

SP

**SISTEMA
PENALE**

FASCICOLO

7/2020

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, 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 Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, 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 Quattrocchio, 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 Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Alberto Aimi, 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.

**SIMUL STABUNT VEL SIMUL CADENT.
DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA E SINDACATO
DEL GIUDICE PENALE: UN BINOMIO INDISSOLUBILE
PER LA SOPRAVVIVENZA DELL'ABUSO D'UFFICIO**

di Marco Gambardella

SOMMARIO: 1. Il decreto semplificazioni: le modifiche all'abuso d'ufficio e alla responsabilità erariale. – 2. Le (presunte) ragioni della riforma penale. – 3. La novella del 1997 e la descrizione selettiva della figura di reato. – 4. La riformulazione del sintagma "in violazione di norme di legge". L'esclusione dall'area della tipicità delle "norme di regolamento". – 5. Sviamento di potere e abuso d'ufficio. – 6. I rapporti con la seconda condotta tipica: la violazione dell'obbligo di astensione. – 7. Le ripercussioni della riformulazione sui rapporti con l'omissione di atti d'ufficio e il peculato. – 8. La spinosa questione della revoca delle sentenze di condanna *ex art. 673 c.p.p.* – 9. Sindacato del giudice penale e discrezionalità amministrativa. – 10. Riflessioni finali: potrebbe non cambiare nulla?

1. Il decreto semplificazioni: le modifiche all'abuso d'ufficio e alla responsabilità erariale.

Tra le misure di semplificazione "in materia di responsabilità del personale dell'amministrazioni", al fine di fronteggiare le ricadute economiche conseguenti alla emergenza epidemiologica da Covid-19, la modifica dell'abuso d'ufficio – per effetto del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 – costituisce sicuramente (per il versante penale) un avvenimento di una certa importanza¹.

Con il decreto semplificazioni del sistema Italia, si è riscritta una porzione del testo dell'art. 323 c.p.: la condotta di abuso non s'impenna più su di una violazione "di norme di legge o di regolamento", bensì su una 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" (art. 23).

La riformulazione dell'abuso d'ufficio va coordinata con la nuova previsione in tema di responsabilità davanti alla Corte dei conti, trattandosi di disposizioni correlate tendenti a creare una sorta di "microsistema" (cfr. capo IV "Responsabilità", artt. 21-23 d.l. n. 76/2020).

¹ Per un primo commento, cfr. G.L. GATTA, [Da "spazza-corrotti a "basta paura": il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo "salvo intese" \(e la riserva di legge?\)](#), in questa Rivista, 17 luglio 2020. Sempre recentemente, ma con specifico riferimento ad un noto caso mediatico, si veda anche M.C. UBIALI, [Abuso d'ufficio e atti discrezionali della pubblica amministrazione: l'archiviazione del procedimento nei confronti del Presidente di Regione Lombardia Attilio Fontana](#), in questa Rivista, 21 maggio 2020.

Il c.d. decreto semplificazioni appare infatti costruito su un duplice ordine di obiettivi: da un lato, alleggerire il peso della responsabilità gravante sui funzionari della pubblica amministrazione; dall'altro, spingere il pubblico agente "ad attivarsi", ad agire, in modo da evitare ad ogni costo l'inerzia della pubblica amministrazione.

In quest'ottica, oltre ad incidere sulla responsabilità penale attraverso la modifica del reato di abuso di ufficio, l'intervento riformatore si è incentrato sulla responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica².

In particolare, l'art. 21 d.l. n. 76 del 2020 è intervenuto direttamente e indirettamente sull'art. 1 della legge n. 20 del 14 gennaio 1994, disposizione volta a continuare quel percorso di uniformazione della disciplina della responsabilità erariale in cui può incorrere il pubblico dipendente³. Segnatamente, prima dell'entrata in vigore del decreto semplificazioni, la responsabilità dei soggetti sottoposti al controllo della Corte dei conti era "limitata a fatti o omissioni commessi con colpa grave o dolo".

In vista degli scopi sopra indicati, il d.l. n. 76/2020 è intervenuto apportando due modifiche. In primo luogo, ha imposto un nuovo – e assai più gravoso – onere della prova a carico del p.m. contabile, con speciale riferimento al dolo⁴: si richiede ora la dimostrazione della volontà dell'autore del fatto anche rispetto all'evento dannoso (art. 21, comma 1, d.l. n. 76/2020⁵). In secondo luogo, ha introdotto un regime – ad efficacia temporale predeterminata della durata di circa 1 anno – in cui il pubblico agente non è chiamato più a rispondere per colpa grave, nel caso di "condotta attiva" (art. 21, comma 2, d.l. n. 76 del 2020⁶).

Per quanto riguarda la prima modifica, appare utile notare come, nel passaggio dalle prime bozze informali in circolazione (quale per esempio quella datata 30 giugno 2020) al testo approvato nel decreto-legge, è scomparsa la previsione per cui il dolo debba essere riferito all'evento dannoso "in chiave penalistica e non in chiave civilistica".

² Cfr. V. DOMENICHELLO, *Giudici e procedimenti speciali*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazza, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Monduzzi, 2001, II, p. 2205 ss.

³ Si tratta della c.d. responsabilità contabile, espressione comprensiva tanto della responsabilità contabile che di quella amministrativa. Per il lungo processo di avvicinamento delle due forme di responsabilità v. L. SCHIAVELLO, *Responsabilità contabile*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Giuffrè, 1988, p. 1382 ss. e L. SCHIAVELLO, *Processo contabile*, *ivi*, 1987, vol. XXXVI, p. 730 ss.; nonché F. CARINGELLA, *Compendio di diritto amministrativo*, Dike, 2020, p. 1025 ss.

⁴ È, infatti, onere della Procura ai fini dell'imputabilità del danno cagionato ai sensi dell'art. 1, comma 1, l. n. 20/1994, la prova circa la sussistenza del dolo (così Corte conti Sez. reg. giurisd., 23 settembre 2019, n. 337, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2020, n. 2, p. 397).

⁵ La disposizione aggiunge all'art. 1, comma 1, legge n. 20 del 1994, dopo il primo periodo, che "la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso".

⁶ La disposizione prevede che "Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 luglio 2021, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente".

La previsione è stata sostituita con una formula obiettivamente meno controvertibile (la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso).

Il ripensamento rende – in maniera ora inequivoca – particolarmente difficoltoso arrivare al pieno accertamento della responsabilità del pubblico funzionario, perché si amplia la connotazione di uno degli elementi costitutivi – il più difficile da dimostrare, oltretutto quello psicologico – che va a denotare siffatta responsabilità: e spetta all'attore pubblico del processo erariale l'onere di provare tale nuovo contenuto del dolo. Sarà dunque destinata ad essere superata la giurisprudenza della Corte dei conti⁷, la quale ha più volte sottolineato come la dimostrazione del dolo è richiesta unicamente con riguardo alla condotta e non anche all'evento.

Per quanto riguarda la seconda novità, l'art. 21, comma 2, d.l. n. 76 del 2020, introduce una norma volta a restringere il campo applicativo della responsabilità erariale di cui all'art. 1 l. n. 20 del 1994, rispetto a fatti realizzati nel periodo compreso dal 17 luglio 2020 al 31 luglio 2021⁸.

Viene così – da una parte – individuato “l'ambito temporale di efficacia della norma, oltretutto l'arco di tempo in cui deve verificarsi la fattispecie prevista perché ne seguano quei dati effetti giuridici”⁹.

Viene poi – dall'altra parte – circoscritta la responsabilità a carico dei pubblici funzionari ai soli danni “dolosamente voluti” e cagionati da “condotte attive”. Si è dunque scelto di non estendere un simile trattamento di favore al danno erariale causato da una condotta “omissiva”: qui si continua a rispondere *ex art. 1 l. n. 20/1994*, quindi sia a titolo di dolo, sia a titolo di colpa grave¹⁰.

In tal modo si è inteso alleggerire – ma soltanto nell'attuale momento di crisi e in vista del rilancio del Paese – la posizione dei pubblici funzionari, a condizione però che tengano condotte “attive”: se “agiscono” non risponderanno per i comportamenti tenuti con colpa grave.

In definitiva, dal decreto semplificazioni emerge con evidenza un chiaro obiettivo: spingere la pubblica amministrazione all'azione, in modo da scongiurare ogni possibile occasione di inerzia.

⁷ In questo senso, si veda, *ex multis*, Corte conti Sez. riun., 18 settembre 1996, n. 58/A, in *Riv. Corte dei conti*, 1996, fasc. 5, p. 66; in senso difforme, si veda però Corte conti Sez. I, 14 novembre 2001, n. 516.

⁸ In senso *strutturale* si dicono “transitorie”, “temporanee”, “provvisorie”, “precarie”, quelle norme che hanno efficacia circoscritta nel tempo, essendo previsto, *ab origine*, un termine finale di efficacia (cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, 2010, p. 287). Tale concetto non va confuso con quello di norme transitorie in senso *funzionale* (R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 286), che riguarda invece il fenomeno della successione di leggi nel tempo e del conflitto di norme nel tempo (M. GAMBARDILLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, 2013, p. 20 ss.).

⁹ Si veda R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 285.

¹⁰ Cfr. V. DOMENICHELLO, *Giudici e procedimenti speciali*, in *Diritto amministrativo*, cit., p. 2214.

2. Le (presunte) ragioni della riforma penale.

La riformulazione dell'abuso d'ufficio nell'ambito del decreto semplificazioni – in collegamento con la nuova disciplina sulla responsabilità erariale – istituisce pertanto un legame tra la scarsa efficienza della pubblica amministrazione e la presenza del reato di cui all'art. 323 c.p.: nel senso che quest'ultimo sarebbe una delle cause fondamentali dell'immobilismo della P.A. e della cosiddetta "burocrazia difensiva"¹¹. Ma v'è di più: il delitto di abuso d'ufficio ostacolerebbe l'attuazione delle misure per fronteggiare l'attuale pandemia.

Le ragioni della rimodulazione della figura criminosa si rinvencono nelle ricorrenti critiche all'abuso d'ufficio che, da più parti, si vorrebbe persino espunto dall'ordinamento penale¹². Si tratterebbe infatti di una fattispecie scarsamente determinata, la quale crea una vistosa forbice tra procedimenti penali avviati e condanne pronunciate per lo stesso; con forti costi personali per le persone indagate/imputate e sociali a fronte di esiti per lo più di archiviazione del procedimento ovvero assolutori. Si evocano inoltre il problema della paralisi dell'amministrazione, la paura della firma, l'atteggiamento difensivo della pubblica amministrazione¹³.

Nel comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 54 del 2020 (7 luglio 2020) sul decreto semplificazione si è scritto che "viene definito in modo più puntuale il reato di abuso d'ufficio, affinché i funzionari pubblici abbiano certezza su quali sono gli specifici comportamenti puniti dalla legge".

In pratica, vengono in rilievo le stesse ragioni (o quasi) che portarono alla riforma del 1997. Basta leggere i lavori parlamentari dell'epoca sullo scopo della riforma dell'abuso di ufficio, nei quali testualmente si sottolinea come «gli inconvenienti che, a pochi anni dalla riforma dell'art. 323, hanno indotto ad adottare un altro provvedimento ... erano l'assoluta indeterminatezza della norma in vigore, sia quanto all'oggetto sia quanto alle caratteristiche della fattispecie, ... oltre a questo problema, ne esisteva un altro: la formulazione della norma consentiva l'indagine del giudice penale sull'attività discrezionale della pubblica amministrazione prevedendo il famoso eccesso di potere»¹⁴.

Sembrerebbe tuttavia fortemente dubitabile che la scarsa efficienza della nostra pubblica amministrazione dipenda dalla presenza del reato di abuso d'ufficio. Né che quest'ultimo possa costituire un ostacolo alla ripartenza dopo il periodo di chiusura forzata per la pandemia.

¹¹ Cfr. C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di B. Romano e A. Marandola, Utet, 2020, p. 291 ss., il quale istituisce un interessante parallelo tra l'amministrazione difensiva e la c.d. medicina difensiva.

¹² In proposito, si veda l'approfondita ricerca in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare la performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso di ufficio*, Giappichelli, 2018, *passim*.

¹³ Cfr., da ultimo, G. PIGNATONE, *Se l'abuso d'ufficio e la burocrazia difensiva imbrigliano il Paese nell'immobilismo*, in *La Stampa*, 14 giugno 2020.

¹⁴ Si tratta della dichiarazione di voto dell'on. Marotta (gruppo di Forza Italia), citata da A.A. DALIA, *Sintesi dei lavori parlamentari*, in *La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme del diritto di difesa*, a cura di A. D'Avirro, Giuffrè, 1997, p. 409 ss.

