

L'ABUSO D'UFFICIO: CONSIDERAZIONI A MARGINE DELLA SUA ABROGAZIONE

di Elena Mattevi
(Ricercatrice di diritto penale,
Università di Trento)

Sommario: 1. Le ragioni del legislatore per un nuovo intervento normativo sull'abuso d'ufficio. – 2. L'evoluzione della fattispecie di cui all'art. 323 Cp e i risultati (non) conseguiti. – 2.1 La riforma del 1997, gli obiettivi perseguiti e la risposta della giurisprudenza. – 2.2 La riforma del 2020 e le questioni lasciate irrisolte. – 3. Le criticità di una scelta meramente abrogativa. – 3.1. Il quadro sovranazionale. – 3.2. La decretazione d'urgenza per colmare in anticipo una lacuna di tutela. – 3.3. Ragioni dell'abrogazione e vuoti di tutela – 4. Considerazioni conclusive.

1. Il reato di abuso d'ufficio è stato abrogato. Che il suo destino fosse ormai sostanzialmente segnato era divenuto chiaro a tutti nel momento in cui alcune più circoscritte proposte di riforma dell'art. 323 Cp¹, presentate nel corso della XIX

¹ Oltre alle proposte volte all'abrogazione dell'art. 323 Cp presentate nel corso della 19° Legislatura – insieme al Progetto di legge/Atto Camera n. 654 “Introduzione dell'articolo 54-ter del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, in materia di abuso d'ufficio, e abrogazione dell'articolo 323 del codice penale” (Costa), con cui si disegnava un nuovo articolo (art. 54-bis) del testo unico del pubblico impiego (decreto legislativo 30.03.2001 n. 165), nel quale veniva pressoché integralmente trasposto il dettato dell'articolo 323 Cp ma la pena della reclusione veniva sostituita con una sanzione pecuniaria da 1.000 a 15.000 euro, che doveva essere applicata dall'Autorità anticorruzione (ANAC) al termine di un procedimento garantito dal contraddittorio tra le parti – si possono ricordare il Progetto di legge/Atto Camera n. 716 “Modifica dell'articolo 323 del codice penale, concernente il reato di abuso d'ufficio” (Pella), con cui si proponeva di modificare il reato di abuso d'ufficio, limitandolo alla violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge dalle quali non residuino margini di discrezionalità o alla violazione consapevole dell'obbligo di astensione quando arrechino ad altri un danno ingiusto, con l'ulteriore specificazione che tale danno debba essere una conseguenza diretta della condotta tenuta dall'agente; il Disegno di Legge/Atto Senato n. 382 “Modifiche all'art. 323 del codice penale in materia di abuso d'ufficio” (Gelmini), con cui si proponeva di riformulare la disposizione di cui all'art. 323 Cp richiedendo che il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, «al solo fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero di arrecare ad altri un danno ingiusto, intenzionalmente violi specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero intenzionalmente ometta di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti», sempre che dalla condotta consegua effettivamente un vantaggio o un danno di rilevante gravità; nonché il Disegno di Legge/Atto Senato n. 348 “Modica dell'articolo 323 del codice penale in materia di reato di abuso d'ufficio” (Stefani) che

Legislatura, erano state superate dal d.d.l. S. 808, di iniziativa governativa (Nordio-Crosetto), recante “Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all’ordinamento giudiziario e al codice dell’ordinamento militare”, e volto all’abrogazione del reato; disegno di legge che è stato approvato dal Senato a larga maggioranza il 13.2.2024 e che, dopo alcuni mesi utili anche testare la tenuta della maggioranza di governo, in data 10.7.2024 è stato definitivamente approvato senza modifiche dalla Camera (C. 1718), nonostante una buona parte della dottrina italiana avesse espresso la sua contrarietà all’iniziativa riformistica più radicale².

