M. CATENACCI, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 122; A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 255; C. BENUSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 935.

⁴³ Con riguardo alla riforma del 1997 S SEMINARA, *Commento all'art. 323*, cit., p. 1073, ha sottolineato "la singolarità delle ragioni ispiratrici di tale ultima riforma, che risultano assolutamente estranee ad una più razionale o più incisiva tutela del buon andamento e della imparzialità della P. A., perseguendo esclusivamente l'obiettivo di limitare le 'ingerenze' giudiziali in tema di atti discrezionali dei pubblici funzionari e, in particolare, dei pubblici amministratori; una siffatta politica del diritto risulta espressiva di un grado di conflittualità tra i poteri dello Stato che non può non condurre alla soccombenza del diritto stesso, inteso come scienza della legislazione". Sul punto, volendo, cfr. M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio*, cit., p. 894 ss.

⁴⁴ T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 6, sottolinea come sia "terribilmente ampia" la forbice tra la legalità offerta dalla norma e quella raggiunta all'esito di un faticoso e tormentato *iter* processuale, lungo il quale si contano "i feriti e i caduti". Analoghe osservazioni in A. PAGLIARO, *Per una riforma delle norme sull'abuso di ufficio*, cit., p. 535.

⁴⁵ N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 11, fa notare come la distinzione concettuale fra merito amministrativo e merito criminoso non sia consolidata nella giurisprudenza penale, la quale si spinge "sino ad attingere agli effetti della valutazione ponderata degli interessi". A. MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., p. 82 ss., osserva che il sindacato di mera legalità è rigido, fondato sulla "mistica dell'interesse pubblico", presupponendo che sia uno solo l'interesse alla cui tutela l'atto deve tendere, mentre il sindacato sulla discrezionalità amministrativa è per sua natura elastico (in tal senso, ampiamente già A. TESAURO, *La riforma dell'art. 323 c. p. al collaudo della Cassazione*, in *Foro it.*, II, 1998, c. 276), rispondendo a logiche "sfocate o fuzzy", non potendosi individuare a priori quale sia l'interesse prevalente, nella ponderazione fra interessi confliggenti; da queste premesse condivisibili, l'A. ricava che, l'angolazione prospettica dalla quale il penalista e l'amministrativista guardano al problema dovrebbero tenere conto della necessità di fornire al funzionario un armamentario concettuale coerente. Si trascura, però, che sussiste un reato soltanto quando

ricostruito (magari anche arbitrariamente?), ed identificando il delitto con il puro sviamento del potere, anche se non intenzionale. Ma questo è un problema, certamente serio, che dipende essenzialmente da eccessi ed errori dell'autorità giudiziaria⁴⁶ e non dalla configurazione che l'art. 323 c. p. aveva dato alla fattispecie di abuso di ufficio.

Per contro, l'idea di risolvere questo serio problema escludendo per legge la rilevanza penale degli atti viziati da eccesso di potere è apparso a molti un modo fuorviante di legiferare e, soprattutto, tale da far sì che soltanto piccoli abusi di carattere prevalentemente formale venissero intercettati dall'art. 323, mentre le più gravi distorsioni del potere restassero impuniti⁴⁷. Per dirla con Padovani: se il p. u. profittatore o prevaricatore "è sufficientemente accorto e competente da predisporre un atto formalmente regolare, immune da vizi di legittimità, potrà contare su uno scudo impenetrabile, anche quando la tresca amministrativa sia spudorata ed inconfutabile. Fra le maglie della rete offerta al giudice penale resterebbero impigliate soltanto stolide e sprovvedute sardine, mentre gli squali dalle mascelle poderose godrebbero d'un libero mare"⁴⁸.

A conclusione di questa rapida analisi sui difetti che sono stati attribuiti alla disciplina dell'abuso di ufficio dopo la riforma del 1997 – la pretesa eccessiva indeterminatezza della fattispecie e l'essere questa formulata in modo tale da consentire indebite ingerenze da parte del giudice penale – sembra possibile sostenere la seguente idea: i problemi derivanti da un indebito, straripante intervento giudiziario (specie nella fase delle indagini) sono da attribuire non tanto al tenore, alla struttura ed ai requisiti della fattispecie incriminatrice dell'art. 323 c. p. in se stessa, quanto piuttosto ad una inesatta, e in alcuni casi arbitraria applicazione della norma in sede giudiziaria.

4. La riconversione ermeneutica dell'art. 323.

Le prime applicazioni del nuovo art. 323, dopo la sua riforma nel 1997, furono improntate a tener conto fedelmente delle intenzioni del legislatore, interpretando la norma nel senso di escludere che l'eccesso di potere (e l'abuso in atti discrezionali) potessero integrare il delitto di abuso d'ufficio. La famosa sentenza "Tosches"⁴⁹, tenendo

il p. u. vuole (intenzione) e sa bene di perseguire primariamente un interesse privato diverso da quello pubblico (quale che gli appaia quest'ultimo), mentre in caso di oggettiva coincidenza fra i due interessi non vi è reato (così A. TESAURO, *La riforma dell'art. 323*, cit., c. 269).

⁴⁶ Poco dopo la riforma del 1997 C. F. GROSSO, *Condotte ed eventi*, cit., c. 340, affermava "cattive abitudini di taune procure della repubblica non possono tuttavia di per sé giustificare provvedimenti politico criminali di diritto penale sostanziale, che devono rispondere alle esigenze proprie del settore di pertinenza, e non operare come correttivi di distorsioni delle prassi giudiziarie".

⁴⁷ In questo senso, tra gli altri, C. F. GROSSO, *Condotte ed eventi*, cit., c. 333 e 336; S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, cit., p. 1254; A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 110; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 7, considera addirittura "ispirato ad una sorta di follia" l'intento perseguito dalla riforma del 1997.

⁴⁸ T. PADOVANI, *La riforma dell'abuso innominato e dell'interesse privato in atti d'ufficio*, in A. M. Sile (a cura di), *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1987, p. 157.

⁴⁹ Cass. pen., Sez. II, 4 dicembre 1997, n. 877, in *Foro it.*, 1998, II, c. 258 ss., con nota di A. TESAURO, *La riforma*

conto del fatto che il legislatore aveva voluto evitare il “rischio di sconfinamenti del giudice penale nella sfera amministrativa” e “limitare il controllo penale sull’attività dei pubblici amministratori entro confini compatibili con il principio costituzionale della divisione dei poteri”, ed anche per evitare che, intendendo la “violazione di legge o di regolamento” senza alcuna distinzione, si potesse pervenire “a soluzioni addirittura ancor più formalistiche di quelle prima adottate dalla giurisprudenza”, decise che fossero necessari due presupposti: il primo “che la norma violata non sia genericamente strumentale alla regolarità dell’attività amministrativa, ma vieti puntualmente il comportamento sostanziale del pubblico ufficiale o dell’incaricato di pubblico servizio”, ritenendo dunque irrilevanti le violazioni di norme “a carattere meramente procedimentale” e quelle di “norme generalissime o di principio, come quella prevista dall’art. 97 Cost. ... che peraltro appare di carattere organizzativo e non sembra prescrivere specifici comportamenti ai singoli soggetti”. Il secondo presupposto, che le norme violate avessero i caratteri formali ed il regime giuridico delle leggi o dei regolamenti⁵⁰.

L’orientamento espresso dalla Cassazione, come è ben noto, fu sottoposto, però, a forti critiche da buona parte della dottrina, che fece notare che: a) l’intenzione del legislatore storico non può considerarsi determinante⁵¹, se essa si contrappone al testo della legge, dal quale emerge una più plausibile interpretazione, che sia volta ad evitare, come impone la Costituzione, “ingiusti arricchimenti privati all’ombra della pubblica amministrazione”⁵²; b) spesso la violazione di norme a carattere procedimentale si ripercuote sull’evento del reato, avendo efficacia causale nel percorso che conduce ad esso⁵³; c) la formula “in violazione di norme di legge o di regolamento” non equivale a quella di “violazione di legge” utilizzata per indicare il corrispondente vizio tipico dell’atto amministrativo (art. 26 r. d. 26 giugno 1924, istitutivo del Consiglio di Stato, e art. 2 l. 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei T.A.R.) e, dunque, non è idonea ad escludere, non menzionandolo, il vizio dell’eccesso di potere⁵⁴; d) infine – e si può dire

dell’art. 323 c. p. al collaudo della Cassazione.

⁵⁰ In base a questo presupposto, Cass pen. Sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 45261, in *CED Cass.*, 220935, ha escluso che il “Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni” allora in vigore, essendo stato emanato con D.P.C.M. 28.11.2000, avesse il regime formale del regolamento (ai sensi della legge 23 agosto 1988, n. 400) e che, dunque, la violazione della regola dell’imparzialità, ivi stabilita all’art. 8, integrasse il delitto di abuso di ufficio.

⁵¹ *Contra*, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 301, secondo cui l’intenzione soggettiva del legislatore è criterio interpretativo di primo piano, specie per le leggi di recente introduzione.

⁵² Così C. F. GROSSO, *Condotte ed eventi*, cit., c. 330; nello stesso senso, A. MANNA, *Luci ed ombre nella nuova fattispecie d’abuso d’ufficio*, in *Ind. pen.*, 1998, p. 20 ss.; A. PAGLIARO, *L’antico problema*, cit., p. 10, sostiene che le ulteriori specificazioni (secondo le quali sarebbe irrilevante la violazione di norme procedurali o di norme generalissime o di principio) “sono state aggiunte arbitrariamente dall’interprete”.

⁵³ In tal senso S. SEMINARA, *Commento all’art. 323*, p. 1076; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 306; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 7; A. MANNA – G. SALCUNI, *Dalla “burocrazia difensiva” alla “difesa della burocrazia”?*, cit., p. 3; C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 945.

⁵⁴ In tal senso, v. le ineccepibili argomentazioni di M. GAMBARELLA, *Considerazioni sulla «violazione di norme di legge» nel nuovo delitto di abuso d’ufficio (art. 323 c. p.)*, nota a Cass. Sez. II, 4.12.1997, Tosches, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2336 ss.

che sia questa la questione centrale, intorno alla quale per buona parte ruota il dibattito – non si può escludere dal novero delle norme di legge l’art. 97 Cost., che, oltre ad essere una norma di principio per quanto riguarda l’organizzazione dei pubblici uffici, contiene anche una precisa regola, che vieta ai funzionari pubblici di agire in modo non imparziale⁵⁵.

La giurisprudenza, dal canto suo, dopo la prima, netta affermazione della sentenza Tosches, confermata anche da alcune decisioni successive⁵⁶, è gradualmente ritornata sui suoi passi, sino a raggiungere posizioni che si possono considerare diametralmente opposte rispetto a quella originariamente espressa.

Un primo passo indietro, nella direzione di una più ampia applicazione dell’art. 323, è stato fatto ricorrendo alla figura della “violazione mediata” di leggi, quando vi sia il mancato rispetto di prescrizioni poste da fonte di grado inferiore alla legge, come nel caso del rilascio di concessione edilizia in difformità da quanto prescritto dal P.R.G. (caso spesso ricorrente e paradigmatico): considerando il piano regolatore come un presupposto di fatto per l’applicazione della legge, si è ritenuto che il rilascio della concessione violasse direttamente la legge urbanistica (oggi artt. 13 d. P. R. 6 giugno 2001, n. 380) e, perciò, integrasse abuso d’ufficio⁵⁷. E così in altri casi analoghi⁵⁸.