Inoltre, l'argomento delle "statistiche giudiziarie" basato sull'elevato divario fra numero di contestazioni in materia di abuso d'ufficio e sentenze di condanna per lo stesso¹⁵ – come si cercherà di spiegare nel prosieguo – dopo la riforma del '97 non sembrerebbe ascrivibile alla scarsa determinatezza della fattispecie incriminatrice, bensì piuttosto ad una scarsa attenzione nella gestione delle iscrizioni delle notizie di reato oltretutto delle indagini preliminari.

Nella maggior parte dei casi, l'abuso d'ufficio viene veicolato alle Procure tramite denunce private, di cittadini che segnalano episodi di mala gestione amministrativa. Tali denunce, tuttavia, si caratterizzano per lo più dalla mera segnalazione dell'adozione di atti amministrativi illegittimi. Ma in queste ipotesi non si può procedere alla immediata iscrizione nell'apposito registro ai sensi dell'art. 335 c.p.p., perché di per sé l'emanazione di un provvedimento illegittimo non costituisce notizia di reato: quest'ultima deve contenere la descrizione di fatti – che si assumono avvenuti – rispetto ai quali possa già compiersi una prima valutazione di corrispondenza, di sussunzione sotto una fattispecie incriminatrice, "almeno" nei suoi elementi più rilevanti, ovverosia "condotta" ed "evento"¹⁶.

Ora, il delitto di abuso di ufficio è una fattispecie piuttosto analitica, le condotte tipiche e gli eventi incriminati sono determinati – a seguito della riforma del '97 e dell'opera interpretativa della giurisprudenza – con molta precisione. Il provvedimento illegittimo dunque è solo un possibile "sintomo" di un abuso d'ufficio: è un "sospetto" di una notizia di reato. Per tale ragione siffatte denunce dovrebbero essere qualificate come "atti non costituenti notizie di reato" e dovrebbero quindi essere iscritte nell'apposito registro (il c.d. modello 45) e potrebbero – su base discrezionale – essere oggetto di una verifica preliminare (la c.d. pre-inchiesta) finalizzata a "ricercare" una notizia di reato vera e propria¹⁷. Solo nel caso in cui vengano individuati tutti i plurimi elementi che concorrono a delineare la condotta e l'evento dell'abuso d'ufficio, si potrà iscrivere nel registro degli atti costituenti notizie di reato. Ma in tal caso la notizia di reato non è più la denuncia: si è qui in presenza di una *notitia criminis* "presa d'iniziativa". Del pari, una volta avviata l'indagine, la verifica della consistenza probatoria (al fine delle determinazioni relative all'esercizio dell'azione penale) dovrebbe riguardare tutti gli elementi – nessuno escluso – che concorrono a delineare la fattispecie abusiva di cui all'art. 323 c.p., fra i quali spicca il dolo intenzionale, data la sua difficoltà di accertamento.

Se ci fosse maggior consapevolezza da parte delle Procure del funzionamento, sia delle regole che governano la scelta relativa all'iscrizione nell'uno o nell'altro registro, sia delle norme che indicano la prognosi a cui deve essere sottoposta la notizia di reato ai fini della richiesta di rinvio a giudizio, non si determinerebbero quegli effetti patologici segnalati dalle statistiche, i quali, quindi, non possono essere ricondotti alla mancanza di determinatezza della fattispecie: tutt'altro.

¹⁵ G. PIGNATONE, *Se l'abuso d'ufficio e la burocrazia difensiva*, cit.

¹⁶ R. APRATI, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Jovene, 2010, p. 9 ss.

¹⁷ R. APRATI, *La notizia di reato*, cit., p. 45 ss.

3. La novella del 1997 e la descrizione selettiva della figura di reato.

Negli ultimi trent'anni, quella apportata dal d.l. n. 76/2020 è la terza modifica della figura criminosa in parola (l. n. 86 del 1990, l. n. 234 del 1997, d.l. n. 76 del 2020); senza tralasciare poi che la l. n. 190 del 2012 (c.d. legge Severino) ha innalzato la pena edittale: adesso della reclusione da uno a quattro anni (invece che da sei mesi a tre anni)¹⁸.

In realtà, le premesse politico criminale da cui muove la novella del 2020: la scarsa determinatezza e precisione, sotto il profilo della tecnica legislativa, dell'abuso d'ufficio non sembrano corrispondere alla reale configurazione conferita al delitto *de quo* dopo la riforma del 1997. L'abuso d'ufficio nella versione 1997 è stato infatti oggetto di una dettagliata tipizzazione.

Le due condotte tipiche della nostra ipotesi criminosa: i) la violazione di norme di legge o di regolamento e ii) l'omessa astensione in presenza di un conflitto di interessi sono state accompagnate da un cospicuo numero di elementi costitutivi, risultando così quest'ultime descritte in modo molto selettivo.

La configurazione legislativa dell'abuso d'ufficio previgente si snoda attraverso una serie di requisiti di fattispecie molto dettagliati, i quali hanno creato una profonda e precisa selezione dei comportamenti penalmente rilevanti.

Per realizzarsi le due alternative condotte tipiche di abuso, bisogna che ricorrano una serie di elementi di fattispecie i quali, in estrema sintesi e a riprova di quanto appena detto, vengono di seguito tratteggiati¹⁹.

Soggetto attivo dell'abuso d'ufficio può essere unicamente il pubblico ufficiale (art. 357 c.p.) o l'incaricato di un pubblico servizio (art. 358 c.p.), trattandosi di un reato proprio dell'agente pubblico²⁰. E per la qualifica di agente pubblico ai fini penali, quel che conta non è il rapporto di dipendenza tra il soggetto e la pubblica amministrazione,

¹⁸ Cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, in *Commentario sistematico*, Giuffrè, 2019, p. 350, il quale parla di una delle figure più controverse del codice penale e di tormentata storia normativa; si veda altresì C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 273 ss.; cfr. anche M. CATENACCI, *Abuso d'ufficio*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, a cura di F. Palazzo e C. E. Paliero, vol. V, Giappichelli, 2011, p. 119 ss.

¹⁹ In relazione all'abuso d'ufficio nella configurazione legislativa del 1997 la letteratura è vastissima: si veda ad es., oltre gli Autori già citati, T. PADOVANI, *Commento alla modifica dell'art. 323 c.p.*, in *Leg. pen. 1997*, p. 741; A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. Bondi, A. Di Martino, G. Fornasari, Giappichelli, 2008, p. 242 ss.; A. VALLINI, *L'abuso di ufficio*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Palazzo, E.S.I., 2011, p. 257 ss.; G. RUGGIERO, *Abuso di ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di C.F. Grosso, M. Pelissero, Giuffrè, 2015, p. 345 ss.; E. INFANTE, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Utet, II, 296 ss.; C. BENUSSI, *Il delitto di abuso di ufficio*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, a cura di G. Marinucci e E. Dolcini, Cedam, 2015, I, t. 1, p. 933 ss.

²⁰ Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, vol. I, Zanichelli, 2012, p. 247; E. INFANTE, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, cit., p. 311; R. RAMPIONI, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, in *Questioni Fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di A. Fiorella, Giappichelli, 2019, p. 800; G. RUGGIERO, *Abuso di ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 353 e ss.

ma piuttosto se l'attività in concreto svolta dall'agente sia disciplinata da norme di diritto pubblico o da atti autoritativi²¹.

La condotta abusiva deve realizzarsi nello svolgimento delle funzioni o del servizio, escludendosi di conseguenza i comportamenti fondati sull'abuso della qualità dell'agente pubblico. Il reato in questione risulta dunque configurabile solo se il comportamento incriminato costituisca modalità di esplicazione dell'ufficio stesso; viceversa, rimangono penalmente irrilevanti quei comportamenti anche solo occasionati dallo svolgimento delle funzioni ovvero quelli tenuti come soggetto privato, senza servirsi in alcun modo dell'attività funzionale svolta²².

Quanto all'elemento soggettivo, dopo la riforma del 1997 che ha trasformato l'abuso d'ufficio da reato di pura condotta in reato di evento, è richiesto il dolo intenzionale. L'elemento soggettivo è qualificato dall'avverbio "intenzionalmente", escludendo di conseguenza le condotte poste in essere sia con dolo eventuale sia con dolo diretto²³.

In particolare, il dolo intenzionale riguarda l'evento del reato, essendo necessario che l'evento del vantaggio patrimoniale o del danno sia la conseguenza immediatamente ottenuta dall'agente, mentre gli altri elementi della fattispecie sono oggetto di dolo generico²⁴. Ne deriva che assumono rilevanza penale, dal punto di vista soggettivo, unicamente le condotte del pubblico ufficiale dirette, come conseguenza immediatamente perseguita, a procurare un ingiusto vantaggio patrimoniale, proprio o altrui, o ad arrecare un ingiusto danno altrui.

La prova dell'intenzionalità del dolo esige altresì il raggiungimento della certezza che la volontà dell'imputato sia stata orientata proprio a procurare il vantaggio patrimoniale o il danno ingiusto. E tale certezza non può essere ricavata esclusivamente dal rilievo di un comportamento *non iure* osservato dall'agente, ma deve trovare conferma anche in altri elementi sintomatici, che evidenzino la effettiva *ratio* ispiratrice del comportamento. Ad esempio, la specifica competenza professionale dell'agente, l'apparato motivazionale su cui riposa il provvedimento ed il tenore dei rapporti

²¹ Cass. Sez. un., 13 luglio 1998, n. 10086, in *Giur. it.*, 1999, p. 354.

²² Cass. Sez. VI, 2 ottobre 2013, n. 42836, in *CED*, n. 256687-01; Cass. Sez. VI, 4 novembre 2008, n. 6489, *ivi*, n. 243051-01. In dottrina, cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 353 ss.; C. BENUSSI, *Il delitto di abuso di ufficio*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, cit., p. 933 ss.; E. BAFFI, *Abuso d'ufficio*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, diretto da C. Fiore, Utet, 2004, p. 274 ss.; E. INFANTE, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, cit., p. 312 ss.; G. RUGGIERO, *Abuso di ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 355 ss. Sulla notevole funzione selettiva di tale elemento, cfr. A. VALLINI, *L'abuso di ufficio*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione, L'abuso di ufficio*, cit., p. 277 ss.

²³ In questo senso, C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, Cedam, 1998, p. 150 ss.; v. anche M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, Cedam, 1998, p. 93 ss.; L. STORTONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Diritto penale, Lineamenti di parte speciale*, a cura di AA.VV., Monduzzi, 2009, p. 177; A.M. STILE – C. CUPELLI, voce *Abuso d'ufficio*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Giuffrè, 2006, vol. I, p. 43; A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. D'Avirro, Cedam, 1999, p. 308 ss. Cfr. altresì G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 2012, p. 255, i quali esprimono riserve sulla disciplina dell'elemento soggettivo laddove — sotto il profilo politico criminale — esclude dal campo di applicazione della norma le ipotesi caratterizzate dal c.d. dolo diretto.

²⁴ Cass. Sez. VI, 20 aprile 2011, n. 34116, in *CED*, n. 250833.

personali tra l'agente e il soggetto o i soggetti che dal provvedimento stesso ricevono vantaggio patrimoniale o subiscono danno²⁵.

Inoltre, l'intenzionalità del dolo non è esclusa dalla compresenza di una finalità pubblicistica nella condotta del pubblico ufficiale, dovendosi ritenere necessario, perché venga meno la configurabilità dell'elemento soggettivo, che il perseguimento del pubblico interesse costituisca l'obiettivo principale dell'agente²⁶.

Si sono inseriti con la riforma del '97 altresì l'evento dell'ingiusto vantaggio patrimoniale o del danno ingiusto e la c.d. doppia ingiustizia.

Il reato di cui all'art. 323 c.p. è un reato di evento, che consiste – alternativamente – nell'ingiusto vantaggio patrimoniale del pubblico ufficiale o di altri oppure nel danno ingiusto arrecato ad altri²⁷.

Ai fini del perfezionamento del reato di abuso d'ufficio assume rilievo, stante la sua natura di reato di evento, unicamente il concreto verificarsi di un ingiusto vantaggio patrimoniale che il soggetto attivo procura con i suoi atti a sé stesso o ad altri, ovvero di un ingiusto danno che quei medesimi atti procurano a terzi²⁸. Il delitto deve essere considerato pertanto come "reato causalmente orientato", nel senso che deve sussistere un nesso di derivazione causale o concausale tra la violazione di norma di legge (o regolamento), posta in essere dall'agente, e l'evento naturalistico²⁹.

L'evento di vantaggio deve essere necessariamente "patrimoniale" e va riferito al complesso dei rapporti giuridici a carattere patrimoniale. Tale elemento sussiste, pertanto, non solo quando l'abuso sia volto a procurare beni materiali o altro, ma anche quando sia volto a creare un accrescimento della situazione giuridica soggettiva a favore di colui nel cui interesse l'atto è stato posto in essere³⁰.