Le ragioni per le quali si sarebbe dovuti arrivare all’abolizione del reato sono succintamente enunciate nella Relazione al disegno di legge governativo³ e meritano di essere ricordate, anche per saggiarne la consistenza.

Innanzitutto, il numero complessivo delle sentenze di condanna per violazione dell’art. 323 Cp è molto basso: solo 18, nel 2021, a seguito del dibattimento di primo grado – e quindi non definitive – a cui si aggiungono 9 condanne davanti al GUP e 35 sentenze di patteggiamento. Questi numeri, però, non dovrebbero esser letti da soli, quanto invece essere messi in relazione con il numero di iscrizioni per lo stesso reato nel registro degli indagati, che appare molto più elevato: 4.745 nel 2021 e 3.938 nel 2022. Lo squilibrio tra iscrizioni e casi in cui la responsabilità per abuso d’ufficio è stata accertata giudizialmente, almeno in primo grado, sarebbe assolutamente anomalo e

proponeva di restringere la fattispecie di abuso d’ufficio all’ipotesi di omessa astensione in presenza dell’interesse proprio o di un prossimo congiunto.

² Cfr., tra gli articoli più recenti, M. Parodi Giusino, *La proposta di abolizione dell’abuso d’ufficio: discutibili ragioni e dannose conseguenze*, in www.lalegislazionepenale.eu, 10.05.2024; M. Pelissero, *L’instabilità dell’abuso d’ufficio e la lotta di Sumo*, in *DPP 2023*, 618 ss.; M. Donini, *Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell’abuso d’ufficio*, in www.sistemapenale.it, 23.06.2023; C. Cupelli, *Sulla riforma dell’abuso d’ufficio*, in www.sistemapenale.it, 23.01.2023; G.L. Gatta, *L’annunciata riforma dell’abuso d’ufficio: tra “paura della firma”, esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, in www.sistemapenale.it, 5/2023, 165; G. De Francesco, *La riforma della giustizia e gli stratagemmi della politica*, in www.lalegislazionepenale.eu, 10.07.2023; nonché gli interventi critici effettuati presso la Commissione Giustizia del Senato nell’ambito dell’esame del Disegno di legge Nordio-Crosetto recante “Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all’ordinamento giudiziario e al codice dell’ordinamento militare”: R. Garofoli, *Note critiche sulla proposta di abolizione dell’abuso d’ufficio*, in www.sistemapenale.it, 21.09.2023; R. Cantone, *Ancora in tema di abuso d’ufficio e traffico di influenze illecite (d.d.l. Nordio)*, in www.sistemapenale.it, 19.09.2023; G. Lattanzi, *Sulla proposta abolizione del reato di abuso d’ufficio. Note critiche*, in www.sistemapenale.it, 20.09.2023; M. Gambardella, *L’abrogazione dell’abuso d’ufficio e la riformulazione del traffico d’influenze nel “disegno di legge Nordio”*, in www.sistemapenale.it, 26.09.2023; M. Pelissero, *Sulla proposta di abolizione dell’abuso d’ufficio e di riformulazione del traffico d’influenze illecite*, in www.sistemapenale.it, 18.09.2023; e poi, in termini non troppo distanti, presso la Commissione II Giustizia della Camera dei Deputati: M. Gambardella, *Abrogazione dell’abuso d’ufficio e rimodulazione del traffico d’influenze illecite nel d.d.l. “Nordio” (la versione approvata dal Senato nel febbraio 2024)*, in www.sistemapenale.it, 11.04.2024.

³ La Relazione al d.d.l. 808 si può leggere sul sito www.senato.it.

tale da testimoniare il fallimento delle plurime riforme che si sono susseguite nel tempo per fare acquisire alla disposizione una maggior determinatezza, mai raggiunta.

Il sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione, poi, costituirebbe un apparato repressivo molto articolato da affiancare ai reati comuni che comunque sono puniti più gravemente *ex art. 61 n. 9 Cp* se posti in essere con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla pubblica funzione o al pubblico servizio.