Ancor più importante il riconoscimento, da parte della giurisprudenza, del valore precettivo dell’art. 97 Cost.⁵⁹, considerato sì una norma a carattere programmatico

⁵⁵ La dottrina è profondamente divisa sul punto: a coloro che ritengono che la norma dell’art. 97 abbia un contenuto precettivo, direttamente rivolto ai singoli ed immediatamente applicabile (fra i molti, oltre agli Autori citati nella nota 48, v. S. SEMINARA, *Commento all’art. 323*, cit., p. 1075; M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell’abuso di ufficio*, cit., p. 905 ss.; anche A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso di ufficio*, cit., p. 22, e S. VINCIGUERRA, *Prime riflessioni*, cit., c. 375 ss., entrambi limitatamente alla regola dell’imparzialità della P. A.), si contrappongono le tesi di coloro che considerano la disposizione costituzionale come una norma di carattere organizzativo, la cui violazione non è suscettibile di fondare la punibilità ex art. 323 c. p.: fra i molti, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. P. s.*, 5^a ed., cit., p. 253; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 305; M. CATENACCI, *Abuso d’ufficio*, cit., p. 124; A. DI MARTINO, *Abuso d’ufficio*, cit., p. 249; C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 952; A. VALLINI, *L’abuso di ufficio*, cit., p. 283.

⁵⁶ Cass. pen. Sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 45261, in *CED Cass.*, n. 220935; Cass. pen., Sez. VI, 8 maggio 2003, n. 35108, in *CED Cass.*, n. 226706; Cass. pen., Sez. VI, sent. 11 ottobre 2005, n. 12769, in *CED Cass.*, n. 233730; Cass. pen. Sez. VI, 18 febbraio – 25 marzo 2009, n. 13097, in *CED Cass.*, n. 243577.

⁵⁷ Così già Cass. pen. Sez. VI, 16 ottobre 1998, n. 3090, in *Foro it.*, 2000, II, c. 140 ss., con nota di O DI GIOVINE, *Concessione edilizia illegittima e abuso d’ufficio. Una questione aperta*. V. anche M. GAMBARDELLA, *Abuso d’ufficio e concessione illegittima: il problema delle norme di legge a precetto generico o incompleto*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 186 ss; S. SEMINARA, *Commento all’art. 323*, cit., p. 1075; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 307.

⁵⁸ V. A. MANNA – G. SALCUNI, *Dalla “burocrazia difensiva” alla “difesa della burocrazia”?*, cit., p. 8. In genere, però, è escluso che la violazione degli accordi collettivi nazionali o dei bandi di concorso integri il reato: S. SEMINARA, *Commento all’art. 323*, cit., p. 1075.

⁵⁹ A partire da Cass. pen. Sez. VI, 12 febbraio 2008, n. 25162, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1025 ss., con nota di M. DE BELLIS, *Il principio di imparzialità nella pubblica amministrazione dettato dall’art. 97, comma 1, Cost. può avere efficacia precettiva ai fini del reato di abuso di ufficio*. Secondo la Cassazione, “l’imparzialità di cui parla l’art. 97 Cost. si traduce, nel suo nucleo essenziale, nel divieto di favoritismi, quindi nell’obbligo dell’amministrazione di trattare tutti i soggetti portatori di interessi tutelabili con la medesima misura. ... il principio di imparzialità finisce col realizzarsi attraverso strumenti diversi a seconda che venga calato

per quanto attiene alla organizzazione degli uffici pubblici, ma anche una regola di immediata applicazione per la parte in cui impone ai funzionari di rispettare la *par condicio civium*, cioè di trattare in modo uguale tutti destinatari dei suoi provvedimenti, senza operare disparità fra soggetti che si trovino nella stessa posizione. Tale indirizzo, definitivamente consolidato, ha consentito di qualificare come abuso penalmente rilevante le condotte di favoritismo, sfruttamento dell'ufficio e prevaricazione (che avessero determinato un vantaggio ingiusto o un danno ingiusto, intenzionalmente perseguito dal p. u.).

Infine, la Cassazione ha, se così si può dire, preso direttamente di mira, per "sterilizzarlo", il precedente orientamento volto a escludere la rilevanza penale delle condotte connotate da eccesso di potere: senza menzionare direttamente il vizio tipico dell'atto amministrativo, la Suprema Corte ha stabilito che si ha violazione di legge "sotto il profilo finalistico" quando il potere sia esercitato per scopi personali, cioè per un fine diverso da quello verso il quale il suo esercizio avrebbe dovuto essere indirizzato⁶⁰. Come ultimo approdo, le Sezioni Unite, nella sentenza Rossi, hanno poi deciso che "Per qualsivoglia pubblica funzione autoritativa⁶¹, in tanto può parlarsi di esercizio legittimo in quanto tale esercizio sia diretto a realizzare lo scopo pubblico in funzione del quale è attribuita la potestà, che del potere costituisce la condizione intrinseca di legalità. Secondo la giurisprudenza nettamente prevalente di questa Corte, si ha pertanto violazione di legge, rilevante a norma dell'art. 323 cod. pen., non solo quando la condotta di un qualsivoglia pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere (profilo della disciplina), ma anche quando difettino le condizioni funzionali che legittimano lo stesso esercizio del potere (profilo dell'attribuzione), ciò avendosi quando la condotta risulti volta alla sola realizzazione di

nell'attività della pubblica amministrazione ovvero nella sua organizzazione ... per quanto riguarda l'attività dell'amministrazione ... l'imparzialità amministrativa intesa come divieto di favoritismi ha i caratteri e i contenuti precettivi richiesti dall'art. 323, in quanto impone all'impiegato o al funzionario pubblico una vera e propria regola di comportamento di immediata applicazione". Conformi: Cass. pen. Sez. VI, 21 febbraio 2019, n. 22871, in *CED Cass.* 275985; Cass. pen. Sez. VI, 2 aprile 2015, n. 27816, in *CED Cass.* 263933. In precedenza, Cass. pen. Sez. VI, 25 settembre 2002, n. 31895, in *Cass. pen.*, 2003, p. 771, aveva ritenuto idoneo ad integrare la fattispecie dell'art. 323 il 3° comma dell'art. 97 ("Agli impieghi delle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso"), in quanto dotato di carattere precettivo, essendo norma immediatamente applicabile, senza ricorrere all'intermediazione della legge.

⁶⁰ Cass. pen. Sez. VI, 10 dicembre 2001, in *CED Cass.* 220649, che, dopo aver considerato che l'art. 323 c. p. ha voluto evitare che il giudice penale possa sindacare i comportamenti che rientrano nell'ambito di discrezionalità del p. u. valendosi del sindacato di eccesso di potere, afferma "La dizione 'violazione di norma di legge', insomma, se, nell'alludere alla tripartizione classica dei vizi dell'atto amministrativo, *pare* impedire la rilevanza ... del vizio di eccesso di potere, non circoscrive, però, al solo tenore letterale, logico o sistematico della disposizione di riferimento il contrasto tra quanto posto in essere e la legge. Sicché tale dizione *implica che la violazione possa riguardare anche l'elemento teleologico della norma e possa valutarsi anche sotto il profilo finalistico*" (corsivi nostri). Conformi Cass. pen. Sez. VI, 19 maggio 2004, n. 28389, in *CED Cass.*, n. 229594; Cass. pe. Sez. VI, 24 novembre 2006, n. 38965, in *Riv. pen.*, 2007, p. 390.

⁶¹ A conferma dell'opinione secondo cui i problemi dell'interpretazione della fattispecie di abuso di ufficio non si esauriscono nella rilevanza o meno dei *vizi tipici dell'atto amministrativo*, appare doveroso richiamare l'attenzione sul fatto che la sentenza che si cita si riferisce ad abusi commessi nell'esercizio della funzione giudiziaria.

un interesse collidente con quello per il quale il potere è conferito”⁶². Vengono così ricondotti nell’area dell’abuso sia l’eccesso di potere c. d. intrinseco (violazione dei limiti *interni* della discrezionalità), che si ha quando, per effetto di un cattivo bilanciamento degli interessi in gioco, si persegue un fine diverso da quello cui l’atto avrebbe dovuto essere diretto, sia l’eccesso di potere c. d. estrinseco (violazione dei limiti *esterni*), quando siano perseguiti addirittura interessi collidenti con quelli per il quale il potere è attribuito, oltre ogni possibile opzione commessa al p. u.⁶³.

A conclusione di questo esame, si può dire che, rispetto alla riforma del 1997, è stato completato un processo, in parte ad opera della dottrina, ma soprattutto ad opera della giurisprudenza, che ha oggettivamente condotto ad una riconversione della fattispecie incriminatrice, dalla quale escono pressoché completamente vanificate le dichiarate intenzioni del legislatore di allora. Nel luglio 2020, dunque, il Governo, perdurando né più né meno di prima la “paura della firma” e l’immobilismo dei funzionari pubblici, con la conseguente paralisi della pubblica amministrazione, si è ritrovato in una situazione identica a quella che nel 1997 aveva condotto alla riforma dell’abuso d’ufficio.

5. Il d. l. “semplificazioni” e l’ultima riforma dell’abuso d’ufficio.

Se le osservazioni svolte sin qui sono esatte, nel mettere nuovamente mano alla riscrittura dell’art. 323 si sarebbe dovuto tenere conto di quanto avvenuto e, magari, prendere in considerazione le proposte formulate da giuristi, dotati di competenza tecnica ed esperienza pratica, capaci di redigere in modo apprezzabile un così delicato testo di legge: penso, in particolare alle proposte della Commissione Morbidelli⁶⁴ ed a quelle della Commissione Castaldo-Naddeo⁶⁵, che qui non è il caso di esaminare, ma che meritavano certamente ben più attenta considerazione⁶⁶.

Il legislatore, invece, “frettoloso e maldestro”⁶⁷ ha fatto ricorso ad una tecnica normativa “rozza” e ad un lessico che “cozza con dati di realtà”⁶⁸,

La riforma si è concentrata esclusivamente sulla definizione della prima modalità della condotta (violazione di legge), lasciando immutata sia la descrizione della seconda

⁶² Cass. SS. UU., 29 settembre 2011, n. 155, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2410 ss..

⁶³ V. sul punto S. TORDINI CAGLI, [Il reato di abuso d’ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta](#), in *Penale. Diritto e procedura*, 25.2.2021, § 3.

⁶⁴ Sulla quale v. le considerazioni di A. PAGLIARO, *La nuova riforma dell’abuso d’ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1394 ss., e di 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. 1202 ss.

⁶⁵ Su di essa v. A. PERIN, [L’imputazione per abuso d’ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza](#), in *Leg. pen.*, 23.10.2020, p. 13 ss., ed Autori ivi citati.