Quanto all'evento di danno può essere sia di natura patrimoniale che non patrimoniale³¹. Al riguardo si è asserito che il danno cui si riferisce l'art. 323 c.p. non corrisponde solo a situazioni soggettive di carattere patrimoniale e nemmeno a diritti soggettivi perfetti, ma riguarda anche l'aggressione ingiusta della sfera della personalità, ai sensi della tutela prevista dalle norme costituzionali³².

²⁵ Cass. Sez. III, 6 aprile 2016, n. 35577, in *CED*, n. 267633 – 01; Cass. Sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 21192, *ivi*, n. 255368-01.

²⁶ Cass. Sez. VI, 17 settembre 2019, n. 51127, in *CED*, n. 278938-01; Cass. Sez. II, 23 gennaio 2019, n. 10224, *ivi*, n. 276094-01; Cass. Sez. VI, 2 ottobre 2014, n. 14038, *ivi*, n. 262950-01. Sull'intenzionalità del dolo, in dottrina cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 375 ss.; A. VALLINI, *L'abuso di ufficio*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 320 ss.; A. NATALINI, *Intenzionalità del dolo ex art. 323 c.p. e pretesa esclusività della finalità tipica: l'avallo della Cassazione ad una discutibile assimilazione ermeneutica*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3204 ss.

²⁷ Cass. Sez. V, 6 maggio 1999, n. 2133, in *CED*, n. 213525 – 01.

²⁸ Cfr. Cass. Sez. VI, 24 maggio 2011, n. 36020, in *CED*, n. 250776-01; inoltre per la necessità della effettiva verifica di tali eventi, v. Cass. Sez. VI, 24 febbraio 2003, n. 18360, *ivi*, n. 225894.

²⁹ Cass. Sez. VI, 4 marzo 1999, n. 6274, in *CED*, n. 214156.

³⁰ Cfr. Cass. Sez. III, 13 dicembre 2017, n. 4140, in *CED*, n. 272113-01; Cass. Sez. VI, 30 gennaio 2013, n. 12370, *ivi*, n. 256004-01.

³¹ C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., p. 139; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, cit., p. 248 ss.

³² Cass. Sez. V, 19 febbraio 2014, n. 32023, in *Dir. & Giust.* 2014, 22 luglio.

Il vantaggio o il danno per rilevare ai sensi della fattispecie di abuso d'ufficio devono essere "ingiusti". Ingiustizia che ha un significato autonomo e non dipendente dalla stessa condotta illegittima. E perciò ad avviso della giurisprudenza di legittimità, ai fini dell'integrazione del reato di abuso d'ufficio è necessario che sussista la c.d. "doppia ingiustizia", nel senso che ingiusta deve essere la condotta, in quanto connotata da violazione di legge, ed ingiusto deve essere l'evento di vantaggio patrimoniale, in quanto non spettante in base al diritto oggettivo regolante la materia. Ne consegue che occorre una duplice distinta valutazione in proposito, non potendosi far discendere l'ingiustizia del vantaggio patrimoniale conseguito dalla illegittimità del mezzo utilizzato e quindi dalla accertata esistenza dell'illegittimità della condotta³³.

4. La riformulazione del sintagma "in violazione di norme di legge". L'esclusione dall'area della tipicità delle "norme di regolamento".

Sebbene la fattispecie di cui all'art. 323 c.p. – dopo la riforma del 1997 – fosse ampiamente determinata, dotata di elementi di forte capacità selettiva nonché difficilmente potesse considerarsi un fattore davvero cruciale dell'inefficienza cronica della nostra P.A., il d.l. n. 76 del 2020 ha tuttavia messo mano alla configurazione del reato in modo molto incisivo.

Con la riformulazione dell'abuso d'ufficio si è sostituito il sintagma "in violazione di norme di legge o di regolamento": aspetto nevralgico della novella del 1997 (l. n. 234) su cui da subito si era incentrata l'attenzione degli interpreti e della giurisprudenza di legittimità³⁴.

Nella riscrittura della porzione dell'enunciato occorre tenere distinte tre componenti:

(a) la maggior connotazione della condotta di "violazione di norme di legge";

³³ Cfr. Cass. Sez. VI, 29 gennaio 2015, n. 11394, in *CED*, n. 262793-01; Cass. Sez. VI, 4 novembre 2015, n. 48913, *ivi*, n. 265473 – 01. In dottrina, cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 371 ss.; C. Benussi, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, cit., p. 133 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte speciale*, vol. I, Giuffrè, 2008, p. 278 ss.; M. PARODI GIUSINO, voce *Abuso di ufficio*, in *Dig. d. pen.*, Appendice, Utet, 1994, vol. VIII, p. 591 ss.; A. SEGRETO – G. DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1999, p. 534 ss. In senso difforme, S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, in *Studium juris*, 1997, p. 1258 ss.; S. SEMINARA, *Il delitto di abuso di ufficio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1992, p. 578; R. RAMPIONI, *L'abuso d'ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Coppi, Giappichelli, 1993, p. 122 ss.

³⁴ Cfr. Cass. Sez. II, 4 dicembre 1997, Tosches, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2332, con nota di M. GAMBARDELLA, *Considerazioni sulla «violazione di norme di legge» nel nuovo delitto di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*. In dottrina, ampia è l'analisi di tale condotta di abuso: su tutti, cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 354 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte speciale*, vol. I, cit., p. 281 ss.; A. VALLINI, *L'abuso di ufficio*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 291 ss.; M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Giuffrè, 2002, p. 276 ss.; G. RUGGIERO, *Abuso di ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 357 ss.; C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 278 ss.; A. MERLO, *L'abuso di ufficio tra legge e giudice*, Giappichelli, 2019, p. 273 ss.; S. MASSI, *Parametri formali e "violazione di legge" nell'abuso d'ufficio*, in *Arch. pen.*, 2019, fasc. 1. Per un quadro riassuntivo delle posizioni M. GAMBARDELLA, *Codice penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, diretta da G. Lattanzi – E. Lupo, vol. IV, Giuffrè, 2015, p. 598 ss.

(b) la soppressione del riferimento alle norme di fonte regolamentare;
(c) l'introduzione dell'inedito (rispetto alla previgente versione) concetto di "atti aventi forza di legge".

(a) Quanto all'accennato primo dato, la tecnica normativa della rimodulazione del 2020 è imperniata, sotto il profilo logico, nella maggior connotazione della condotta tipica della violazione di norme di legge. Si è così puntualizzato nell'enunciato legislativo che la condotta di abuso deve attenere:

- (i) alla violazione di una specifica regola di condotta;
- (ii) a regole di condotta espressamente previste dalla legge (o da atti aventi forza di legge);
- (iii) a regole di condotta dalle quali non residuino margini di discrezionalità³⁵.

La nuova descrizione del fatto tipico – tramite la maggior connotazione del sintagma "in violazione di norme di legge" – potrebbe determinare un restringimento dell'area di punibilità del delitto *de quo*, e dunque una parziale *abolitio criminis* (art. 2, comma 2, c.p.). E ciò soprattutto se il termine di relazione è costituito – come accade in particolar modo nel nostro caso – dal diritto vivente: dall'incriminazione quale fatta vivere dalla giurisprudenza di cassazione.

La questione centrale della riscrittura della prima condotta tipica abusiva è sicuramente quella di verificare se vi è stata l'esclusione dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione dal campo applicativo della figura di reato. Con la conseguenza di ritenere che solo l'attività vincolata della pubblica amministrazione continui a rilevare nella fattispecie, mentre tutto il blocco dell'attività discrezionale sia stato espunto dalla nuova formulazione dell'incriminazione.

E se l'attività discrezionale non rilevasse più ai fini dell'integrazione dell'abuso d'ufficio, verrebbe escluso anche il sindacato del giudice penale sull'eccesso o sviamento di potere: in quanto – come è noto – soltanto se l'attività amministrativa è di natura discrezionale può ricorrere il vizio di eccesso di potere³⁶.

A tal fine, bisogna stabilire quale significato vada ascritto alla porzione finale del sintagma: specifiche regole di condotta legali e dalle quali "non residuino margini di discrezionalità".

La formula legislativa appare semanticamente ambigua, perché espressa in forma negativa. Stando al possibile significato letterale (come insieme di segni linguistici), parrebbe trattarsi di una norma che attiene all'esercizio di una attività non discrezionale della pubblica amministrazione. Discrezionalità qui intesa nella relazione tra la l'attività pubblica e la legge: quest'ultima attribuisce al pubblico agente la facoltà di scelta fra più comportamenti giuridicamente leciti per il soddisfacimento dell'interesse pubblico e per il perseguimento di un fine rispondente alla causa del potere esercitato.

³⁵ Cfr. G.L. GATTA, *Da "spazza-corrotti a "basta paura"*, cit., p. 5 ss.

³⁶ Cfr. V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, 2020, p. 696 ss.

Si accennato però che il sintagma in esame è ambiguo sul piano semantico, perché formulato in negativo. Tale “infelice” tecnica normativa potrebbe avere una spiegazione. Probabilmente l’enunciato rinviene la sua matrice e la sua logica attinente alla “separazione dei poteri” nell’art. 31, comma 3, cod. proc. amm. (“azione avverso il silenzio”³⁷).

Tuttavia, se la formula normativa per un verso, appare ripresa dall’art. 31, comma 3, cod. proc. amm. in tema di azione avverso il silenzio inadempimento della pubblica amministrazione; per altro verso, è mutuata dalla disposizione citata solo in modo parziale, generando un forte tasso di incertezza ermeneutica.

Invero, ai sensi del comma 3 dell’art. 31 cod. proc. amm., in relazione alla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, il giudice può pronunciarsi solo quando “si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità”.

Qui il legislatore non solo le accosta, ma sembrerebbe inoltre distinguere tra attività vincolata e attività priva di margini di discrezionalità. Risultando così l’enunciato del codice del processo amministrativo, sul piano semantico, privo dell’ambiguità presente invece nel testo del nuovo abuso d’ufficio.

In definitiva, sembra proprio che il legislatore del 2020, per riformare l’abuso d’ufficio, abbia attinto alla elaborazione in materia di silenzio inadempimento e al suo collegamento con la teorica della separazione dei poteri. Infatti, in tale ambito, il giudice può tradizionalmente conoscere della fondatezza dell’istanza in tema di silenzio adempimento soltanto con riferimento agli atti vincolati e dovuti. Mentre, si esclude la possibilità per lo stesso di valutare la fondatezza dell’istanza in presenza di una attività discrezionale “pura”. Altrimenti, il giudice si sostituirebbe all’attività riservata alla sfera della pubblica amministrazione.

La nuova formulazione sembrerebbe escludere dall’area del penalmente rilevante anche quella particolare forma di discrezionalità c.d. tecnica³⁸. Nella discrezionalità tecnica si esaminano fatti o situazioni rilevanti per l’esercizio del potere pubblico (necessità del profilo del “giudizio”), ma non vi è poi una scelta collegata a un bilanciamento di interessi (mancanza del profilo della “scelta”). Anche con riferimento alla riforma dell’abuso d’ufficio, nonostante la peculiarità di tale modello di discrezionalità, occorre mettere in luce la netta linea di demarcazione tra discrezionalità e discrezionalità tecnica, da una parte, e vincolatività dell’attività amministrativa, dall’altra. Confine reso altresì palese dall’art. 21-*octies* cod. proc. amm., che dispone la non annullabilità del provvedimento avente natura vincolata.

In conclusione, il legislatore del 2020 letteralmente sembrerebbe voler dire che deve trattarsi di una regola “legale”, che attiene alla c.d. attività vincolata della P.A. Nell’esercizio del suo potere, all’agente pubblico non sarebbe perciò lasciato alcun

³⁷ In merito all’azione avverso il silenzio vedasi V. CERULLI IRELLI, *Corso di giustizia amministrativa, Le giurisdizioni e le azioni*, La Sapienza Editrice, 2016, p. 185 ss.

³⁸ Al riguardo, cfr. P. VIRGA, *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi*, 2, Giuffrè, p. 6 ss.

marginale di apprezzamento, predeterminando la regola, in tutti i suoi aspetti, le modalità di azione della pubblica amministrazione nel perseguimento dell'interesse pubblico³⁹.

Se così fosse, sarebbero importanti gli esiti, dal punto di vista intertemporale, per le condotte escluse – a seguito del ritaglio del legislatore del 2020 – dall'area incriminatrice dell'abuso d'ufficio, e non rilevanti in base a qualche altra incriminazione ("omogenea strutturalmente") che riespande il suo ambito applicativo.

Per quanto concerne i profili processuali dell'*abolitio criminis*, in particolare, occorrerà distinguere tra due possibili momenti temporali di produzione del fenomeno abolitivo: nel corso di un procedimento penale, ovvero dopo la sua conclusione in presenza di una sentenza di condanna irrevocabile.