⁶⁶ Su entrambe le proposte v. ampiamente A. MERLO, *L’abuso di ufficio tra legge e giudice*, cit., p. 110 ss. e 199 ss.

⁶⁷ Così A. MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., p. 84.

⁶⁸ Condivisibili queste valutazioni di G. INSOLERA, [Quod non fecerunt Barberini fecerunt barbari. A proposito dell’art. 23 del d. l. 16 luglio 2020, n. 76](#), in *disCrimen* 31.07.2020.

modalità (omettendo di astenersi), sia l'indicazione dell'evento di ingiusto vantaggio o ingiusto danno. Da ciò derivano due difetti: un eccessivo peso dato al disvalore d'azione nella struttura del reato⁶⁹ e, come si vedrà più avanti, una profonda irragionevolezza della disciplina complessiva dell'abuso d'ufficio.

Il legislatore ha come "raccolto e sfruttato" alcune delle suggestioni che la dottrina nel 1997 aveva proposto per confutare la tesi che la violazione di legge non potesse essere costituita dalla violazione dell'imparzialità di cui all'art. 97 Cost. Allora Grosso aveva scritto che "il legislatore ... avrebbe potuto usare una espressione più particolareggiata, in grado di escludere l'applicazione di norme a carattere generale quale quella contenuta nell'art. 97 Cost.: a questo scopo sarebbe stato forse sufficiente, ad esempio, che avesse parlato,, anziché genericamente di violazione di legge, di «specifica» violazione di legge"⁷⁰. Invece Manes aveva osservato che decisiva non era la natura precettiva o meramente programmatica dell'art. 97 Cost, ma piuttosto la distinzione tra "principi" e "regole"⁷¹.

E così è stato fatto: ne è risultata la scrittura "in violazione di *specifiche regole* di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità". Tutto il resto della fattispecie, come è noto, è rimasto immutato.

Ora – ci sembra –, considerazioni teoriche svolte dalla dottrina nell'ambito di una ricostruzione interpretativa non possono essere trasferite alla lettera in un testo di legge, né contribuiscono a renderlo più ragionevole e giusto.

5.1. Esclusione dei regolamenti.

Innanzitutto, eliminare il riferimento ai regolamenti quali fonte delle specifiche regole è profondamente contraddittorio e sbagliato dal punto di vista dell'obiettivo di politica criminale perseguito, perché è ben noto che la specificazione delle regole generali e la loro puntuale ed espressa descrizione avviene, nel maggior numero di casi, proprio attraverso i regolamenti, nei quali si trovano disposizioni più dettagliate che nelle leggi⁷². Giustamente si è messo in evidenza come non si possa tutelare il buon andamento della pubblica amministrazione "se si consente di violare impunemente, con dolo intenzionale di ingiusto profitto patrimoniale o di danno ingiusto, i regolamenti che le amministrazioni si danno"⁷³. Comunque, nonostante la sua irragionevolezza,

⁶⁹ Cfr. M. NADDEO, *La nuova struttura dell'art. 323*, cit., p. 10, il quale ricava da questo una "asimmetria" della intera fattispecie.

⁷⁰ C. F. GROSSO, *Condotte ed eventi*, cit., c. 334.

⁷¹ V. MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro it.*, 1998, II, c. 392.

⁷² Severo, sul punto, il giudizio di G.L. GATTA, *Da 'Spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., p. 6; v. anche A. MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., p. 78; perplesso sulla ragionevolezza dell'esclusione A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 7.

⁷³ G.L. GATTA, *Da 'Spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., p. 6.

Può essere interessante ricordare qui – per un confronto che ci sembra istruttivo, date numerose analogie sul piano della tecnica legislativa e delle intenzioni volte sostanzialmente a depenalizzare – che, con

questa scelta dei riformatori è sottratta al sindacato della Corte costituzionale⁷⁴, che non potrebbe aggiungere un'altra fonte a quelle attualmente indicate dall'art. 323, giacché si tratterebbe di una estensione della portata della norma incriminatrice, che non compete alla Corte.

5.2. Violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge.

A tale riguardo, è evidentemente del tutto superfluo menzionare espressamente gli atti aventi forza di legge accanto alla legge: questo ci pare un sicuro indice di approssimazione nella redazione del testo⁷⁵.

Quanto al nuovo requisito della violazione di specifiche⁷⁶ regole di condotta espressamente previste dalla legge, evidentemente esso mira ad escludere in modo definitivo che assuma rilevanza la violazione dell'art. 97 Cost. Se il risultato si considera raggiunto, si può essere d'accordo per quanto riguarda il "buon andamento" della pubblica amministrazione: in effetti, è troppo vago tale parametro perché il giudice penale possa apprezzare, senza entrare pesantemente proprio nel merito dei provvedimenti amministrativi, la contrarietà ad esso delle condotte dei funzionari pubblici⁷⁷.

Invece, del tutto assurda e contraria alla Costituzione sembra l'intenzione del legislatore di escludere la rilevanza penale di comportamenti non imparziali, cioè di favoritismi o prevaricazioni, intenzionalmente rivolti a conseguire un vantaggio

riferimento alla fattispecie di false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c. c., come disciplinati dal d. lgs 61/2002), anch'essa oggetto di un massiccio intervento di restrizione della punibilità, e anch'essa caratterizzata da dolo intenzionale (in quel caso di inganno nei confronti dei soci o del pubblico), S. SEMINARA, *False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 679, osservò che "... attraverso un'esasperazione della determinatezza del fatto tipico, si è proceduto alla creazione di fasce di irrilevanza penale pur riferibili a condotte intenzionalmente offensive degli interessi protetti", e considerò la soluzione "oltre che profondamente immorale, contrastante con le regole generali che finora hanno governato l'imputazione penale". Importantissima, in generale, l'indicazione metodologica di A. CRESPI, *Il falso in bilancio ed il pendolarismo delle coscienze*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 451, il quale, con riguardo a quella riforma, ammoniva che "muovere dagli errori, e financo dagli abusi, giudiziari per ritenere che le norme, se male interpretate o male applicate, o l'una e l'altra cosa insieme, devono essere tolte di mezzo, è la peggiore delle soluzioni". In quel caso, dopo tredici anni, la l. 27 maggio 2015, n. 69, ha riportato il "pendolo" della legislazione, sino a quel momento spostato verso un estremo della sua corsa, in una più giusta posizione centrale. Chi sa se questo avverrà anche per l'abuso di ufficio ...

⁷⁴ Lo sottolinea M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt*, cit., p. 145.

⁷⁵ Nient'affatto condivisibile la tesi di A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 7, secondo cui questa terminologia, in base al principio di tassatività, sarebbe capace di escludere le disposizioni della Costituzione e delle leggi costituzionali: al contrario, una legge ordinaria, per la gerarchia delle fonti, non può mai escludere l'applicabilità delle disposizioni costituzionali, di grado superiore.

⁷⁶ Secondo S. VINCIGUERRA, *Prime riflessioni*, cit., c. 373, tale qualifica riguarda non soltanto il contenuto delle regole, ma anche la loro pertinenza all'attività svolta in concreto dal p. u.

⁷⁷ Da condividere il giudizio espresso in tal senso da S. VINCIGUERRA, *Prime riflessioni*, cit., c. 376.

patrimoniale ingiusto o ad arrecare un danno ingiusto. Al riguardo, innanzitutto si potrebbe forse continuare a pensare che l'art. 97 contenga una espressa e specifica regola, che impone di non operare disparità di trattamento. Sino al 2019 la Cassazione – nel confutare le argomentazioni del ricorrente, secondo il quale “l'art. 97 Cost. non ha contenuto precettivo, essendo comunque decisivo ... ai fini della configurabilità del reato ... individuare la violazione di una *specific*a norma di legge o di regolamento *e non è sufficiente il riferimento a principi generali*” – pur riconoscendo che “il legislatore ha voluto [con la legge 234 del 1997] delimitare con più precisione la sfera dell'illecito, circoscrivendolo entro un ambito che non consentisse indebite interferenze nell'azione”, ha aggiunto che “solo in apparenza per tale via sono introdotti canoni di carattere generale, in quanto in realtà siffatte direttive contengono un immediato risvolto applicativo, imponendo ... l'imparzialità dell'azione, la quale non deve essere contrassegnata da profili di discriminazione”⁷⁸ (corsivo nostro). Sotto il profilo della individuazione di regole specifiche, allora, si potrebbe pensare che, anche dopo la riforma del 2020 e nonostante le intenzioni che hanno condotto ad essa, sia possibile fare riferimento all'art. 97 Cost. ed alle altre leggi che impongono ai pubblici funzionari di esercitare i loro poteri con imparzialità⁷⁹. Del resto, che la Costituzione contenga una regola specifica, di immediata applicazione si potrebbe ricavare anche dal fatto che il regolamento contenente il codice di comportamento dei dipendenti pubblici (d. P. R. 16 aprile 2013, n. 62), emanato in attuazione del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nello specificare, all'art. 3, quale sia il contenuto del dovere costituzionale di imparzialità, si limita a ribadire che “Nei rapporti con i destinatari dell'azione amministrativa il dipendente assicura la piena parità di trattamento a parità di condizioni, astenendosi, altresì, da azioni arbitrarie ... che comportino discriminazioni”: ci sembra che, con tale disposizione non vengano aggiunte ulteriori, specifiche regole, e non venga indicato niente di più di quanto sia già imposto dalla regola dell'imparzialità in se stessa. Si noti che il predetto art. 3 è intitolato “principi generali”, non “regole specifiche”: dunque la violazione di tale disposizione, se questa fosse contenuta in una legge, non sarebbe rilevante ex art. 323 c. p.? Ancora: la legge 7 agosto 1990, n. 241, all'art. 1 stabilisce che

⁷⁸ Cass. pen. Sez. VI, 21 febbraio 2019, n. 22871, in *CED Cass.* 275985: merita di essere letta la sentenza, che svolge una ben più ampia argomentazione con riguardo all'esercizio dei poteri pubblici all'interno dell'intero quadro costituzionale.

⁷⁹ Non escludono che la giurisprudenza mantenga tale orientamento anche dopo la riforma del 2020 M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt*, p. 162; A. MANNA – G. SALCUNI, *Dalla “burocrazia difensiva” alla “difesa della burocrazia*, cit., p. 5 ss.; G. AMATO, *Abuso d'ufficio meno azioni punibili: così la nuova riforma svuota il reato*, in *Guida dir.*, 8 agosto 2020, 34/35, p. 30 ss.; S. VINCIGUERRA, *Prime riflessioni*, cit., c. 376; G.L. GATTA, *Da ‘Spazza-corrotti’ a ‘basta paura’*, cit., p. 7.; diversamente G.L. GATTA, [Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis](#), in questa *Rivista*, 02.12.2020. Perplesso sul punto A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio*, cit., p. 18 ss. In senso contrario, invece, V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva*, cit., p. 10 ss., il quale, però, prospetta la possibilità che il canone costituzionale dell'imparzialità venga recuperato in relazione alle condotte di omessa astensione; N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 17, che si stupisce per la tenacia con cui si vuole riproporre il ricorso all'art. 97 Cost. come *bypass* per aggirare il paradigma della riconoscibilità del precetto. Dopo la riforma, Cass. pen. Sez. VI, ud. 9 dicembre 2020 (dep. 8 gennaio 2021), n. 442, in *CED Cass.*, p. 5, esclude genericamente la rilevanza dei principi generali, senza menzionare l'art. 97 Cost.

“l’attività amministrativa ... è retta da criteri di ... imparzialità”; e molte altre leggi pongono regole analoghe⁸⁰. Ma, come vedremo più avanti, ben altre difficoltà nascono al riguardo dalla previsione secondo cui da queste regole, anche se specifiche, non debbano residuare margini di discrezionalità.

5.3. Violazione “mediata” della legge.

Quanto, poi, alle c. d. “violazioni mediate” della legge, non è chiaro se sia rimasto per esse uno spazio di rilevanza; la posizione che la giurisprudenza assumerà dovrebbe dipendere dalla qualificazione di atti come, ad es., il P. R. G. quale fonte subprimaria o quale mero presupposto di fatto per l’applicazione della norma di legge: se li si considera nel primo senso, la violazione di tali disposizioni non assumerebbe rilevanza⁸¹, se, invece, nel secondo senso, allora, sempreché la legge che ad essi rinvia contenga regole specifiche ed espresse, la violazione “mediata” continuerebbe ad essere considerata punibile⁸².

5.4. Le regole “dalle quali non residuino margini di discrezionalità”.

Evidentemente, è questo il puntopiù delicato e più critico di tutta la riforma.

Ci sembra che l’unica interpretazione possibile dell’espressione “dalle quali non residuino margini di discrezionalità” sia quella per cui può esservi abuso⁸³ soltanto nel compimento di attività vincolata.

Al riguardo, è generalmente condiviso il giudizio secondo cui sarebbero davvero pochissimi i casi in cui dalla legge non residui proprio alcun margine di discrezionalità e l’intero esercizio della funzione sia totalmente predeterminato nelle forme e nel contenuto. Ma, soprattutto, in questo modo vengono puniti soltanto gli atti

⁸⁰ V., per un ampio elenco, le disposizioni indicate da S. SEMINARA, *Commento all’art. 323*, cit., p. 1075 ss. *Contra* N. PISANI, *La riforma dell’abuso d’ufficio*, cit., p. 12, il quale ritiene che, alla luce della l. 76/2020, l’art. 1 della l. 241/1990 non sia connotato dal carattere di specificità.

⁸¹ In tal senso si è espressa Cass. pen. Sez. VI, 9 dicembre 2020, cit., p. 5; in dottrina MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., p. 79; N. PISANI, *La riforma dell’abuso d’ufficio*, cit., p. 16; A. NISCO, *La riforma dell’abuso d’ufficio*, cit., p. 7.

⁸² Per adesso questo orientamento sembra prevalente: v. Cass. pen., Sez. III, 28 settembre 2020, n. 26834, in *CED Cass.*; Cass. pen. Sez. VI, 17 settembre 2020, n. 31873, in *CED Cass.* (il P. R.G. non è regolamento, ma presupposto di fatto per l’applicazione degli artt. 12 e 13 d. P. R. 380/2001). In dottrina M. NADDEO, *La nuova struttura dell’art. 323*, cit., p. 13-14; G.L. GATTA, *Riforma dell’abuso d’ufficio*, cit., p. 2-3; A. MANNA – G. SALCUNI, *Dalla “burocrazia difensiva” alla “difesa della burocrazia”?*, cit., p. 8-9.

⁸³ Condivisibile l’osservazione di M. NADDEO, *La nuova struttura dell’art. 323*, cit., p. 11, secondo cui “si fa fatica – già da un punto di vista semantico – a considerare abuso” l’inosservanza di un dovere vincolato; infatti, secondo T. PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., p. 124, “essendo la rilevanza penale circoscritta ad una violazione di legge tassativa e priva di qualsiasi margine di discrezionalità, è evidente che l’agente pubblico realizza la fattispecie quando ometta di eseguire l’attività prescritta e vincolata” (corsivo nel testo).

meramente esecutivi, quelli connotati da un disvalore bagatellare, lasciando fuori dalla sfera dell'illecito le violazioni più gravi⁸⁴.

Se, invece, la regola violata attribuiva un potere discrezionale (non sembra che si possa distinguere fra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa⁸⁵), il fatto di causare intenzionalmente un risultato ingiusto, di vantaggio o di danno, non costituisce più reato.

La premessa da cui si è mosso il legislatore è che le indebite intromissioni del giudice penale riguardassero proprio la valutazione su quale sia l'uso corretto del potere, individuando (il giudice) quali siano gli scopi "giusti" cui doveva essere rivolta l'azione amministrativa. Ed al riguardo non possono non condividersi le osservazioni di chi, nell'ottica di una analisi della funzione pubblica, osserva che questa, nel perseguire il buon andamento, si muove "alla ricerca" di quali siano le modalità più confacenti ed i passaggi intermedi (scopi) più opportuni per soddisfare l'interesse pubblico con efficacia ed economicità⁸⁶. Condivisibile è anche la considerazione secondo cui il giudizio sulla legittimità è più elastico di quello sulla illiceità, che, al contrario, risponde alle esigenze di certezza proprie del giudizio penale⁸⁷.

Ora, che pubblici ministeri o giudici si siano arrogati il diritto – talvolta persino in mala fede, non può escludersi – di stabilire quale dovesse essere la buona amministrazione, quali i fini da perseguire, questo appare vero. Il punto è che, nel fare questo, essi hanno abusato del loro potere, che non doveva spingersi a sindacare quello che, principalmente, riguarda il merito amministrativo; essi, al contrario, avrebbero soltanto dovuto accertare – oltre ogni dubbio – che l'esercizio della funzione pubblica fosse stato *strumentalizzato* dal p. u. per rivolgerlo *intenzionalmente* verso uno scopo privato; dunque, in casi del genere, la soddisfazione dell'interesse pubblico, per quanto problematica o incerta potesse essere la sua individuazione, era fuori questione. Perché – si noti – qualora, invece, il p. u. avesse soltanto *affiancato* un interesse personale al perseguimento dell'interesse pubblico, *primariamente* preso di mira (comunque egli lo avesse inteso), il fatto non poteva essere giudicato illecito ai sensi dell'art. 323 c. p.⁸⁸.

⁸⁴ T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 9; N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 13; M. NADDEO, *La nuova struttura dell'art. 323*, cit., p. 12.

⁸⁵ G.L. GATTA, *Da 'Spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., p. 9, ritiene ragionevole escludere la responsabilità nel caso di discrezionalità politica, che riguarda scelte di indirizzo (posizione che ci sembra condivisibile per atti del Parlamento e del Governo, meno se riferita a qualsiasi funzionario elettivo, come ad es. il Sindaco, la cui attività è più rigorosamente orientata dalle leggi); sulla discrezionalità tecnica ed amministrativa v. A. MANNA – G. SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"?*, cit., p. 10; M. GAMBARELLA, *Simul stabunt*, cit., p. 143.

⁸⁶ A. MERLO, *L'abuso di ufficio*, cit., p. 73 ss.

⁸⁷ A. TESAURO, *La riforma dell'art. 323*, cit., c. 267 ss.

⁸⁸ Così, ad es., correttamente Cass. pen. Sez. VI, 2 agosto 2000, n. 8745, in *CED Cass.* n. 217558, ha escluso il reato, per l'insussistenza del dolo intenzionale, nel caso di un rettore universitario che, pur consapevole del blocco delle assunzioni disposto dalla legge 38/1980 ed in violazione di essa, aveva assunto personale, avendo la Corte ha ritenuto che l'intenzione del rettore fosse rivolta direttamente a garantire il funzionamento degli uffici amministrativi dell'Università, e non ad assicurare agli assunti un ingiusto vantaggio patrimoniale, oggetto quest'ultimo di semplice dolo diretto.

Se l'accertamento di queste finalità in vista delle quali agisce il p. u. è molto delicato⁸⁹, ciò non può essere una ragione per stravolgere la struttura della fattispecie incriminatrice, non diversamente da quanto non possa esserlo rinunciare da una incriminazione a titolo di dolo eventuale, per quanto difficile sia distinguere quest'ultimo dalla colpa con previsione dell'evento.

Ora, se si giudica bene, si deve ritenere che vi sia abuso di ufficio soltanto quando l'atto di esercizio della funzione pubblica, in violazione della legge, sia primariamente rivolto alla realizzazione di uno scopo privato del p. u., di vantaggio o danno ingiusti, con una strumentalizzazione del potere pubblico, necessariamente incompatibile con gli scopi per cui il potere è assegnato. In entrambi questi casi si è al di fuori della discrezionalità (amministrativa o giudiziaria⁹⁰), la quale è tale in quanto rivolta alla realizzazione di uno scopo pubblico, comunque questo sia individuato.

Né si può dire che, dal momento che il p. u. viene punito essenzialmente perché ha preso di mira un interesse che egli considerava ingiusto, allora la punibilità sarebbe fondata soltanto sul mero disvalore soggettivo, che non sembra meritare l'intervento penale, e che, in questo modo, vi sarebbe il rischio di un "processo alle intenzioni"⁹¹: al contrario, bisogna ricordare, da un lato, che la strumentalizzazione del potere verso uno scopo privato si riversa sulla connotazione oggettiva del fatto in termini di tipicità⁹² e, dall'altro, che il fatto tipico esige comunque, anche oggi, che non soltanto sia stato preso di mira, ma anche che sia stato *effettivamente conseguito* un risultato ingiusto (evento), altrimenti il reato non sussiste, ancor prima che sotto il profilo soggettivo, già a monte, nel suo aspetto oggettivo.

Si può capire che il legislatore, nel riformare ancora una volta l'art. 323, intendesse stabilire che non è meritevole di pena il p. u., quando si trova a (dovere) esercitare un potere (giudiziario o amministrativo) in condizioni tali che, affinché egli possa meglio ponderare i differenti interessi in gioco, gli siano consentiti spazi di discrezionalità, per permettergli di stabilire come realizzare meglio l'interesse pubblico finale, la cui soddisfazione gli è affidata: si sa, infatti, che spesso, per lo stesso p.u. non è del tutto chiaro e prevedibile cosa sia esattamente giusto fare e cosa no. Ma la situazione appena prospettata è incompatibile logicamente con il fatto che il p. u. intenzionalmente miri ad un risultato *che egli sa essere ingiusto*, dato che – secondo il requisito di fattispecie – esso è l'oggetto di un *dolo intenzionale*, che ricopre sia l'evento in sé sia il carattere dell'ingiustizia. Non c'è alcuna logica nella descrizione della fattispecie, perché si vorrebbe prevedere un "abuso non abuso": un comportamento, non punibile perché

⁸⁹ Come sottolinea S. SEMINARA, *Commento all'art. 323*, cit., p. 1080; l'accertamento è considerato incerto ed aleatorio da A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 261.