Nella prima ipotesi, i provvedimenti del giudice variano a seconda della fase processuale, pur essendo utilizzabile la medesima formula (ovverosia il fatto non è previsto dalla legge come reato): provvedimento di archiviazione *ex art. 411 c.p.p.* nelle indagini preliminari; sentenza di immediato proscioglimento di ufficio *ex art. 129 c.p.p.* in ogni stato e grado del processo; sentenza di annullamento senza rinvio con contestuale proscioglimento in Cassazione in virtù del combinato disposto degli artt. 129 e 620 lett. a) c.p.p.; infine sentenza di non luogo a procedere *ex art. 425 c.p.p.* o sentenza di assoluzione *ex art. 530 c.p.p.* qualora ci si avveda dell'avvenuta *abolitio criminis* durante la fase deliberativa dell'udienza preliminare o del giudizio di primo e secondo grado.

Nella seconda ipotesi, al cospetto di una condanna irrevocabile è invece necessaria la revoca della stessa da parte del giudice dell'esecuzione *ex art. 673 c.p.p.* (cfr. § 8).

(b) Riguardo alla seconda componente della riscrittura relativa all'amputazione nell'enunciato legislativo del riferimento alla violazione di norme di "regolamento", essa sottrae all'area di tipicità una intera classe di fattispecie; e quindi anche in tale ambito si dovrebbe produrre un fenomeno di parziale abolizione dell'incriminazione (art. 2, comma 2, c.p.).

Ebbene, non v'è dubbio che la porzione normativa concernente la violazione di norme di regolamento, in quanto oggetto di una ripermimetrazione dai confini abbastanza "netti", risulta foriera di meno problemi – sul piano intertemporale – rispetto alla rimodulazione del sintagma "in violazione di norme di legge".

Certamente, si tratta di una tipologia di condotta che nel passato ha generato forti incertezze applicative. Invero, il concetto di "regolamento" è di difficile definizione, poiché i vari tipi di regolamenti presentano un carattere altamente eterogeneo. Oltretutto, un gran numero di provvedimenti che rivestono natura regolamentare, presentano nomi diversi: ordinanze, decreti, bandi, istruzioni, ecc.⁴⁰

³⁹ Cfr. V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 632 ss.; F. CARINGELLA, *Compendio di diritto amministrativo*, cit., p. 119 ss.

⁴⁰ Si veda in tal senso M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 361; T. PADOVANI, *Commento*, cit., p. 744 ss.; C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, cit., p. 76 ss.

Il termine “regolamento” denotava nella versione 1997 dell’art. 323 c.p. senz’altro sia gli atti normativi generali e astratti emanati dal governo o da singoli ministri, ai sensi della l. 23 agosto 1988, n. 400, sia quelli adottati nell’esercizio della potestà regolamentare dalle province o comuni⁴¹.

Nel primo commento alla modifica dell’abuso d’ufficio, si è prospettata la possibile irragionevolezza dell’esclusione delle norme di fonte regolamentare dall’area di tipicità dell’incriminazione⁴².

Parrebbe nondimeno una scelta di politica criminale del legislatore non sindacabile dalla Corte costituzionale. Oltretutto è un ritaglio che ha effetti favorevoli (abolitivi), e soggiace quindi ai limiti imposti al controllo di costituzionalità delle c.d. norme penali di favore (pronunce del Giudice delle leggi da cui derivino effetti o modifiche sfavorevoli nel sistema penale).

(c) Una funzione del tutto opposta potrebbe avere invece l’aggiunta – nell’enunciato legislativo – del riferimento agli “atti aventi forza di legge”.

Qui l’arricchimento del testo genera invece la questione di stabilire se vi è di conseguenza qualche nuova classe di fattispecie, e dunque se siamo di fronte al concetto di “nuova incriminazione” di cui all’art. 2, comma 1, c.p.

In realtà non vi è una porzione nuova di incriminazione: il riferimento agli atti era già ricompreso nell’ampio concetto di norma di legge di cui alla versione del 1997 dell’art. 323 c.p., e pertanto l’esplicitazione nel testo dell’abuso d’ufficio dell’elemento dell’atto avente forza di legge è senza conseguenza dal punto di vista intertemporale.

La “forza di legge” indica le conseguenze: le più importanti sono il sindacato della Corte costituzionale (sugli atti aventi forza di legge) e la gerarchia (subordinate alle norme costituzionali e capacità di abrogare/modificare atti con forza di legge precedenti)⁴³.

5. Sviamiento di potere e abuso d’ufficio.

Occorre ora interrogarsi più a fondo su che cosa – a seguito della riscrittura del 2020 della porzione relativa alla violazione di norme di legge – resta escluso dall’area di applicazione della norma incriminatrice.

Quali classi di fattispecie, e di conseguenza quali vicende concrete, entrano nel campo della parziale *abolitio criminis* dell’abuso d’ufficio?

Una prima risposta relativa alla domanda se, dalla maggior connotazione della prima condotta tipica dell’art. 323 c.p., derivi una minor denotazione del campo applicativo dell’incriminazione, può essere fornita prendendo come riferimento le acquisizioni giurisprudenziali degli ultimi anni, con particolare riguardo alla rilevanza

⁴¹ Cfr. Cass. Sez. VI, 24 aprile 2001, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1009; Cass. Sez. VI, 16 ottobre 2012, n. 43476, in *CED*, n. 253793.

⁴² G.L. GATTA, *Da “spazza-corrotti a “basta paura”, cit.*, p. 5 ss.

⁴³ Cfr. L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Cedam, 1998, p. 137 ss.; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 106 ss.

del vizio di sviamento di potere nel fatto tipico dell'art. 323 c.p., nonché della violazione dell'art. 97 Cost.

E questo perché la rinnovata descrizione della prima condotta abusiva – come accennato – potrebbe escludere dal perimetro dell'incriminazione la violazione di norme concernenti l'attività discrezionale della P.A. e di norme che non si riferiscono ad un preciso comportamento dell'agente pubblico come le norme costituzionali di principio.

A tal fine, per una proficua lettura della giurisprudenza sull'abuso d'ufficio versione 1997 in chiave intertemporale, va tenuto presente quanto segue:

(i) in primo luogo, che una regola di condotta priva di discrezionalità non può essere affetta da uno sviamento di potere, essendo quest'ultimo un vizio di legittimità collegato necessariamente all'esercizio di una attività discrezionale;

(ii) in secondo luogo, che l'art. 97 Cost., in quanto norma costituzionale, potrebbe – secondo un certo indirizzo – non essere riconducibile al concetto di legge (o a quello di atti aventi forza di legge);

(iii) infine, che è presente un accesso dibattito (in dottrina e giurisprudenza) se l'art. 97 Cost. sia una precisa regola di comportamento di immediata applicazione, ovvero una norma di principio che non abbia carattere precettivo ed abbia un valore meramente programmatico.

E veniamo adesso al banco di prova rappresentato dagli orientamenti giurisprudenziali in tema di eccesso (sviamento) di potere e sull'art. 97 Cost.

Un primo orientamento – formatosi all'indomani della riforma del 1997, sulla scorta del disegno legislativo – ha postulato il necessario collegamento tra la potestà giudiziaria di sindacato e l'individuazione di una violazione di legge quale vizio di legittimità amministrativa, con l'esclusione dunque dell'eccesso di potere (e dell'incompetenza). Si è affermato così che nell'attuale configurazione dell'abuso d'ufficio si continua ad assegnare rilevanza alla partizione dei tradizionali vizi dell'atto amministrativo, ma ai fini della condotta di abuso viene in considerazione soltanto il vizio di violazione di legge. E pertanto riguardo all'art. 323 c.p., nella formulazione introdotta nel 1997, va escluso che il reato possa realizzarsi con l'adozione di un provvedimento amministrativo affetto da vizi di legittimità diversi da quelli tassativamente indicati dalla norma, quale l'eccesso di potere⁴⁴. Per tale orientamento deve ritenersi espunta dall'area della rilevanza penale ogni ipotesi di abuso di poteri o di funzioni non concretatesi nella formale violazione di norme legislative o regolamentari (o del dovere di astensione), negandosi così al giudice penale la possibilità di invadere l'ambito della discrezionalità amministrativa che il legislatore ha stimato, anche per esigenze di certezza del precetto penale, di sottrarre a tale sindacato⁴⁵.

⁴⁴ In questo senso M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., p. 35 ss.; G. DELLA MONICA, *La non configurabilità dell'abuso d'ufficio per eccesso di potere*, in *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, a cura di AA.VV., coordinato da A.A. Dalia, M. Ferraioli, Giuffrè, 1997, p. 70 ss.; C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., p. 90 ss.

⁴⁵ Cass. Sez. II, 29 aprile 2004, n. 37515, in CED, n. 229715; e più di recente Cass. Sez. V, 13 novembre 2019, n. 49485, *ivi*, n. 278042-02.

Ad avviso poi di un ulteriore indirizzo giurisprudenziale il requisito della violazione di norme di legge non può essere integrato dall'inosservanza delle norme di principio poste dall'art. 97 Cost.⁴⁶. Tale disposizione infatti non ha carattere precettivo ed ha valore meramente programmatico, cosicché tali principi per il carattere generale che li distingue non sono idonei a costituire oggetto della violazione che può dar luogo alla integrazione del reato previsto dall'art. 323 c.p.

Quest'ultimo orientamento trova la sua origine nella già menzionata prima fondamentale decisione "Tosches" resa dalla Suprema Corte in tema di riformulazione dell'abuso d'ufficio ex l. n. 234/1997. Nella pronuncia si è osservato che la violazione di legge può integrare l'elemento richiesto dall'art. 323 c.p. soltanto se la norma violata non sia genericamente strumentale alla regolarità dell'attività amministrativa, ma vieti puntualmente il comportamento sostanziale dell'agente pubblico; risultando pertanto irrilevanti le violazioni di alcune norme a carattere meramente procedimentale ovvero le violazioni di norme di principio, come quella prevista dall'art. 97 Cost. sul buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, che peraltro appare di carattere organizzativo e non sembra prescrivere specifici comportamenti ai singoli soggetti. Una diversa interpretazione della disposizione, per la Corte, finirebbe per esporla a dubbi di costituzionalità, per violazione dell'art. 25, comma 2, Cost., con riferimento alla indeterminatezza della fattispecie incriminatrice⁴⁷.

Un diverso indirizzo ha tentato invece di recuperare lo schema dell'eccesso di potere nella configurazione del delitto di abuso d'ufficio, facendo leva sull'uso dei principi costituzionali che governano l'azione della pubblica amministrazione e in particolare sull'art. 97, comma 2, Cost. Si è in tal senso asserito che, ai fini della sussistenza del reato di cui all'art. 323 c.p., può trovare applicazione anche l'art. 97 Cost., per il quale i pubblici uffici devono essere organizzati secondo disposizioni di legge in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione⁴⁸. L'imparzialità dell'azione amministrativa può costituire allora parametro di riferimento per il reato di abuso di ufficio⁴⁹. Invero, l'imparzialità

⁴⁶ In dottrina si veda sul punto A. CARMONA, *La nuova figura di abuso d'ufficio: aspetti di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1843; A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 255 ss. Ad avviso di quest'ultimo, l'art. 97 Cost. non è norma idonea ad integrare il precetto penale; diversamente risulterebbe violato il principio di tassatività a causa della genericità del parametro.

⁴⁷ Cfr. Cass. Sez. II, 4 dicembre 1997, *Tosches*, cit. Nello stesso senso, Cass. Sez. VI, 11 ottobre 2005, n. 12769, in *CED*, n. 233730, secondo cui non è idonea a rendere configurabile la violazione di legge rilevante ai fini dell'integrazione del delitto di abuso d'ufficio la sola inosservanza di norme di principio o di quelle genericamente strumentali alla regolarità dell'azione amministrativa.

⁴⁸ Nel senso di ritenere che tra le disposizioni da osservare ci sia certamente la Costituzione e, segnatamente, l'art. 97 Cost. v. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte speciale*, vol. I, cit., p. 283 ss.; A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, p. 108; P. PITTARO, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, in *Le nuove leggi penali*, a cura di AA.VV., Cedam, 1998, p. 23 ss.; C.F. GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso d'ufficio*, in *Foro it.*, 1999, V, 334; M. GAMBARDILLA, *Considerazioni sulla «violazione di norme di legge» nel nuovo delitto di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*, cit., p. 2341.

⁴⁹ Cfr. A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, Giappichelli, 2002, p. 5 ss., il quale ripercorre analiticamente i diversi orientamenti sul possibile impiego dell'art. 97 Cost. come parametro di valutazione della tipicità delle condotte abusive.

amministrativa, intesa come divieto di favoritismi e dunque obbligo di trattare tutti i soggetti portatori di interessi tutelabili con la medesima misura, ha i caratteri e i contenuti precettivi richiesti dall'art. 323 c.p., in quanto impone all'agente pubblico una vera e propria regola di comportamento di immediata applicazione⁵⁰.

Oggi sembra prevalere l'ulteriore orientamento che riconduce all'interno del requisito della violazione di legge il vizio del c.d. sviamento di potere, e dunque perpetua lo stretto legame fra abuso d'ufficio ed eccesso di potere, nel senso che resta attribuito al giudice penale, anche dopo la novella del 1997, il sindacato sulla discrezionalità amministrativa per mezzo dello strumento più penetrante a disposizione dell'autorità giudiziaria, costituito appunto dall'eccesso di potere.

È vero tuttavia che la giurisprudenza di legittimità quasi mai nomina questo vizio di legittimità, ma si riferisce alla nozione di sviamento di potere. Ma è pur vero che lo sviamento di potere è il nucleo fondamentale del vizio di eccesso di potere; sviamento di potere che rinviene la sua matrice francese nel *détournement de pouvoir* come vizio dell'atto amministrativo attraverso cui la giurisprudenza del Consiglio di Stato francese cominciò, dopo la metà dell'Ottocento, ad ammettere un parziale controllo giudiziale dell'*acte discretionnaire*⁵¹.

Secondo questo filone giurisprudenziale, si ha violazione di legge, rilevante ai sensi dell'art. 323 c.p., allorché l'atto dell'ufficio sia stato posto in essere per scopi esclusivamente personali, poiché in tale ipotesi sono violate le norme di legge che attribuiscono il relativo potere al pubblico agente. I poteri di quest'ultimo sono collegati a una funzione, e dunque sono esercitabili solo in vista del perseguimento di uno scopo pubblico, che del potere stesso costituisce la condizione intrinseca di legalità. È pertanto integrato l'elemento costitutivo della violazione di legge, non solo quando la condotta sia svolta in contrasto con le forme, le procedure, i requisiti previsti dall'ordinamento, ma anche quando essa non sia conformata al presupposto da cui trae origine il potere, caratterizzato dal vincolo di tipicità e di stretta legalità funzionale. Derivandone che il potere esercitato per un fine diverso da quello stabilito dalla legge, e quindi per uno scopo personale o egoistico o comunque estraneo alla pubblica amministrazione, si pone fuori dallo schema di legalità e rappresenta uno "sviamento" produttivo di una lesione dell'interesse tutelato dal delitto di abuso d'ufficio⁵².

Questa prospettiva che, in relazione al delitto di abuso di ufficio, assegna al giudice penale un ampio potere di controllo sull'uso della discrezionalità amministrativa nell'azione degli agenti pubblici, come accennato, è stata accolta dalla Suprema Corte nel suo massimo consesso. Ad avviso delle Sezioni unite "Rossi" del 2011, va infatti ritenuto rilevante, ai fini della violazione di legge, che l'atto di ufficio non

⁵⁰ Cass. Sez. VI, 26 giugno 2013, n. 34086, in CED, n. 257036-01; Cass. Sez. VI, 30 gennaio 2013, n. 12370, *ivi*, n. 256003-01; Cass. Sez. VI, 2 aprile 2015, n. 27816, *ivi*, n. 263933-01; Cass. Sez. VI, 12 giugno 2018, n. 49549, *ivi*, n. 274225-01.

⁵¹ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, 1988, p. 484 ss.

⁵² Cfr. Cass. Sez. VI, 5 luglio 2001, n. 35597, in CED n. 250779; Cass. Sez. VI, 11 marzo 2005, n. 12196, *ivi*, n. 231194; Cass. Sez. VI, 18 ottobre 2006, n. 38965, *ivi*, n. 235277; Cass. Sez. VI, 25 settembre 2009, n. 41402, *ivi*, n. 245287; Cass. Sez. V, 16 giugno 2010, n. 35501, *ivi*, n. 248496.

sia stato emanato nel rispetto delle norme di legge che regolano un'attività ovvero che attribuiscono al pubblico ufficiale il "potere" di compierla. Per qualsiasi pubblica funzione autoritativa, 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 legalità⁵³.

Si ha pertanto violazione di legge, rilevante a norma dell'art. 323 c.p., non solo quando la condotta di un 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 un interesse collidente con quello per il quale il potere è conferito. Anche in questa ipotesi si realizza un vizio della funzione legale, che è denominato sviamento di potere e che integra violazione di legge perché sta a significare che la potestà non è stata esercitata secondo lo schema normativo che legittima l'attribuzione⁵⁴.

Nel senso delle Sezioni unite Rossi, si è orientata la nettamente prevalente successiva giurisprudenza di legittimità. Pertanto, la violazione di legge rilevante ai fini dell'integrazione dell'art. 323 c.p. riguarda non solo la condotta del pubblico ufficiale in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche le condotte che siano dirette alla realizzazione di un interesse collidente con quello per quale il potere è conferito, ponendo in essere un vero e proprio sviamento della funzione⁵⁵. Inoltre, sussiste la violazione di legge non solo quando la condotta dell'agente pubblico sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando la stessa risulti orientata alla sola realizzazione di un interesse contrastante con quello per il quale il potere è attribuito, realizzandosi in tale ipotesi il vizio dello sviamento di potere, che integra la violazione di legge poiché lo stesso non viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione⁵⁶.

Ora, muovendo dalla casistica giurisprudenziale degli ultimi anni, è possibile ipotizzare che alcune vicende concrete, con la riforma del 2020, non potranno essere più sussunte sotto l'abuso d'ufficio. E ciò sicuramente se prevarrà una interpretazione letterale della riformulazione della figura di reato, nonché basata sulla volontà storica del legislatore desumibile dalle sbandierate ragioni della riforma da parte della Presidenza del Consiglio. Ossia una interpretazione secondo cui integrano un frammento della norma di abuso d'ufficio solo le violazioni di specifiche regole di condotta di fonte legale e non più quelle di fonte regolamentare e deve inoltre trattarsi di regole dalle quali non residuino margini di discrezionalità.

Si pensi alla fattispecie, sussunta sotto lo sviamento di potere, in cui un carabiniere aveva imposto a delle cittadine extracomunitarie l'obbligo di esibizione dei

⁵³ Cass. Sez. un., 29 settembre 2011, Rossi, n. 155, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2410.

⁵⁴ Cass. Sez. un., 29 settembre 2011, Rossi, n. 155, cit.

⁵⁵ Cass. Sez. VI, 13 aprile 2018, n. 19519, in *CED*, n. 273099-01; Cass. Sez. II, 5 maggio 2015, n. 23019, *ivi*, n. 264279-01.

⁵⁶ Cass. sez. VI, 2 aprile 2015, n. 27816, in *CED*, n. 263932.

documenti di soggiorno, ingiungendo loro di attendere l'arrivo della pattuglia dei carabinieri esclusivamente per finalità ritorsive e vessatorie⁵⁷.

Altro caso è quello del demansionamento di un dipendente comunale attuato con intento discriminatorio o ritorsivo: si è ritenuto che tale condotta determina l'inosservanza dei doveri di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost.⁵⁸.

Si pensi ancora alla fattispecie – ricondotta allo sviamento della funzione – in cui il sindaco di un Comune aveva disposto la revoca dell'incarico dirigenziale ricoperto da un dipendente candidatosi in una lista contrapposta, apparentemente giustificando tale scelta con esigenze di contenimento della spesa senza che, tuttavia, fosse stata previamente deliberata una diversa organizzazione degli uffici⁵⁹.

Si prenda in considerazione altresì la fattispecie riguardante dei docenti universitari che hanno favorito illecitamente alcuni candidati, preventivamente individuati, nell'assegnazione di borse di studio, ricondotta alla inosservanza dei doveri funzionali del pubblico dipendente ex art. 13 d.P.R. n. 3 del 1957, norma generica e con ampi spazi di discrezionalità⁶⁰.

Ulteriore esempio è quello relativo a una fattispecie in tema di adozione di provvedimenti finalizzati a svuotare di mansioni l'attività del responsabile del Servizio Lavori Pubblici di un Comune, quale ritorsione per l'adozione di provvedimenti contrari agli interessi personali del Sindaco. Provvedimenti ritenuti in violazione dell'art. 97 Cost., in quanto inosservanti del dovere per il pubblico funzionario di non usare il potere che la legge gli conferisce per compiere deliberati favoritismi e procurare ingiusti vantaggi o arrecare danni ingiusti⁶¹.

6. I rapporti con la seconda condotta tipica: la violazione dell'obbligo di astensione.

Occorre adesso esaminare la relazione della prima riformulata condotta tipica della "violazione di specifiche regole di condotta legali" con la seconda modalità di integrazione dell'abuso d'ufficio, incentrata invece su una situazione di "conflitto di interessi". Si tratta di una fattispecie non toccata dalla novella del 2020, ed erede dell'abrogata figura nel 1990 dell'interesse privato in atti d'ufficio (art. 324 c.p.).

La condotta tipica consiste qui nella violazione di un obbligo di astensione: l'agente pubblico omette di astenersi "in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti"⁶². Anche questa condotta tipica, per

⁵⁷ Cass. Sez. VI, 5 luglio 2001, n. 35597, cit.

⁵⁸ Cass. Sez. VI, 21 febbraio 2019, n. 22871, in CED, n. 275985.

⁵⁹ Cass. Sez. VI, 13 aprile 2018, n. 19519, in CED, n. 273099.

⁶⁰ Cass. Sez. VI, 5 giugno 2018, n. 38546, in CED, n. 273794.

⁶¹ Cass. Sez. VI, 12 giugno 2014, n. 38357, in CED, n. 260472.

⁶² Cfr. A. VALLINI, *L'abuso di ufficio*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 301 ss.; G. RUGGIERO, *Abuso di ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 369 ss.

configurarsi il delitto di cui all'art. 323 c.p., deve procurare un ingiusto vantaggio patrimoniale o arrecare un danno ingiusto⁶³.

Ebbene, la sottofattispecie di abuso, imperniata sulla prevenzione del conflitto d'interessi in capo all'agente pubblico – pur se sul piano sintattico affetta da un alto tasso di ambiguità: “altri casi prescritti” a che cosa si riferisce? – è stata oggetto di una univoca lettura (almeno) nella giurisprudenza di legittimità. Essa, secondo quanto più volte affermato dalla Suprema Corte, opererebbe a prescindere da una violazione di una specifica regola di condotta contemplata esplicitamente da una legge⁶⁴. Non è necessario così individuare una violazione di legge (o di regolamento) perché possa reputarsi sussistente l'elemento materiale del delitto *de quo*⁶⁵.

In giurisprudenza, si è infatti ritenuto che con la fattispecie in questione si è introdotto, in via diretta e generale, un dovere di astensione per i pubblici agenti che si trovino in una situazione di conflitto di interessi, con la conseguenza che l'inosservanza del dovere di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto integra il reato anche se manchi, per il procedimento ove l'agente è chiamato ad operare, una specifica disciplina dell'astensione, o ve ne sia una che riguardi un numero più ridotto di ipotesi o che sia priva di carattere cogente⁶⁶.

A seguito della riscrittura della sottofattispecie della violazione di norme di legge, pare essersi venuto a creare un profondo solco tra le due condotte tipiche: la situazione di conflitto di interessi è rilevante come abuso d'ufficio anche quando faccia difetto una specifica disciplina dell'astensione, nel senso che quest'ultima non trovi la sua fonte in una norma di legge; mentre la prima condotta tipica pare esigere una specifica regola di condotta espressamente di fonte legale.

Qualora, la giurisprudenza si orientasse per una lettura della prima condotta tipica nel senso di ricomprendere in quest'ultima soltanto le violazioni connesse all'attività vincolata della pubblica amministrazione, non è da escludersi che la stessa giurisprudenza potrebbe per altro verso far rientrare, nella seconda condotta tipica relativa alla violazione dell'obbligo di astensione, sia alcuni casi di eccesso di potere nello svolgimento dell'attività discrezionale sia le violazioni di norme di fonte regolamentare⁶⁷.

⁶³ Cfr. Cass. Sez. VI, 6 febbraio 2020, n. 1205, in CED, n. 278723.

⁶⁴ Ad avviso di una diversa (e minoritaria in dottrina) opzione ermeneutica, sarebbero rilevanti unicamente le inosservanze degli obblighi di astensione espressamente previsti da una legge (o da un regolamento) cfr. C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, cit., p. 128 ss. Per un riepilogo delle posizioni in proposito, cfr. M. GAMBARDILLA, *Codice penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, cit., p. 620 ss.

⁶⁵ Cass. Sez. VI, 14 aprile 2003, n. 26702, in CED, n. 225490. In dottrina, in tal senso ad es. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 366 ss.