⁹⁰ Non sembra, invece, che un atto di esercizio della funzione legislativa sia punibile ai sensi dell'art. 323 c. p., perché, tale articolo richiede che il reato di abuso sia commesso "nell'esercizio della funzione", e gli atti tipici di esercizio della funzione legislativa sono coperti dalla immunità prevista dall'art. 68, 1° comma, Cost. Secondo C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 927, l'abuso potrebbe essere commesso anche dai parlamentari, sebbene questi siano portatori di scelte politiche, che non possono formare oggetto di indagine del giudice.

⁹¹ Come ritiene A. MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., p. 83.

⁹² Come riconosce lo stesso A. MERLO, *L'abuso di ufficio*, cit., p. 60 ss.

carente di illiceità sotto il profilo della violazione di una regola che attribuisce discrezionalità, il quale, però, essendo intenzionalmente rivolto ad uno scopo privato, e determinando un evento ingiusto, necessariamente integra una consapevole strumentalizzazione della funzione (cioè un abuso). Non si riesce neppure a pensare bene un tale fatto tipico, intrinsecamente contraddittorio⁹³.

Nel recente passato, sotto il regime dell'abuso dettato nel 1997, la Cassazione aveva ritenuto integrato un abuso non soltanto quando la condotta di un qualsivoglia pubblico ufficiale fosse "svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere (profilo della disciplina), ma anche quando difettino le condizioni funzionali che legittimano lo stesso esercizio del potere (profilo dell'attribuzione), ciò avendosi quando la condotta risulti volta alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è conferito"⁹⁴: in tal modo essa aveva ricondotto nell'area dell'abuso sia l'eccesso di potere c. d. intrinseco (per violazione dei limiti *interni* della discrezionalità), che si ha quando, per effetto di un cattivo bilanciamento degli interessi in gioco, si persegue un fine diverso da quello cui l'atto avrebbe dovuto essere diretto, sia l'eccesso di potere c. d. estrinseco (per violazione dei limiti *esterni*), quando siano perseguiti addirittura interessi collidenti con quelli per i quali il potere è attribuito, oltre ogni possibile opzione commessa al p. u. Oggi, invece, con la nuova formulazione dell'art. 323, parte della dottrina e la giurisprudenza hanno dovuto necessariamente prendere atto che il reato è escluso sinché oggettivamente il p. u. si muove all'interno di spazi consentiti di discrezionalità (seppure agendo con eccesso di potere intrinseco per violazione dei limiti interni); tuttavia, per non confinare verso una totale assurdità la disciplina dell'abuso di ufficio, ritengono che esso sia pur sempre punibile in caso di eccesso di potere estrinseco, per violazione di legge, quando il fine perseguito dal p. u. sia oggettivamente collidente con quello che doveva essere perseguito e rimanga al di fuori di ogni possibile opzione consentitagli⁹⁵.

Questa ricostruzione, che, come si è appena detto, vorrebbe comprensibilmente recuperare qualche spazio di ragionevolezza al delitto, non sembra, però, compatibile con la nuova formulazione dell'art. 323: in quest'ultimo caso (di interesse oggettivamente collidente con quello pubblico) quale sarebbe la *regola specifica*, espressamente prevista dalla legge e *dalla quale non residuino margini di discrezionalità*, che sarebbe violata? Forse l'unica possibilità rimanente sarebbe quella di "ripescare" ancora una volta l'art. 97 Cost. e la violazione della regola dell'imparzialità, ma sembra davvero azzardato⁹⁶ sostenere che dalla regola di parità di trattamento fissata dalla Costituzione

⁹³ Severissimo il giudizio di T. PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., p. 121, che parla di obiettivo politico-criminale "delirante" (nel senso etimologico di fuori dal solco tracciato) e (ID., *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 7-8) di *amentia legis* di un intervento legislativo ispirato ad una sorta di "follia".

⁹⁴ Cass. SS. UU., 29 settembre 2011, n. 155, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2410 ss.

⁹⁵ V., in tal senso, S. TORDINI CAGLI, *Il reato di abuso d'ufficio*, cit., § 3; 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*, 10.8.2020, p. 3-4; N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 13-14; prospetta questo orientamento come possibile V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva*, cit., p. 11-12.

⁹⁶ Contrari, oggi, alla possibilità di considerare integrato un abuso per violazione dell'art. 97 Cost. G. INSOLERA, *Quod non fecerunt Barberini*, cit., p. 3; N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 6; V.

non residui alcun margine di discrezionalità. Del resto, anche a volere accettare questa linea interpretativa, non si capirebbe neppure perché distinguere fra violazione dei limiti interni della discrezionalità (non punibile) e violazione dei limiti esterni (punibile): dovendosi desumere dalla tipizzazione del dolo intenzionale di evento ingiusto che in entrambi i casi il p. u. è *consapevole* di perseguire un fine contrario alla legge; in entrambi i casi egli metterebbe in atto comunque una distorsione funzionale del potere rispetto ai fini pubblici, prendendo di mira uno scopo privato e ingiusto⁹⁷; e non si capisce perché soltanto nel secondo caso egli dovrebbe meritare la pena per il reato e, invece, nel primo no.

5.5. *Le fattispecie “in sostituzione” del depauperato abuso d’ufficio.*

La dottrina, prevalentemente critica nei confronti della riforma, ha però sottolineato che i guasti provocati dalla drastica e sconsiderata amputazione dell’art. 323 sono in parte limitati dal fatto che l’intervento riformatore, proprio ed anche per la sua grossolanità, ha incoerentemente mantenuto in vita la seconda parte della stessa disposizione che, insieme ad altri articoli del codice penale “copre” i vuoti lasciati dal ridimensionamento subito dalla fattispecie di abuso. Sembra che il legislatore, curandosi di intervenire esclusivamente su quella modalità di condotta tipica da cui riteneva che derivassero tutti i problemi e le “paure” per i pubblici amministratori, non si sia accorto del fatto che, lasciando del tutto immutata la seconda modalità della condotta tipica di abuso (“omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un proprio congiunto o negli altri casi prescritti”), egli ha mantenuto la punibilità di molte condotte affaristiche di sfruttamento e di favoritismo, corrispondenti al vecchio interesse privato in atti d’ufficio⁹⁸ (e anche di qualche condotta prevaricatrice, dalla quale il p. u. tragga il soddisfacimento di un suo interesse).

Questa sopravvivenza determina una vistosissima asimmetria nella fattispecie dell’art. 323: tanto ristretti (quasi inesistenti) sono i margini di applicazione della prima modalità di condotta, quanto ampi ed evanescenti sono quelli della seconda modalità; in relazione a quest’ultima, infatti, è prevalente in giurisprudenza l’interpretazione per cui l’obbligo di astensione del p. u. possa derivare anche da fonti di grado inferiore alla

VALENTINI, *Burocrazia difensiva*, cit., p. 10; M. NADDEO, *La nuova struttura dell’art. 323*, cit., p. 23; G.L. GATTA, *Riforma dell’abuso d’ufficio*, cit., p. 3. In giurisprudenza, genericamente, Cass. pen. Sez. VI, ud. 9 dicembre 2020, n. 442, cit., p. 6.

⁹⁷ Osserviamo che, rispetto al requisito della ingiustizia, è ben più garantista e rispettosa del principio di offensività la concezione della “doppia ingiustizia”, la quale non fa dipendere interamente ed esclusivamente il disvalore del fatto dalla violazione della regola di condotta (rispetto alla quale il p. u. avrebbe anche potuto agire in buona fede o, comunque, in condizioni di incertezza oggettiva e soggettiva), ma esige un’ulteriore contrarietà oggettiva del risultato/evento rispetto ad un’altra norma dell’ordinamento giuridico: il tal modo, è ben più ampiamente possibile escludere l’esistenza del reato, se l’accertamento non “regge” a questa ulteriore verifica sul disvalore oggettivo.

⁹⁸ “Di funerea memoria” secondo T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 13.

legge⁹⁹, dato che, altrimenti, tale obbligo sarebbe già ricompreso nella prima modalità di condotta, regolata, appunto da leggi (e, prima, da regolamenti). Inoltre, l'astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto¹⁰⁰ costituisce una attività connotata necessariamente da discrezionalità, poiché, se si trattasse di attività rigidamente vincolata (quella prevista dalla prima modalità di condotta) sarebbe del tutto assurdo che il p. a. dovesse astenersi¹⁰¹: ritornerebbe in gioco (in assenza del limite della violazione di regole specifiche, posto soltanto per la prima modalità di condotta) l'art. 97 Cost.¹⁰², come regola che impone l'imparzialità, cioè, in questo caso, di non dare preferenza ad un interesse proprio¹⁰³. Infine, l'inciso "e negli altri casi prescritti", variamente interpretato dalla dottrina¹⁰⁴, potrebbe spalancare ancor di più le porte a non ben prevedibili spazi di punibilità. È opinione comune, quindi, che la giurisprudenza farà certamente ricorso a questa parte dell'art. 323 per intercettare i comportamenti che procurino al p. u. (forse anche indirettamente) un ingiusto vantaggio patrimoniale.

Per tali ultimi fatti, in ogni modo, ritorna in gioco anche la fattispecie dell'ex peculato per distrazione, prevalentemente ritenuto, sino al 2020, punibile a titolo di abuso di ufficio¹⁰⁵: adesso, invece, ogni volta che la cosa mobile, di cui il p.a. abbia il possesso per ragione del suo ufficio o servizio, sia distratta verso finalità private, tale condotta rientrerà, come per la verità già da tempo riteneva parte della dottrina e della

⁹⁹ Dopo la riforma del 2020 Cass. Sez. fer., 17 novembre 2020, n. 32174, ne *Il Penalista*, 11.12.2020, con commento di B. ROMANO, *La prima pronuncia della Cassazione sul "nuovo" abuso d'ufficio e l'abolito crimine parziale*. In dottrina M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 308; M. GAMBARDILLA, *Simul stabunt*, cit., p. 151. *Contra* S. SEMINARA, *Commento all'art. 323*, cit., p. 1077, il quale, pur riconoscendo che limitando il rinvio alla legge o al regolamento si rende superflua la previsione degli "altri casi prescritti", ritiene tale interpretazione restrittiva imposta dal principio di legalità.

¹⁰⁰ T. PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., p. 127, ritiene che potrebbero farsi rientrare nell'interesse proprio ("nozione vasta, molto comprensiva, duttile": ID., *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 13) del p. a. anche casi i cui venga avvantaggiato qualcun altro, qualora il funzionario si riprometta di ricavare da ciò un interesse personale.

¹⁰¹ T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 10, fa notare che sarebbe assurdo imporre ad un amministratore di non rilasciare ad un parente un atto che la legge gli impone di rilasciare a chiunque altro, che si trovi nelle stesse condizioni.

¹⁰² Come prevede V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva*, cit., p. 12; similmente G.L. GATTA, *Da 'Spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., p. 9-10, valorizzando la locuzione "negli altri casi prescritti".

¹⁰³ In tal senso M. NADDEO, *La nuova struttura dell'art. 323*, cit., p. 17.

¹⁰⁴ Come rinvio alle sole norme di legge o di regolamento v. M. CATENACCI, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 125 ss.; invece, come riferimento a qualsiasi prescrizione giuridica A. PAGLIARO, *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 1400.