⁶⁶ Cfr. Cass. Sez. VI, 15 marzo 2013, n. 14457, in CED, n. 255324; Cass. Sez. VI, 19 ottobre 2004, n. 7992/2005, *ivi*, n. 231477.

⁶⁷ In tal senso, v. altresì G.L. GATTA, *Da “spazza-corrotti a “basta paura”*, cit., p. 9 ss.

7. Le ripercussioni della riformulazione sui rapporti con l'omissione di atti d'ufficio e il peculato.

Nell'originaria configurazione del 1930, essendo una fattispecie di abuso "innominato" di ufficio, l'art. 323 c.p. aveva un esiguo ambito applicativo: puniva infatti soltanto quei casi nei quali l'abuso d'ufficio non era "preveduto come reato da una particolare disposizione di legge".

Con la riforma del 1990 (l. n. 86/90), nell'art. 323 c.p. confluirono non solo parte delle ipotesi precedentemente punite (dalle espressamente abrogate) fattispecie di interesse privato (art. 324 c.p.) e peculato per distrazione (art. 314 c.p.), ma inoltre la trasformazione della clausola di sussidiarietà in clausola di sussidiarietà limitata - "salvo che il fatto non costituisca un più grave reato" - determinò che alcune omissioni di atti di ufficio, in presenza degli altri requisiti, venissero ad integrare il delitto in questione⁶⁸.

L'abuso d'ufficio, dopo la novella del '97, può essere realizzato anche in forma omissiva, come affermato più volte dalla giurisprudenza di legittimità negli ultimi anni. Si è ritenuto così che la fattispecie oggettiva del delitto di abuso d'ufficio, può essere integrata anche da una condotta omissiva, purché si tratti del mancato esercizio di un potere esplicitamente attribuito all'agente pubblico da una norma di legge o regolamentare⁶⁹.

Quanto ai rapporti dell'abuso d'ufficio con i delitti di rifiuto e omissione di atti d'ufficio (art. 328 c.p.), allorché il reato di cui all'art. 323 c.p. è posto in essere attraverso una condotta omissiva, la giurisprudenza ritiene che comunque i delitti di rifiuto o omissione di atti d'ufficio restino in tal caso assorbiti, per effetto della clausola di riserva contenuta nell'*incipit* dell'art. 323 c.p. in quanto quest'ultimo reato più grave⁷⁰. Infatti, allorché l'agente pubblico con la condotta abusiva abbia intenzionalmente procurato un ingiusto vantaggio patrimoniale o danno e, al tempo stesso, integrato gli estremi di altro reato meno grave, la clausola di riserva preclude in radice (prescindendo da un rapporto

⁶⁸ V. ad es. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 350 ss.; M. GAMBARDILLA, *Codice penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, cit., p. 594 ss.

⁶⁹ Cfr. Cass. Sez. VI, 9 novembre 2010, n. 41697, in CED, n. 248822; Cass. Sez. VI, 22 gennaio 2010, n. 10009, *ivi*, n. 246481. Naturalmente, l'azione comandata, il cui mancato compimento integra l'omissione, deve essere prevista da una norma di legge o di regolamento. Nel senso che la condotta può integrare un abuso punibile ex art. 323 c.p. qualora la norma di legge o regolamentare abbia un obbligo di *facere* che l'agente pubblico disattende si vedano G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, cit., 2012, p. 254; A.M. STILE - C. CUPELLI, voce *Abuso d'ufficio*, in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., p. 4. Il mancato esercizio del potere non è sufficiente da solo per configurare la fattispecie abusiva, dovendo ad esso accompagnarsi, attraverso la strumentalizzazione della propria funzione, sia la volontà (dolo intenzionale) di procurare un ingiusto vantaggio patrimoniale o di arrecare un danno ingiusto, sia la effettiva verifica di tali eventi (così Cass. Sez. VI, 24 febbraio 2003, n. 18360, in CED, n. 225894-01).

In generale sulla configurabilità dell'abuso d'ufficio in forma omissiva, oltre agli Autori già citati, v. M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., 81 ss.; E. INFANTE, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, cit., p. 340 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 298 ss.

⁷⁰ Cfr. Cass. Sez. VI, 22 gennaio 2010, n. 10009, in CED, n. 246481-01; Cass. Sez. VI, 24 febbraio 2003, n. 18360, *ivi*, n. 225894-01.

di specialità fra le incriminazioni *ex art. 15 c.p.*) il concorso formale eterogeneo, dandosi luogo ad una vicenda di concorso apparente di norme incriminatrici.

Con la modifica dell'art. 323 c.p. conseguente al decreto semplificazioni, si profila la questione legata all'eventuale riemersione del delitto di rifiuto/omissione di atti d'ufficio.

Le condotte storiche riconducibili ad entrambi i reati e punibili – per via della clausola di riserva posta nell'art. 323 c.p. – unicamente in base all'abuso d'ufficio potrebbero diventare ora sussumibili invece sotto l'art. 328, comma 1, c.p. In tal caso, non si determinerebbe, però, completamente il fenomeno della c.d. *abrogatio sine abolitione*: a seguito del restringimento dell'area di operatività dell'incriminazione di cui all'art. 323 c.p. e la contemporanea riespansione del rifiuto/omissione di atti d'ufficio. Quest'ultimo delitto sarebbe applicabile in realtà solo ai fatti storici successivi alla riformulazione del 2020 dell'abuso d'ufficio, stante la relazione di eterogeneità sul piano strutturale tra le due norme incriminatrici che si avvicinano nel tempo nella punizione del fatto storico (cfr. § 8).

A seguito della riscrittura dell'art. 323 c.p., vanno inoltre rideterminati i confini con il delitto di peculato (art. 314 c.p.); e in particolare con le forme di c.d. peculato per distrazione, le quali – come accennato – dopo la riforma del 1990 sono state (almeno in parte) attratte nel perimetro dell'abuso d'ufficio.

Se si volge lo sguardo ad alcune recenti pronunce della Suprema Corte, può tracciarsi una linea di demarcazione tra il delitto di peculato e quello di abuso d'ufficio in relazione alle condotte distrattive. Distinzione utile per stabilire se una porzione dei fatti tornerà a sussumersi al di sotto del peculato a seguito dell'odierna rimodulazione dell'art. 323 c.p.

Ad avviso della giurisprudenza di legittimità, va ricondotta al delitto di cui all'art. 314 c.p. la condotta distrattiva del denaro o di altri beni che realizzi la sottrazione degli stessi alla destinazione pubblica e l'utilizzo per il soddisfacimento di interessi privatistici dell'agente; mentre è configurabile l'abuso d'ufficio allorché si sia in presenza di una distrazione a profitto proprio, la quale tuttavia si concretizzi in un uso indebito del bene che non ne comporti la perdita e la conseguente lesione patrimoniale a danno dell'ente cui appartiene⁷¹.

Tale principio di diritto, se messo in relazione alle concrete vicende esaminate dalla Corte di cassazione, ci permette di supporre che alcune condotte distrattive sussunte in precedenza all'interno dell'abuso d'ufficio, se prevarrà l'interpretazione meramente letterale della disposizione suffragata dall'intenzione del legislatore-Governo, potrebbero trovare spazio – per il futuro (in quanto anche abuso d'ufficio e peculato sono figure eterogenee tra loro, cfr. § 8) – nuovamente nell'art. 314 c.p. sotto però l'autonoma ipotesi meno grave di peculato d'uso (comma 2).

Per esempio, si è ritenuto integrare l'abuso d'ufficio e non il peculato la condotta di un agente della polizia di Stato che utilizzava il fax, in dotazione dell'ufficio, per

⁷¹ Cass. Sez. VI, 23 gennaio 2018, n. 19484, in CED, n. 273783; Cass. Sez. VI, 2 marzo 2016, n. 12658, *ivi*, n. 266871.

finalità personali relative ad una sua collaborazione con una società svolgente attività nel campo antinfortunistico. Ad avviso della Corte, vi è stato un uso dei mezzi inerenti a una funzione pubblica per finalità differenti da quelle per le quali l'esercizio del potere è concesso, e indirizzate a procurare un vantaggio patrimoniale⁷².

Secondo la Suprema Corte non è configurabile il peculato *ex* comma 1 dell'art. 314 c.p., perché manca la definitiva perdita del bene da parte della pubblica amministrazione; si è fatto solo uso indebito del bene (il fax) dell'ufficio, distogliendolo dalla sua destinazione per fini personali.

Inoltre, non è realizzata nemmeno la forma meno grave di peculato d'uso *ex* comma 2 dell'art. 314 c.p., in quanto nella vicenda concreta l'uso indebito del fax non ha prodotto un apprezzabile danno al patrimonio della P.A. o di terzi o una concreta lesione della funzionalità dell'ufficio in ragione della minima entità del danno neppure quantificato (il fax è stato utilizzato 13 volte).

Ma allora le condotte distrattive in cui vi è stato un impiego di beni/mezzi relativi a una pubblica funzione per finalità diverse da quelle per il quale il potere è attribuito dalla legge, in cui si riscontra un danno al patrimonio della pubblica amministrazione o di terzi ovvero una concreta lesione della funzionalità dell'ufficio, transiteranno dall'abuso d'ufficio al peculato d'uso e saranno perciò qualificabili come reato alla stregua della figura delittuosa di cui all'art. 314, comma 2, c.p.⁷³.

8. La spinosa questione della revoca delle sentenze di condanna *ex* art. 673 c.p.p.

L'ulteriore tema fondamentale che si pone a seguito della riforma dell'abuso d'ufficio del 2020 – soprattutto se si andrà affermando una lettura della “nuova” incriminazione da cui deriva una parziale *abolitio criminis* della stessa – è quello connesso all'eventuale riapertura dei giudicati di condanna per i fatti di abuso d'ufficio nei quali si è accertato uno sviamento di potere, ovvero si è posta alla base una norma di principio o l'art. 97 Cost., nonché si è incerti sulla fonte legislativa o regolamentare della norma violata.

⁷² Cass. Sez. VI, 26 aprile 2016, n. 22800, in CED, n. 267070.

⁷³ Sui rapporti tra il peculato d'uso e l'abuso d'ufficio, va ricordata l'annosa questione del c.d. “peculato telefonico”. In relazione all'uso momentaneo e temporaneo del telefono d'ufficio sono intervenute – come noto – le Sezioni unite, le quali hanno negato la configurabilità dell'abuso d'ufficio in quanto l'art. 323 c.p. richiede che la condotta che determini o procuri al pubblico ufficiale un ingiusto vantaggio patrimoniale con altrui danno sia una condotta che violi norme di legge o regolamenti. In particolare, si è evidenziato che le norme che disciplinavano l'uso del telefono d'ufficio, contenute nel codice deontologico di autodisciplina dei pubblici dipendenti, trattandosi di un DPCM, non avevano in origine natura regolamentare (Cass. Sez. un., 20 dicembre 2012, n. 19054/2013, Vattani, in *Cass. pen.*, 2014, p. 484, con nota di E. MENGONI, *Utilizzo indebito del telefono come peculato d'uso: una soluzione che non convince*). Tuttavia, successivamente con codice di condotta dei dipendenti pubblici che ha il rango di regolamento perché approvato con un regolamento governativo (d.P.R. n. 62 del 2013), la condotta dell'uso momentaneo del telefono d'ufficio avrebbe potuto essere sussunta sotto l'art. 323 c.p. Per effetto del decreto semplificazioni il peculato telefonico ormai non sembrerebbe comunque rientrare nel riformulato abuso d'ufficio, giacché non sembrano più esservi ricomprese le condotte violative di norme di comportamento contenute in regolamenti.

Come è noto, ai sensi dell'art. 673 c.p.p., il giudice dell'esecuzione, in caso di abolizione anche parziale dell'incriminazione, è tenuto a revocare la sentenza di condanna passata in giudicato, dichiarando che il fatto non è più previsto dalla legge come reato. Inoltre, sul presupposto che la revoca della sentenza a seguito di *abolitio criminis* comporta altresì la cessazione degli effetti penali della condanna, come espressamente disposto dall'art. 2 comma 2 c.p., il legislatore ha previsto all'art. 673 c.p.p., con estrema coerenza sistematica, che il giudice dell'esecuzione debba inoltre adottare i "provvedimenti conseguenti".

È facilmente pronosticabile che si porranno notevoli difficoltà di accertamento nello stabilire se il fatto per cui si è stati condannati in via definitiva appartiene all'area espunta dall'incriminazione a seguito della riforma del 2020, oppure a quella ancora inserita nel perimetro della fattispecie legale; con un aggravio del lavoro della magistratura penale già in forte affanno, come è risaputo. Per la revoca della pronuncia di condanna è necessario invero che il fatto accertato in sentenza dal giudice della cognizione appartenga alla porzione di norma incriminatrice abrogata e non già a quella in continuità normativa⁷⁴.