¹⁰⁵ V., per tutti, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. P. s.*, 5 ed., cit., p. 188 ss., che ritengono preferibile ricondurre all'abuso d'ufficio anche i fatti di distrazione a profitto proprio, giudicando questa posizione più conforme alla scelta legislativa operata dalla legge n. 86 del 1990.

giurisprudenza¹⁰⁶, tra i fatti di peculato per appropriazione¹⁰⁷, peraltro puniti ben più severamente dell'abuso di ufficio (reclusione da quattro anni a dieci anni e sei mesi, con possibilità che sia disposta la custodia cautelare in carcere e l'esclusione dai benefici per il detenuto, ai sensi dell'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario).

In diversi casi, poi, il p. a. che non sia intervenuto in presenza di una specifica regola di condotta vincolata che gli imponeva di agire, senza lasciare spazio a discrezionalità, potrà ancora essere chiamato a rispondere, per tale condotta sostanzialmente omissiva, ai sensi dell'art. 323 per abuso d'ufficio, anche se, non essendo rilevanti le prescrizioni dei regolamenti, è difficile che possano trovarsi nella legge indicazioni specifiche e tassative che impongano una precisa condotta attiva. In ogni modo, potranno emergere problemi di coordinamento con la fattispecie di rifiuto di atti d'ufficio ex art. 328, 1° comma, c. p.: quest'ultima disposizione normalmente dovrebbe prevalere, in quanto speciale rispetto all'art. 323, anche se le sanzioni previste dalla norma che più specificamente intercetta il disvalore del fatto (l'art. 328) saranno meno severe di quelle previste dalla norma generale dell'art. 323 c. p.¹⁰⁸.

Uno spazio certamente inadeguato, invece, rimane per punire, ai sensi della seconda modalità di condotta, fatti, anche gravi, di abuso, commessi per arrecare un danno ingiusto e costituenti odiose prevaricazioni, che non frequentemente potranno derivare da astensioni e che non sembra facile ricondurre ad altre ipotesi di reato, salvi i gravissimi fatti di concussione. Questa conseguenza della riforma può sicuramente essere ritenuta la più paradossale, assurda ed ingiusta: il reato di abuso di ufficio era nato, nei codici penali liberali ottocenteschi ed in molti codici preunitari, precisamente per punire gli atti arbitrari dei pubblici ufficiali, che avessero recato pregiudizio ai diritti dei cittadini¹⁰⁹. Dal luglio 2020, in Italia, invece, tali fatti restano impuniti, se commessi nell'esercizio di una pubblica funzione giudiziaria o amministrativa o nello svolgimento di un pubblico servizio, qualora sia stata violata una norma di legge che preveda un margine qualsiasi di discrezionalità. Così, ad esempio, il giudice che, per inimicizia e non per venalità (fuori, quindi dal caso di corruzione in atti giudiziari ex art. 319-ter, che, qualora dal fatto derivi una ingiusta condanna prevede la reclusione fino a venti anni)

¹⁰⁶ Così A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la pubblica amministrazione*, 7ª ed., Milano, 1995, p. 34 ss., limitatamente alle ipotesi di distrazione a profitto privato; a conclusioni sostanzialmente uguali, sebbene con argomenti differenti, giungeva M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Art. 314-335-bis cod. pen. Commentario sistematico*, 2ª ed., Milano, 2006, p. 32 ss. Cass. pen., Sez. VI, 4 giugno 1997 (dep. 8 giugno 1998) n. 6753, in *CED Cass.*, n. 211012; Cass. pen. Sez. VI, 22 gennaio 2007, n. 130, in *CED Cass.*, n. 236146.

¹⁰⁷ Dopo la riforma del 2020 T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 12, prevede il ritorno dell'ex peculato per distrazione nell'ambito dell'art. 314 c. p. Non vi sono argomenti, invece, per ritenere che, dopo la riforma, tali fatti integrino il peculato d'uso, ex art. 314, 2° comma, come, invece, sostiene V. M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt*, cit., p. 153.

¹⁰⁸ Come nota T. PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., p. 123 ss., che evidenzia l'incongruenza di questa asimmetria.

¹⁰⁹ V. M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt*, cit., p. 157; secondo A. MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., p. 85, il nuovo art. 323, smarrendo il legame genetico con i codici penali liberali ottocenteschi, ha completamente trascurato la tutela del privato contro gli abusi di potere da parte dei funzionari pubblici, che sarebbe stata "l'unica ragione per la quale la fattispecie avrebbe meritato di sopravvivere".

condanni un imputato, della cui innocenza egli è pienamente convinto, in base ad una intenzionalmente falsata valutazione dei fatti, giudicando nell'ambito della discrezionalità che la legge gli attribuisce, non potrà rispondere di abuso di ufficio, né di altro reato!

6. Era meglio abrogare l'art. 323?

A seguito di un così radicale stravolgimento della fisionomia propria¹¹⁰ dell'abuso di ufficio, la dottrina si è chiesta se non sarebbe stato più coerente o più opportuno abrogare del tutto l'art. 323, lasciando la punibilità degli abusi commessi dai pubblici agenti alle altre disposizioni, che prevedono i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione: tali norme, come si è appena visto, potrebbero fornire in molti casi una tutela – sembra, però, non del tutto adeguata – ai beni giuridici del buon andamento e della imparzialità della P. A.

Al riguardo si possono registrare opinioni differenti, ma molte sono essenzialmente concordi su un punto: la vera intenzione del legislatore era quella di giungere ad una sostanziale abolizione del delitto di abuso di ufficio¹¹¹, “sterilizzando” la norma che lo prevede e mantenendo la punibilità dei fatti meno gravi, pressoché insignificanti dal punto di vista politico-criminale.

Per il resto, alcuni ritengono che il legislatore avrebbe dovuto portare a compimento la riforma ed avere il coraggio di eliminare del tutto la fattispecie di abuso, “specie con riferimento alla sua versione ‘affaristica’”, senza temere che da ciò derivassero vuoti di tutela rispetto ai beni del buon andamento e della imparzialità¹¹².

Altri, analogamente, pensano che, ridotto ad una infrazione di regole soltanto formali, il reato perda la sua ragion d'essere e che, tuttavia, non essendo possibile una puntuale descrizione dell'uso distorto della discrezionalità, che dell'abuso è l'aspetto sostanziale, sia meglio regolare con strumenti diversi dal diritto penale i fenomeni sottesi all'abuso¹¹³, traendo spunto, in questa direzione, dalla sentenza n. 447 del 1998 della Corte costituzionale, secondo cui, appunto, “Le esigenze costituzionali di tutela non si

¹¹⁰ Di dimensione “«ontologica», sia pure in senso giuridico” parla T. PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., p. 122, con riferimento alla nozione di abuso di potere come sviamento del potere al perseguimento di una finalità privata. Analogamente M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt*, cit., p. 163, considera “nella natura delle cose” il binomio costituito da abuso d'ufficio e sindacato sul cattivo uso della discrezionalità amministrativa, come indica il titolo dell'opera citata: “*simul stabunt vel simul cadent*”.

¹¹¹ T. PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., p. 125; secondo M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt*, cit., p. 159, l'intento della riforma era quello di “neutralizzare” l'ambito applicativo dell'art. 323, col rischio di una sua sostanziale abrogazione.

¹¹² A. MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., p. 85; non diversamente B. ROMANO, *Il “nuovo” abuso di ufficio e l'abolito criminis parziale*, in *Penale. Diritto e procedura*, 1/2021, p. 114, il quale considera già coraggioso il legislatore con l'innovazione apportata e ritiene che non gli si possa chiedere di essere “eroico” sino al punto di abrogare l'art. 323.

¹¹³ Così, prima della riforma, 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 ss. Oggi è favorevole all'abrogazione, per le ragioni indicate nel testo, A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 12.

esauriscono nella (eventuale) tutela penale, ben potendo invece essere soddisfatte con diverse forme di precetti e di sanzioni”, secondo l’aprezzamento discrezionale del legislatore, quando questi ritenga assenti o insufficienti o inadeguati mezzi diversi dal ricorso al diritto penale.

Ma vi sono anche posizioni differenti, che, pur non disconoscendo gli argomenti a favore dell’abolizione del reato, ritengono che l’abrogazione dell’art. 323 lascerebbe sguarnita di adeguata tutela settori sensibili dell’agire della P. A., come ad esempio la materia degli appalti o quella giudiziaria, ricordando che, per quest’ultima, “l’abuso d’ufficio è l’unica fattispecie in grado di reprimere comportamenti prevaricatori dei pubblici poteri a scapito delle ragioni del cittadino”¹¹⁴.

Vi è, poi, chi riteneva (prima dell’emanazione della legge 11 settembre 2020, n. 120, di conversione del d. l. 76 del 2020) che sarebbe stato meglio ricorrere ad una legge di interpretazione autentica, riferita alla formulazione dell’abuso di ufficio del 1997, in modo da escludere il riferimento all’art. 97 Cost. per individuare la condotta punibile¹¹⁵.

Una terza via tra l’abolire e il riformare era indicata da chi, prima della riforma del 2020, aveva ritenuto sconsigliabile procedere ad una modifica dell’art. 323, considerando che la magistratura avrebbe potuto tradire anche il nuovo testo con letture a carattere manipolativo. D’altra parte, si osservava che, nel caso di una abrogazione secca, la magistratura avrebbe comunque potuto riempire il vuoto lasciato dal reato abolito attraverso reinterpretazioni in chiave estensiva di altre fattispecie più gravi. Alla luce di tali preoccupazioni, la soluzione dei problemi, la terza via, veniva intravista attraverso un mutamento, in senso democratico liberale, della cultura dei giudici ed un più efficace funzionamento della pubblica amministrazione: condizioni, però, ritenute difficili da raggiungere¹¹⁶.

Volendo esprimere un giudizio sulla eventualità di abrogare l’art. 323, vien fatto, per prima cosa, di notare come anche su questo punto, come su tutti gli altri, si ha la fortissima impressione di essere davanti ad un *déjà vu*: nei giorni 11 e 12 ottobre 1996 si tenne a Torino un convegno sul tema “Abuso d’ufficio: conservare, sopprimere, modificare?” ed anche allora si posero le questioni di fronte alle quali ci ritroviamo ancora oggi¹¹⁷. Infatti, il 16 maggio 1996 era stata presentata alla Camera la proposta di legge Novelli (C 924) nella quale si suggeriva di abrogare *tout court* l’art. 323; e le relazioni straniere presentate a quel convegno mostrarono che in Francia e Germania non esisteva un reato come il nostro abuso d’ufficio. Oggi, con riferimento agli Stati Uniti, si è osservato che lì *l’abuse of power* è punito soltanto se provoca un danno

¹¹⁴ A. MANNA – G. SALCUNI, *Dalla “burocrazia difensiva” alla “difesa della burocrazia”?*, cit., p. 16 ss. [il testo è condiviso dagli Autori, la paternità della parte qui citata è da attribuire ad A. Manna] suggeriscono, in prospettiva di riforma, di valorizzare il criterio del conflitto d’interessi, di origine civilistica; così già A. MANNA, *Abuso d’ufficio e conflitto d’interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, p. 173 ss.