Una ulteriore difficoltà per il giudice dell'esecuzione nella decisione circa la revoca della condanna per abolizione del reato, *ex art. 673 c.p.p.*, è costituita – come accennato – dalla possibile riespansione del delitto di rifiuto/omissione di atti d'ufficio e di quello di peculato. Bisogna, dunque, fare i conti pure col tema dell'eventuale *abrogatio sine abolitione* prima di procedere alla revoca della condanna passata in giudicato. Si è detto nel precedente paragrafo che se s'imporrà una lettura del nuovo art. 323 c.p. nel senso di espungere dal suo campo applicativo l'attività discrezionale e le norme costituzionali alcune vicende diverranno penalmente rilevanti ai sensi dei delitti di cui agli artt. 314, comma 2, e 328, comma 1, c.p.

Ebbene, la riformulazione dell'abuso d'ufficio potrebbe comportare nel nostro caso una limitata *abolitio criminis* (per il "passato") riguardo alle condotte astrattamente ricadenti anche nel delitto di rifiuto di atti d'ufficio e di peculato d'uso. Tali condotte, se non potranno più essere sussunte nell'abuso d'ufficio così come descritto dopo il decreto semplificazioni del 2020, potranno trovare rilevanza penale – soltanto però per il "futuro" – attraverso i delitti di peculato d'uso ovvero di rifiuto di atti d'ufficio ("nuova incriminazione" per il futuro, *ex art. 2, comma 1, c.p.*): ossia tali figure di reato potranno essere contestate in relazione alle condotte storiche poste in essere dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 76 del 2020.

Non si tratterebbe tuttavia del fenomeno chiamato *abrogatio sine abolitione*, giacché non è possibile istituire un rapporto di continuità normativa tra la porzione della fattispecie di abuso d'ufficio abrogata e tali delitti che si riespandono, allo scopo di schivare il fenomeno della parziale abolizione della incriminazione di abuso d'ufficio.

E questo perché, sulla scorta della giurisprudenza in materia di successione di leggi⁷⁵, in assenza di una relazione unilaterale di specialità fra incriminazioni – come nel

⁷⁴ Si veda in proposito M. GAMBARDILLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Jovene, 2008, p. 348 ss.

⁷⁵ Cfr. Cass. Sez. un., 26 febbraio 2009, n. 24468, Rizzoli, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4113 ss.

nostro caso tra il delitto di abuso d'ufficio abrogato, da una parte, e quello di peculato nonché di rifiuto di atti d'ufficio, dall'altra, che si dilatano (figure tra loro strutturalmente eterogenee) – va dichiarato da parte del giudice che il fatto non è previsto dalla legge come reato per l'intervenuta *abolitio criminis*.

Sulla base di quanto prima detto, verrebbe in rilievo quindi di una parziale *abolitio criminis* (per il passato) riguardo a queste tipologie di fatti di abuso d'ufficio (solo per il futuro sussumibili nei reati di peculato d'uso e rifiuto di atti d'ufficio), cui consegue perciò la revoca da parte del giudice dell'esecuzione, *ex art. 673 c.p.p.*, delle pronunce di condanna e la rimozione degli effetti pregiudizievoli che scaturiscono dal giudicato.

Per completezza del discorso, può osservarsi come, ai fini della revoca della condanna per *abolitio criminis* (e incostituzionalità della norma penale), una notevole importanza riveste la pronuncia delle Sezioni unite "Gatto" del 2014⁷⁶.

Le Sezioni unite "Gatto" sottolineano l'accresciuta dimensione della giurisdizione esecutiva, con la maggiore ampiezza di poteri assegnati al giudice dell'esecuzione⁷⁷. Costui, dunque, non è tenuto solo alla verifica dell'efficacia del titolo esecutivo, ma è anche abilitato ad incidere sul contenuto di esso allorquando imprescindibili esigenze di giustizia, dopo la condanna irrevocabile, lo esigano. Il sistema processuale attribuisce al giudice dell'esecuzione poteri valutativi⁷⁸, e siffatte valutazioni potranno essere assunte, se necessario, tramite l'esame degli atti processuali, ai sensi dell'art. 666, comma 5, c.p.p., che accorda la facoltà al giudice di acquisire i documenti e le informazioni necessarie e, quando occorre, di assumere prove nel rispetto del principio del contraddittorio⁷⁹.

Il giudice dell'esecuzione deve pertanto accertare se il reato per il quale è stata pronunciata condanna sia considerato ancora tale dalla legge e, a tal fine, può effettuare una sostanziale ricognizione del quadro probatorio già acquisito ed utilizzare elementi che, irrilevanti al momento della sentenza, siano divenuti determinanti, alla luce del diritto sopravvenuto, per la decisione sull'imputazione contestata⁸⁰.

Deve tuttavia escludersi l'operatività dell'istituto revoca della sentenza per *abolitio criminis*, qualora esso richieda al giudice della esecuzione non un riscontro meramente ricognitivo della perdita di efficacia della norma incriminatrice, ma una indagine valutativa in ordine alla sussistenza delle condizioni cui è subordinata la produzione dell'effetto abrogativo⁸¹.

⁷⁶ Cass. Sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, in *Cass. pen.*, 2015, p. 41 ss., con nota di M. GAMBARDILLA, *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutto da una parte*; in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 975 ss., con nota di D. VICOLI, *L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni unite*, in *Riv. it. dir. e proc. Pen.*, 2015, p. 1007 ss.

⁷⁷ Cfr. F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, 2011, p. 261 ss.

⁷⁸ Cass. Sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, cit.

⁷⁹ Cass. Sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, cit.

⁸⁰ Cass. Sez. III, 25 ottobre 2016, n. 5248/2017, in *CED*, n. 269011 – 01.

⁸¹ Cass. Sez. I, 11 dicembre 2012, n. 2638/2013, in *CED*, n. 254561 – 01.

9. Sindacato del giudice penale e discrezionalità amministrativa.

Il tema del sindacato del giudice penale sulla discrezionalità dell'attività amministrativa è tradizionalmente incentrato sullo studio dell'abuso d'ufficio. Nel delitto di cui all'art. 323 c.p., infatti, l'argomento del controllo sulla legalità dell'azione dei pubblici poteri assume un ruolo preminente, al fine di stabilire il corretto spazio di verifica giudiziaria sull'attività discrezionale della pubblica amministrazione nell'ambito dell'ordinamento penale.

A ben vedere, la ragione ultima di tale stretto legame tra abuso d'ufficio e sindacato sulla discrezionalità amministrativa risiede proprio nell'essenza dell'attuale incriminazione. In estrema sintesi, col codice Rocco del 1930 si è abbandonata la prospettiva dei codici penali ottocenteschi in cui si tutelava solo la libertà del singolo individuo contro le prevaricazioni del funzionario pubblico, per inserire una figura criminosa che rappresentasse invece lo strumento di controllo del giudice penale sull'operato dei pubblici funzionari⁸².

Nell'elaborazione giurisprudenziale sull'art. 323 c.p. si faceva usualmente coincidere l'elemento oggettivo dell'abuso d'ufficio con l'adozione di un atto amministrativo affetto da uno dei tre vizi di legittimità dell'atto amministrativo (violazione di legge, incompetenza, eccesso di potere). Orientamento giurisprudenziale avallato dall'importante sentenza della Corte costituzionale del 1965, secondo la quale: «il fatto punibile consiste nella trasgressione, da parte del pubblico ufficiale, di un dovere inerente all'ufficio, quando essa si concreti in un atto o, comunque, in un comportamento illegittimo, posto in essere con dolo»⁸³.

Per comprendere meglio il problema del sindacato del giudice penale sul cattivo uso della discrezionalità amministrativa, prendiamo in considerazione la figura dell'agente pubblico il quale volontariamente, nell'esercizio delle sue funzioni pubbliche, realizza una condotta in violazione delle norme che disciplinano l'esercizio dei suoi poteri (attività discrezionale); oppure il comportamento del pubblico funzionario che si estrinseca nell'adottare un atto amministrativo in violazione di legge, o per finalità diverse rispetto a quelle che la legge gli assegna.

Ebbene quali sono i mezzi, gli strumenti, le forme di tutela che l'ordinamento appresta per rimediare a tale condotta dell'agente pubblico, che ha posto in essere una attività amministrativa illegale o ha emanato un atto illegittimo secondo le categorie del diritto amministrativo (oggi vizi sostanziali di invalidità espressamente previsti dalla l. n. 241 del 1990)?

Sicuramente sono esperibili gli strumenti di tutela amministrativa: il ricorso al T.A.R. per l'annullamento dell'atto illegittimo (art. 29 cod. proc. amm.).

Dobbiamo tuttavia chiederci se sia ipotizzabile una tutela anche sul piano penale: nel senso di sanzionare penalmente l'agente pubblico (reato proprio) che emana un atto

⁸² A. GARGANI, *“L'abuso innominato di autorità” nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, p. 1226 ss.; M. GAMBARDILLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., p. 249 ss.

⁸³ Corte cost., 4 febbraio 1965, n. 7, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1966, p. 984 ss., con nota di F. BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*

o pone in essere un'attività amministrativa illegittima (secondo i classici parametri d'invalidità dell'atto amministrativo: incompetenza, eccesso di potere, violazione di legge), volontariamente (ossia dolo, e non colpa); atto o attività amministrativa che danneggia o avvantaggia qualcuno. Senza trascurare però il principio di *extrema ratio* nel diritto penale, che vuole l'impiego dello strumento penale solo quando non vi sia un altro strumento sanzionatorio in grado di assicurare al bene giuridico una tutela altrettanto efficace; realizzando così il contenuto del principio di sussidiarietà, che si connette direttamente al carattere inviolabile della libertà personale *ex art. 13 Cost.*

Possiamo allora ritenere legittima e necessaria la scelta legislativa di incriminare l'agente pubblico (soggetto qualificato) che con dolo adotta un atto amministrativo invalido (illegittimo)? Eventualmente arricchendo tale nucleo del fatto penalmente illecito con ulteriori elementi di reato (ad esempio: il fine specifico di procurare un vantaggio o arrecare un danno, oppure la connotazione di intenzionalità della condotta). Si tratterebbe di un insieme di elementi che individuano una specifica forma di offesa al bene-interesse contenuto nell'art. 97 Cost. (il buon andamento e l'imparzialità dell'azione della pubblica amministrazione).

L'esigenza nel nostro ordinamento di una figura di reato che tuteli tale forma di offesa al bene del buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione ha trovato storicamente attuazione nel delitto di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.).

Ora, solo ammettendo un potere di controllo, sindacato, verifica, in capo al giudice penale sugli atti e in genere sull'attività della pubblica amministrazione (e in particolare sugli atti adottati dagli agenti pubblici) possiamo ritenere indispensabile nel nostro sistema (per tutelare efficacemente il bene di cui all'art. 97 Cost.) una incriminazione di tal genere.

Il sindacato sulla legalità dell'azione amministrativa rappresenta, infatti, il presupposto logico di una figura di reato costruita come l'abuso d'ufficio⁸⁴.

Occorre tuttavia interrogarsi sulla legittimità o meno di una potestà del giudice penale di controllare l'attività discrezionale della pubblica amministrazione.

Orbene, il controllo di legalità amministrativa da parte del giudice penale viola il principio illuministico della separazione dei poteri? I tre classici poteri dello Stato (esecutivo, legislativo, giudiziario) in tal modo perdono la loro completa autonomia, mentre dovrebbero rimanere divisi?

Il controllo del giudice penale sulla legalità dell'agire della pubblica amministrazione origina dal principio illuministico della separazione dei poteri. Al giudice penale, attraverso il principio della separazione dei poteri, è assegnato il compito di garantire i diritti dei cittadini. E tale ruolo di garanzia, per essere efficacemente ed esaurientemente svolto, necessita della possibilità di conoscenza dell'attività amministrativa quando essa interferisca con le libertà individuali fondamentali. Alla cognizione del giudice penale non può essere perciò sottratto nulla che possa servire a tutelare il diritto fondamentale della libertà del cittadino⁸⁵.

⁸⁴ Cfr. M. GAMBARDILLA, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale nel delitto di abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2860 ss.

⁸⁵ C. GOYARD, *La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative*, Editions Montchrestien, 1962, p.

Il principio della separazione dei poteri è, infatti, associato dallo stesso testo fondamentale – l'art. XVI della "Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino" del 1789 – alla nozione di garanzia dei diritti: «*Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*»⁸⁶. E proprio la garanzia dei diritti individuali, obiettivo del principio proclamato dalla legislazione rivoluzionaria, si realizza opportunamente solo attraverso una adeguata ripartizione del contenzioso amministrativo. A tal fine è necessario, dunque, che esista un giudice indipendente rispetto alla pubblica amministrazione, al quale sia attribuito la protezione dei diritti fondamentali dei cittadini, riconosciuti e proclamati dai Rivoluzionari⁸⁷.

Allora, è proprio grazie al principio della separazione dei poteri che il giudice ordinario può controllare la legalità dell'azione amministrativa, e non è quindi vero il contrario – come comunemente si afferma – che il principio di matrice illuministica impedisca al giudice di prendere cognizione degli atti della pubblica amministrazione⁸⁸. Si supera così il principio di separazione delle autorità amministrative e giudiziarie, lasciato dell'*Ancien Régime* (codificato in modo espresso da Louis XIII nell'Editto di Saint-Germain-en-Laye del 21 febbraio 1641), che in pieno assolutismo monarchico devolve il contenzioso amministrativo alla stessa autorità amministrativa e che impedisce ai tribunali (all'autorità giudiziaria) di conoscere degli affari amministrativi e di partecipare all'amministrazione dello Stato⁸⁹.

Sulla scorta dell'idea che il giudice penale non possa valutare la legalità dell'azione della pubblica amministrazione, la novella 2020 dell'abuso d'ufficio presenta ancora una volta il chiaro intento di "neutralizzare" l'ambito applicativo dell'art. 323 c.p. Si vuol sottrarre all'autorità giudiziaria penale il controllo sull'attività discrezionale dell'agente pubblico, così svuotando di fatto la previsione normativa e riducendola ai soli casi marginali e meno importanti.

Risulta palese l'intento della riforma: sottrarre l'attività discrezionale della pubblica amministrazione al controllo del giudice penale, relegandolo al circoscritto ambito dell'attività vincolata.

Tuttavia, questa operazione rischia non solo di restringere l'ambito applicativo del reato, ma addirittura di condurre ad una sua sostanziale abrogazione. Giacché se il reato di abuso di ufficio viene tipizzato escludendo il sindacato sull'attività discrezionale della pubblica amministrazione e mantenendo la potestà di controllo del giudice penale soltanto rispetto all'attività vincolata, le ipotesi in cui si può configurare il reato sono veramente esigue. Si tratta in pratica di inutili casi di scuola che non contribuiscono in alcun modo a rendere più efficace – mediante lo strumento penale – la tutela dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione, poiché lo si ripete l'abuso di ufficio è ontologicamente legato all'eccesso di potere e dunque alla

81.

⁸⁶ Cfr. al riguardo M. TROPER, *La separazione dei poteri e la storia costituzionale francese*, E.S.I., 2005, p. 172 ss.

⁸⁷ C. GOYARD, *La compétence des tribunaux judiciaires*, cit., p. 88.

⁸⁸ Cfr. M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit., p. 21 ss. Nello stesso senso A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio*, E.S.I., 2012, p. 89 ss.

⁸⁹ Cfr. M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit., p. 14 ss.

possibilità di un controllo sulla discrezionalità amministrativa attraverso il vizio di eccesso (o sviamento di potere) da parte del giudice penale.

In definitiva, si può osservare che l'abuso d'ufficio è incriminazione congiunta in modo indissolubile al principio di legalità dell'azione amministrativa; e dunque al sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa avente quale parametro di giudizio proprio il principio da ultimo citato.

L'essenza di tale illecito penale è costituita, infatti, dal comportamento dell'agente pubblico posto in essere in violazione del principio di legalità dell'attività amministrativa, il quale, volontariamente, avvantaggia o danneggia qualcuno.

Poi si potrà costruire il danno o il vantaggio all'interno della fattispecie legale anche come una mera finalità cui deve tendere la condotta del pubblico agente, se si vuol anticipare la soglia della risposta penale; oppure connotare la volontarietà della condotta nel senso di richiedere che essa debba essere intenzionale, per selezionare ulteriormente e con più precisione la classe dei comportamenti puniti dall'incriminazione in questione. Ma resta il fatto che il "tipo delittuoso abuso d'ufficio" in questa fase del nostro ordinamento è legato in modo inscindibile al comportamento del pubblico funzionario che si estrinseca in una attività o nell'adozione di un provvedimento amministrativo che sia inosservante dei principi e delle regole che governano l'azione dei pubblici poteri. Al giudice penale non può dunque essere sottratto il controllo sulla legalità dell'azione della pubblica amministrazione, pena l'inutilità o l'impossibilità logica di prevedere nel nostro sistema penale una tale figura di reato.

Ora, il punto cruciale diventa il principio di legalità dell'azione amministrativa: se esso debba essere inteso in senso formale o sostanziale.

Intendendo per "formale", la legalità che in senso debole reputa conforme alla legge ogni atto che sia fondato sulla legge medesima. E per "sostanziale", la legalità che in senso forte considera invece conforme alla legge ogni atto la cui forma e il cui contenuto sia predeterminato dalla legge.

In quest'ultima ipotesi, gli atti della pubblica amministrazione, oltre a rispettare i limiti formali fissati dalla legge, devono essere adottati in conformità della disciplina sostanziale dettata dalla stessa legge; disciplina che incide anche sulle modalità di esercizio dell'azione, e dunque penetra all'interno dell'esercizio del potere da parte dell'agente pubblico.

Ebbene, se conveniamo che il principio di legalità in senso forte vada inteso come legalità sostanziale, allora dobbiamo attribuire al giudice penale il sindacato sull'uso che la pubblica amministrazione ha fatto della discrezionalità amministrativa; non potendosi limitare di conseguenza il controllo del magistrato all'aspetto formale della legittimità dell'azione amministrativa, circoscrivendolo unicamente al vizio "amministrativo" di violazione di legge.

Come si è tentato in precedenza di argomentare, nell'abuso d'ufficio il controllo di legalità del giudice penale non può prescindere dal filtro dell'eccesso di potere; concetto inteso qui nel senso di cattivo uso del potere discrezionale: l'autorità amministrativa non ha cioè esercitato "bene" il suo potere discrezionale. Eccesso di potere non solo quindi come accertamento dell'adozione di un provvedimento per un fine diverso da quello dello schema normativo (c.d. sviamento di potere), ma verifica

ampliata altresì alle cosiddette figure sintomatiche (fallacie nelle operazioni logiche, quale la contraddittorietà dei provvedimenti, manifesta illogicità, ecc.).

Così inteso, l'accertamento dell'eccesso di potere – con il limite segnato dal genuino “merito amministrativo” – rappresenta indubbiamente lo strumento più adeguato, di cui il giudice penale possa essere dotato, per valutare il rispetto da parte del pubblico amministratore del principio di legalità sostanziale dell'attività amministrativa. E dunque per ancorare il delitto di abuso d'ufficio alla concreta offesa degli interessi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione.

10. Riflessioni finali: potrebbe non cambiare nulla?

La rottura del nesso inscindibile tra sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa e delitto di abuso d'ufficio compiuta dal d.l. n. 76 del 2020, per sottrarre al controllo giurisdizionale penale l'attività degli agenti pubblici, sembra determinare una evidente stortura nella operatività del reato *ex art. 323 c.p.*

Si profila il concreto rischio di escludere dal campo applicativo molti dei casi più gravi di abuso d'ufficio, le condotte maggiormente lesive per il bene della imparzialità e del buon andamento dell'attività della P.A.; mentre si lasciano all'interno del perimetro dell'incriminazione le ipotesi minori, bagatellari. I casi di abuso più eclatanti e più macroscopici resterebbero sostanzialmente impuniti proprio perché si tratta di casi di abuso collegati all'attività discrezionale: come sappiamo, è nelle maglie della discrezionalità e dietro il paravento di una scrupolosa osservanza della legge che spesso si annida l'arbitrio della pubblica amministrazione.

È evidente, dietro il paravento della riformulazione per determinate meglio la fattispecie e di assicurare gli amministratori pubblici, l'intento “nei fatti” di “depenalizzare” l'abuso d'ufficio. Il chiaro tentativo del legislatore del 2020 di escludere l'attività discrezionale dal campo applicativo dell'art. 323 c.p. e di assegnare rilevanza alla sola attività vincolata ne è manifesta riprova.

Invero, come sappiamo, al cospetto di una attività amministrativa vincolata manca l'esercizio di un potere pubblico. Lì dove vi è attività vincolata, dove il provvedimento è vincolato, predeterminato dalla legge in tutti i suoi aspetti, non può esistere un pubblico potere. E dunque nell'intenzione del legislatore il campo applicativo dell'abuso d'ufficio dovrebbe essere quello, del tutto residuale e di scarso disvalore in un settore dedicato ai delitti contro la pubblica amministrazione (!), in cui è assente il momento pubblicistico e manca perciò l'esercizio del potere pubblico. E non a caso si afferma che il potere è vincolato nelle ipotesi in cui, per la non complessità dei rapporti da regolare, la legge predetermini in tutti i suoi aspetti il contenuto dei provvedimenti amministrativi⁹⁰.

⁹⁰ Così V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 697.

Sotto il profilo politico-criminale, se l'obiettivo perseguito è quello di escludere il sindacato del giudice penale sul cattivo uso dei poteri dei funzionari pubblici nell'attività discrezionale, sarebbe meglio allora avere il coraggio di eliminare del tutto la figura dell'abuso d'ufficio⁹¹. Senza inutili e dispendiose riformulazioni come quella odierna, che aumenta l'incertezza e rappresenta un costo in termini di attività giudiziaria per l'ambiguità di cui è impregnata la configurazione della fattispecie legale.

E non può escludersi che, pur di fronte ad una precisa scelta del legislatore storico del 2020 di limitare l'ambito applicativo dell'art. 323 c.p. a poche residuali ipotesi di violazioni nell'attività vincolata della P.A., la giurisprudenza non vada in direzione opposta, creando "un diritto vivente" analogo al precedente.

E ciò, per un verso, valorizzando – come accennato in precedenza – la seconda condotta tipica dell'abuso imperniato su una situazione di conflitto di interessi, facendovi rientrare molti dei casi di sviamento di potere e di violazione di norme regolamentari.

Ma soprattutto, per altro verso, puntando ancora una volta sulla valorizzazione dell'art. 97 Cost. e del principio costituzionale di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione; ovvero sull'art. 1 l. n. 241 del 1990 (legge generale sul procedimento amministrativo).

In particolare, l'art. 1 della l. n. 241 cit. ha fatto divenire i principi di efficienza, economicità, imparzialità, pubblicità e trasparenza parametri legislativamente posti per il giudizio di validità dei provvedimenti amministrativi, ampliando con evidenza l'area dell'illegittimità. Le violazioni dei precetti normativamente sanciti dall'art. 1 l. n. 241 rientrano oramai nel vizio di violazione di legge. Sono violazioni di regole di condotta espressamente previste dalla legge⁹².

Quanto all'art. 97 Cost., potrebbe rappresentare in effetti il grimaldello per mantenere la giurisprudenza in linea con la previgente, con riguardo ai casi di c.d. sviamento di potere.

Vediamo sinteticamente perché:

a) nel concetto di legge sono ricomprese "a fortiori", in base all'argomento *a minori ad majus*, le norme costituzionali; e dunque anche l'art. 97 Cost.;

b) l'art. 97 Cost. è stato più volte interpretato nella giurisprudenza di legittimità (cfr. § 5) nel senso di contenere una precisa regola di comportamento di immediata applicazione;

c) l'art. 97 Cost. potrebbe essere reputato rispondente alla necessità che si tratti di una regola di condotta senza margini di discrezionalità. Invero, il sintagma "non residuino margini di discrezionalità" è – come si è tentato di tratteggiare – espressione semanticamente vaga, e potrebbe non costituire un ostacolo per i giudici nel ribadire che la violazione dell'art. 97 Cost., del principio di imparzialità e buon andamento, è rilevante ai fini dell'integrazione del delitto di cui all'art. 323 c.p.

⁹¹ Ad avviso di G.L. GATTA, *Da "spazza-corrotti a "basta paura"*, cit., p. 9 ss., in sede di conversione sarebbe opportuno eliminare dalla disposizione il riferimento ai margini di discrezionalità.

⁹² Cfr. ad es. F. CARINGELLA, *Compendio di diritto amministrativo*, cit., p. 485.

Si è modificata ancora una volta la configurazione dell'abuso d'ufficio, ma il risultato potrebbe essere sempre lo stesso: il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa permane.

Un esito siffatto non sarebbe casuale, bensì è nella "natura delle cose".

Il binomio è indissolubile: abuso d'ufficio e sindacato sul cattivo uso della discrezionalità amministrativa stanno e cadono insieme (*simul stabunt vel simul cadent*).

Finché sarà vigente il delitto *de quo* dovrà essere consentito anche il controllo di legalità del giudice penale sull'azione amministrativa discrezionale, ne rappresenta l'essenza. Essenza che, come scritto da Tommaso d'Aquino nel *De ente et essentia*, è ciò che fa sì che ogni cosa sia quella determinata cosa.