¹¹⁵ Così G. INSOLERA, *Quod non fecerunt Barberini*, cit., p. 3; concorda con la proposta S. TORDINI CAGLI, *Il reato di abuso d’ufficio*, cit., § 6.

¹¹⁶ Così G. FIANDACA – A. MERLO, *Riformare, abolire? C’è una terza via per il reato fantasmatico dell’abuso d’ufficio*, ne *Il Foglio*, 24 giugno 2020.

¹¹⁷ Di quel convegno, qui si può dare notizia indiretta, attraverso le citazioni fatte da A. PAGLIARO, *Contributo al dibattito sull’abuso d’ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1 ss.

patrimoniale di un certo ammontare e che la norma penale non vieta semplici comportamenti disonesti animati da scopi politici, i quali non sono dotati di rilevanza penale, ma sono rimessi esclusivamente al giudizio degli elettori¹¹⁸. Nelle considerazioni comparatistiche, però, si deve tenere conto non soltanto delle disposizioni penali, in se stesse considerate, ma dell'intero sistema giuridico di un paese, inquadrandolo nel suo contesto storico, sociale e culturale. Così, per la Francia e la Germania, Pagliaro notò che in quei paesi vi è una tradizione di efficienza della pubblica amministrazione di gran lunga superiore a quella italiana e che le pesanti sanzioni disciplinari vengono regolarmente applicate, il che può giustificare l'assenza di una fattispecie di abuso d'ufficio¹¹⁹. Riguardo agli Stati Uniti, invece, se la rilevanza penale è limitata, in questo campo, a fatti connotati da disvalore patrimoniale, è, però, fortissimo (forse sin troppo e di tipo moralistico) il controllo mass-mediatico, sociale e politico, che sa essere spietato nei riguardi di soggetti ritenuti non affidabili, con effetti di prevenzione generale allargata ben più forti di quelli che, in Italia, riescono ad ottenere le pur severe norme penali (quando queste non vengono modificate, magari *ad personam*, soprattutto nel caso di crimini dei colletti bianchi). Coticché, in sostanza, non pare che da questi confronti si possano trarre indicazioni, relative al nostro sistema penale, che orientino verso la abolizione della fattispecie di abuso di ufficio.

Come si vede, molti e molto diversi sono gli orientamenti espressi sulla opportunità di abolire completamente il delitto che stiamo esaminando. Alla luce di tutti i dati e gli argomenti sin qui presi in considerazione, sembra giunto il momento di trarre le conclusioni sulla questione dell'abrogazione e, più in generale, sulla riforma del 2020.

7. La tutela penale dell'imparzialità nell'esercizio delle funzioni pubbliche. Conclusioni.

Le ragioni che hanno condotto all'ultima riforma dell'art. 323, come si è visto, sono esattamente le stesse che portarono alla riforma del 1997: evitare indebite ed eccessive ingerenze dei giudici penali nell'ambito dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione. Alla riformulazione di allora seguì una riconversione ermeneutica da parte della dottrina e della giurisprudenza coticché, alla fine, si era tornati ad una situazione che può dirsi pressoché identica a quella anteriore al 1997. Il Governo, oggi, ha pensato di insistere sulla linea tracciata dal legislatore più di venti

¹¹⁸ V., sul punto, le valutazioni di M.C. UBIALI, [Abuso di potere dei pubblici funzionari e sindacato del giudice penale: un'importante sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sui principi di legalità e di separazione dei poteri](#), nota a *Supreme Court of US, Kelly v. United States*, 7 maggio 2020, n. 18-1059, in questa *Rivista*, 17 giugno 2020. V. anche A. MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., p. 86.

¹¹⁹ A. MERLO, *L'abuso di ufficio*, cit., p. 95, a conferma della tesi secondo cui è possibile fare a meno delle sanzioni penali per contrastare gli abusi, cita la posizione di A. PAGLIARO, *La nuova riforma*, cit., p. 1401, secondo il quale vi sarebbe questa possibilità lì dove il procedimento disciplinare funziona davvero. Tuttavia, come si è detto sopra nel testo, in realtà in altro scritto (*Contributo al dibattito sull'abuso d'ufficio*, cit., p. 1, ss.) lo stesso Pagliaro considerava "risaputo" il fatto che in Italia, a differenza che in Francia e Germania, "le sanzioni disciplinari appaiono di troppo rara applicazione".

anni prima, con un intervento ancora più drastico, nel suo tenore letterale, ma, nella sostanza, mirante allo stesso obiettivo, di escludere il sindacato penale sugli atti di esercizio del potere amministrativo, quando questo – come è nella stragrande maggioranza dei casi – implichi un esercizio della discrezionalità.

Così, la attuale formulazione letterale dell'art. 323 considera non illecito penalmente qualsiasi atto discrezionale del potere giudiziario ed amministrativo (che non costituisca altro reato), senza ammettere, di per sé, alcuna ulteriore distinzione, eccezione o restrizione di campo. Tutto quanto viene compiuto in violazione di una regola specifica, che non imponga comportamenti vincolati e che, dunque, lasci margini di discrezionalità, non è punibile a titolo di abuso di ufficio e, se il fatto non integra altro reato, è sottratto interamente alla disciplina penale.

Questo modo di risolvere i problemi – sebbene questi siano seri e da non disconoscere affatto – non è quello esatto. Le leggi penali non possono, anzi non debbono essere cambiate per impedirne applicazioni invasive da parte dei magistrati¹²⁰; non possono essere scritte mediante il ricorso diretto a nozioni o istituti che hanno una loro precisa e diversa ragion d'essere in altri settori del diritto¹²¹: l'unitarietà dell'ordinamento giurico non esclude l'autonomia dei concetti nelle diverse branche. Le leggi vanno formulate attentamente in base alle esigenze di tutela dei beni giuridici, mentre il controllo sull'attività delle procure e dei giudici non si ottiene con tagli delle fattispecie incriminatrici¹²²: nel caso in esame, tagli grossolani, non sufficientemente meditati, incoerenti rispetto al testo completo della disposizione penale e non coordinati con l'intero sistema penale di quel settore, né con le norme costituzionali di diretto riferimento (artt. 97 e 111 Cost.), né con altri principi costituzionali ancora più fondamentali (art. 3 Cost.). Formulare le fattispecie penali in modo rispondente all'esigenza di determinatezza, e quindi al principio di legalità, richiede una scrittura precisa delle norme, studiata con attenzione in base alle esigenze di politica criminale ed alle risultanze della scienza del diritto, penale e non solo. Del resto, come si è visto, una inappropriata formula di legge, esageratamente radicale o mal strutturata, quasi inevitabilmente induce la dottrina e soprattutto la giurisprudenza ad interpretazioni correttive, come la storia delle modifiche dell'abuso d'ufficio ci ha mostrato.

Per esprimere in sintesi un giudizio sull'ultima versione dell'art. 323, riteniamo che l'idea di lasciare privi di tutela penale interi settori dell'esercizio dei poteri dello Stato – quelli in precedenza coperti dall'abuso d'ufficio – sia inaccettabile.

La discrezionalità giudiziaria e amministrativa non è libertà assoluta, se non vuole trascendere in completo arbitrio; il potere deve essere esercitato nell'ambito delle leggi che lo attribuiscono e non al di fuori di esse, né tantomeno contro di esse. La

¹²⁰ Da rileggere ancora, a questo proposito, le parole di S. SEMINARA, *Commento all'art. 323*, cit., p. 1073.

¹²¹ Cfr. A. PAGLIARO, *Nuovi spunti sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 502.

¹²² Già nel 1999 C. F. GROSSO, *Condotte ed eventi*, cit., c. 340, con riferimento alla riforma del 1997 scriveva: "Cattive abitudini di talune procure della repubblica non possono ... di per sé giustificare provvedimenti politico criminali di diritto penale sostanziale, che devono rispondere alle esigenze proprie del settore di pertinenza, e non operare come correttivi di distorsioni delle prassi giudiziarie". Sul punto cfr. anche, volendo, M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio*, cit., p. 898 ss.

Costituzione stabilisce che la pubblica amministrazione deve agire con imparzialità (art. 97) e che con imparzialità devono agire i magistrati (art. 111).

Considerare funzionari della P. A. e magistrati non responsabili nell'esercizio del potere discrezionale, come attualmente fa l'art. 323 c. p., significa costruire intorno ad essi una sorta di ingiustificabile immunità¹²³ sostanziale. Ovviamente, non si tratta di immunità in senso tecnico, giacché questa presuppone che il fatto per cui il soggetto non può essere chiamato a rispondere costituisca reato. Ma, stravolgendo e mutilando la legge penale e la fisionomia di un reato, si può empiricamente costruire una sfera di sostanziale "immunità" intorno all'esercizio di una funzione, come una specie di privilegio, per i soggetti che compiono fatti, che quella legge penale dovrebbe sanzionare.

La Corte costituzionale è stata molto ferma nel decidere che nuove ipotesi di immunità (quelle relative alle più alte cariche dello Stato) possono essere introdotte soltanto con legge costituzionale, perché alterano l'"essenziale e delicato equilibrio fra i diversi poteri dello Stato ... incidendo sulla complessiva architettura istituzionale, ispirata ai principi della divisione dei poteri del loro equilibrio"¹²⁴. Ripetiamo che, nel caso dell'art. 323, non si tratta di una vera immunità, ma, comunque, quel delicato ed essenziale equilibrio fra i diversi poteri dello Stato non può essere così radicalmente sovvertito da una legge ordinaria, come fa il nuovo art. 323 c. p.

Molto meno severa, invece è stata la Corte quando ha dovuto giudicare sulla illegittimità dell'art. 323, nella precedente versione¹²⁵: essa, come abbiamo prima ricordato, ha stabilito che le esigenze costituzionali di tutela che riguardano "l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione ... possono 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"¹²⁶. Riguardo a tale decisione, bisogna, però, considerare che: 1) la Corte non avrebbe comunque potuto dichiarare la illegittimità costituzionale dell'art. 323 con una decisione estensiva della punibilità, che non le è consentita, dato che dalla

¹²³ Avvertiva già il "forte rischio" che uno spazio di libertà della P. A. senza limiti si traduca in immunità M. MASULLO, *L'abuso d'ufficio nell'ultima giurisprudenza di legittimità, tra esigenze repressive e determinatezza della fattispecie: «la violazione di norme di legge»*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1770; v. anche G. INSOLERA, *Quod non fecerunt Barberini*, cit., p. 2; A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 9; N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 10. Secondo T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 9, la riforma intendeva erigere intorno alla discrezionalità una "cinta immunitaria"; ma A. MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., p. 85 ss., fa notare che, in realtà, è stato fornito uno "scudo di cristallo", destinato presto ad andare in frantumi.

¹²⁴ Com'è noto, per due volte la Corte costituzionale ha dichiarato illegittime le leggi che prevedevano ipotesi di immunità processuale per alcune alte cariche dello Stato (sent. 24/2004 per la l. 20 giugno 2003, n. 140, c. d. "Iodo" Maccanico-Schifani, relativa alle cinque più alte cariche dello Stato; sent. 262/2009 per la l. 23 luglio 2008, n. 124, c. d. "Iodo" Alfano, relativa alle quattro più alte cariche).

¹²⁵ Secondo C. F. GROSSO, *Condotte ed eventi*, cit., c. 334 e nota 20, la formulazione dell'abuso dettata nel 1997, così come "voluta" dal legislatore di allora, presentava forti rischi di illegittimità costituzionale, per la arbitraria differenziazione fatta a seconda che la violazione della imparzialità derivasse o non derivasse da specifiche disposizioni di legge.

¹²⁶ Corte cost., sent. 447/1998.

Costituzione non si possono fare discendere obblighi di tutela penale per il legislatore ordinario¹²⁷ (tale impossibilità si estende, per le stesse ragioni, al nuovo art. 323); 2) che la decisione si riferiva alla fattispecie dell'abuso di allora, la quale, sotto numerosi aspetti, era assai più ragionevole e sensata di quella attuale, rendendo possibile, comunque, una tutela dei beni del buon andamento e della imparzialità della P. A.¹²⁸.

Quanto alla questione, finale, se sia necessario o meno ricorrere alla tutela penale di fronte agli abusi nell'esercizio del potere discrezionale da parte dei soggetti che esercitano una funzione amministrativa o giudiziaria, non convince affatto, come abbiamo appena detto sopra, l'idea che possano *sempre* essere sufficienti sanzioni disciplinari. Ciò potrebbe essere vero nel caso di piccole violazioni di legge o regolamento, che non mortifichino gravemente i beni, di esplicita rilevanza costituzionale, del buon andamento e della imparzialità della pubblica amministrazione e della imparzialità dei magistrati. Ma quando, come hanno fatto il d. l. 76 del 2020 e la legge di conversione n. 120 del 2020, una legge stabilisca che *ogni atto di esercizio del potere discrezionale amministrativo e giudiziario* sia sottratto al controllo di legalità in sede giudiziaria, anche nel caso di condotte affaristiche o prevaricatrici, che abbiano seriamente pregiudicato fondamentali beni, dotati di esplicita rilevanza costituzionale, allora ricorrere alle sanzioni penali appare doveroso e non sembra affatto costituire soltanto una delle possibili opzioni di disciplina, lasciate al prudente apprezzamento del legislatore: sono qui in gioco principi e valori di importanza tale, che il loro mancato rispetto contraddice le fondamenta dello Stato di diritto.

Né ci convince l'idea che, per assicurare le esigenze, non meno importanti, di efficienza, efficacia, economicità e rapidità, tutte riassumibili nella nozione di buon andamento della P. A., sia possibile rinunciare ad una "patologica imparzialità perfetta"¹²⁹ e che il legalismo formale del giudice penale renda quest'ultimo inadatto a comprendere l'elasticità dell'azione amministrativa, che è essenza del buon andamento della pubblica amministrazione¹³⁰. Infatti, quello che la norma penale, se correttamente interpretata ed applicata, impone non è una impossibile perfetta equidistanza del funzionario pubblico rispetto ai diversi interessi, complessi e non convergenti, tra i quali egli è necessariamente tenuto a scegliere, con sacrificio di alcuni di essi e sostegno di altri; la norma penale, invece, vieta soltanto il fatto di utilizzare il potere pubblico per conseguire primariamente scopi privati dello stesso p. u. o di persone a lui vicine, piuttosto che per curare l'interesse pubblico (comunque lo si possa individuare).

Non può ammettersi che sia impunito un funzionario pubblico, che *intenzionalmente* procuri *ingiusti* vantaggi o danni *ingiusti* (questi ultimi con pregiudizio di altri soggetti), attraverso la violazione di una legge particolare e, insieme, del principio

¹²⁷ La letteratura sul punto è ormai abbondantissima: per tutti v. ancora D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 484 ss.

¹²⁸ Come si è detto nel paragrafo precedente, sembra che non pochi Autori (cfr. note 115 e 116), avrebbero preferito mantenere la formulazione del 1997, seppure con modifiche o interpretazioni autentiche.

¹²⁹ Come pensa V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva*, cit., p. 8. In posizione simile A VALLINI, *L'abuso di ufficio*, cit., p. 258, secondo cui un sindacato troppo esteso del giudice penale sul corretto uso della discrezionalità amministrativa rischia di danneggiare, più che di salvaguardare, il buon andamento della P. A.

¹³⁰ Così A. MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., p. e ID., *L'abuso d'ufficio*, cit., p. 63 ss.

e della regola della imparzialità degli organi pubblici (artt. 97 e 111 Cost.), che è diretta specificazione, in relazione alle funzioni esercitate da tali organi, del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.)¹³¹, su cui è fondato l'intero assetto costituzionale del nostro Stato e di ogni moderno¹³² Stato civile.

Non può ammettersi che un potere dello Stato possa essere esercitato, in sostanza, del tutto al di fuori del controllo di legalità da parte del potere giudiziario: ciò è contrario al principio della separazione dei poteri¹³³, su cui ogni moderno Stato di diritto è fondato, e ne mina le fondamenta.

A queste affermazioni si potrà rispondere osservando, ancora una volta, che neppure ai giudici è consentito violare il principio della separazione dei poteri, "entrando a gamba tesa" nel campo delle libere scelte spettanti agli organi del potere amministrativo (o giudiziario). Questo è evidente, ma – in conclusione – la responsabilità di simili invadenze non dipende sempre e necessariamente dalla formulazione delle leggi penali¹³⁴, bensì dipende da queste soltanto quando sia stato superato il giusto livello di determinatezza con cui esse devono essere redatte; se quanto abbiamo detto sopra può essere condiviso, non sembrava questo il caso dell'abuso d'ufficio, così come disciplinato nel 1997. Nel caso del delitto di abuso di ufficio, si è sempre di fronte alla possibilità che "la valvola" che lo regola non venga opportunamente stretta, con il rischio che la repressione trasmodi in panpenalizzazione; ma c'è anche il rischio contrario, "non meno preoccupante"¹³⁵ che quella valvola risulti troppo stretta, con una impunità per fatti che violano gravemente l'imparzialità del potere pubblico.

Il decreto legge 76 del 2020 e la relativa legge di conversione hanno "stretto la valvola" dell'abuso oltre ogni ragionevole misura, con risultati contraddittori e difficilmente compatibili con la tutela di fondamentali beni di rilevanza costituzionale, determinando un inaccettabile pregiudizio per alcuni principi cardine dello Stato di diritto.

Che dire e che fare?

Nel recente passato, vi sono state analoghe operazioni, volte a ridurre o escludere il controllo del giudice penale sull'esercizio di uffici privati¹³⁶ o delle condotte di difesa

¹³¹ Per T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 9, la disciplina del potere discrezionale dettata dall'attuale art. 323 c. p. costituisce una "flagrante violazione del principio di uguaglianza".

¹³² Secondo T. PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., p. 130, il legislatore della riforma ha disciplinato l'esercizio del potere pubblico, da parte del funzionario, come se si trattasse del diritto soggettivo di un privato, da esercitarsi con libertà ancora maggiore di quella di cui il privato gode: per l'A., questo modo di regolare il potere pubblico apparteneva ad epoche che hanno preceduto la nascita dello Stato di diritto, essendo tipico dei regimi feudali.

¹³³ Per quanto si tratti di considerazioni in certo senso ovvie, è bene notare, come fa M. GAMBARDILLA, *Simul stabunt*, cit., p. 158, che "Il controllo del giudice penale sulla legalità dell'agire della pubblica amministrazione origina dal principio illuministico della separazione dei poteri" e che, attraverso questo principio, al giudice penale è assegnato il compito di garantire i diritti dei cittadini.

¹³⁴ T. PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., p. 122, attribuisce i difetti di tipicità della fattispecie penale alle carenze della disciplina amministrativa del potere, che ritiene "contorta, confusa, slabbrata".

¹³⁵ Queste considerazioni sono di G.L. GATTA, *Da 'Spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., p. 4.

¹³⁶ Come nel caso della pessima riforma del delitto di false comunicazioni sociali dettata dal d. lgs. 61 del 2002, su cui, per giudizi severissimi e convergenti, cfr. C. PEDRAZZI, *In memoria del «falso in bilancio»*, in *Riv. soc.*,

legittima dei cittadini¹³⁷, con interventi di riforma anch'essi frutto di quel populismo penale di cui si è parlato all'inizio, che irrazionalmente spinge talora verso la "libertà" da controlli penali e certe altre volte in direzione precisamente opposta. Il tempo ha mostrato come queste irragionevoli (e talora interessate) spinte vengano poi bloccate da controriforme o dagli organi supremi di garanzia dello Stato.

Riguardo alla tormentata vicenda dell'abuso d'ufficio, sembra che il percorso *déjà vu* sia destinato a ripetersi e che dovremo assistere a nuovi tentativi di riconversione ermeneutica dell'art. 323 (che continueranno ad assegnare rilevanza all'eccesso di potere c. d. estrinseco; alla c. d. violazione mediata della legge, o, persino, alla violazione dell'art. 97 Cost.)¹³⁸, destinati a sfociare, se non in un intervento della Corte costituzionale, probabilmente in una ulteriore modifica, che diventerebbe l'ennesima tappa dell'infinita riforma del delitto di abuso di ufficio.

2001, p. 1369 ss; A. CRESPI, *Le false comunicazioni sociali: una riforma faceta*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 1345 ss.; S. SEMINARA, *False comunicazioni sociali*, cit., p. 676 ss. Per riportare il delitto verso una più ragionevole disciplina è dovuta intervenire la l. 27 maggio 2015, n. 69.

¹³⁷ L'art. 52 c. p., modificato dalla l. 59 del 2006, con la precisa e ampiamente dichiarata "volontà" del legislatore di estenderne la portata, è stato poi oggetto di una lettura conforme alla Costituzione, che ha praticamente azzerato le modifiche: fra i tanti, v. F. VIGANÒ, *Sulla 'nuova' legittima difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 189 ss; A. CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare (cd. "sproporzionata" o "allargata"): molto fumo e poco arrosto*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 434 ss. La successiva modifica dell'istituto ad opera della l. 39 del 2019 (su cui, per tutti, v. D. NOTARO, *La legittima difesa domiciliare. Dalla gistificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, Torino, 2020), orientata verso una espansione ancor più radicale della difesa – sempre nell'intento dello stesso legislatore –, ha subito una significativa e autorevole battuta d'arresto da parte del Presidente Mattarella, che, in una lettera rivolta ai Presidenti delle due Camere, ha ricordato come i requisiti su cui la riforma aveva puntato devono essere interpretati in senso conforme ai principi costituzionali.

¹³⁸ Non pochi pensano che, dopo la riforma del 2020, bene o male che sia, "potrebbe non cambiare nulla" o cambiare molto poco: così, con varie sfumature, M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt*, cit., p. 163; B. ROMANO, *Il "nuovo" abuso di ufficio*, cit., p. 113; A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 8; V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva*, cit., p. 10.