Guardando, infine, al di fuori del ristretto ambito del diritto penale, tra le ragioni a supporto dell'abrogazione si ricorda la disciplina introdotta ormai da diversi anni in funzione di prevenzione della corruzione – sotto la vigilanza di un'Agenzia indipendente – e di protezione delle sentinelle civiche, da ultimo con il d.lgs. 10.3.2023 n. 24.

Visti nel loro complesso, i rimedi preventivi e repressivi già presenti, anche di natura disciplinare e contabile, assicurerebbero quindi una tutela ampia e completa degli interessi pubblici, senza impegnare troppo il sistema giudiziario.

Tra queste ragioni, l'impressione che si ha è che sia stata soprattutto la prima ad aver sollecitato l'attivismo del legislatore e proprio per questo essa merita di essere considerata con speciale attenzione, non tanto sotto il profilo del numero contenuto delle condanne pronunciate – destino che accomuna questa fattispecie a molte altre contemplate dal nostro ordinamento, che pur rimangono irrinunciabili alla luce dell'importanza dei beni giuridici tutelati⁴ –, quanto piuttosto sotto quello del loro squilibrio rispetto al numero delle iscrizioni⁵. I numeri ci suggeriscono almeno in via

⁴ Si condivide in questo senso quanto rilevano M. Donini, *Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell'abuso di ufficio*, cit., 5 e M. Gambardella, *Abrogazione dell'abuso d'ufficio e rimodulazione del traffico d'influenze illecite*, cit., 3, evidenziando come un'analisi incentrata solo sul numero delle condanne non tiene nel dovuto conto l'effetto di prevenzione generale che assume il diritto penale, scoraggiando i cittadini a commettere reati.

⁵ I numeri ricordati nella Relazione continuano ad esprimere la stessa sproporzione sulla quale la dottrina si è a lungo soffermata prima della riforma del 2020, offrendo letture diverse dei dati. Cfr. T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 7-8/2020, 2, il quale indicava in un rapporto di "uno a cento" il numero delle condanne, rispetto al numero di procedimenti attivati, e A. R. Castaldo, *Introduzione. Una riforma incompleta?*, in A.R. Castaldo, M. Naddeo (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Giappichelli, Torino 2021, 2 che riporta i dati relativi al periodo 2012-2017: a fronte di 38.000 procedimenti aperti per abuso d'ufficio, si sono avute solo 316 condanne con sentenza irrevocabile. Una ricerca empirica, condotta nel distretto della Corte d'Appello di Salerno e limitata proprio all'art. 323 Cp nel quinquennio 2014-2018, mostra come su 39 sentenze pronunciate dal GIP del Tribunale di Salerno vi sono una sola sentenza di condanna e due di patteggiamento; su 80 sentenze pronunciate all'esito del primo grado, solo 9 sono di condanna; il tempo medio che intercorre tra l'iscrizione della notizia di reato e la sentenza di primo grado è però di sei anni: F. Coppola, *Abuso d'ufficio: appunti per una possibile riforma dai lavori della Law Commission sulla common law offence of Misconduct in Public Office*, in www.archiviopenale.it, 18.06.2020, 16 ss. 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 www.sistemapenale.it, 17.07.2020, par. 4.3, ricorda l'enorme divario

provvisoria come la riforma della fattispecie introdotta nel 2020 con lo scopo di restringere l'ambito di intervento del diritto penale, combattendo il fenomeno definito come "amministrazione o burocrazia difensiva"⁶ attraverso un maggior ostacolo nell'attivazione di procedimenti penali connessi soltanto all'effettuazione di scelte discrezionali sbagliate, non avesse raggiunto l'obiettivo⁷. Anche se la condanna interveniva in un numero contenuto di casi, la prospettiva di andare incontro ad un procedimento penale per abuso d'ufficio alimentava quella stessa "paura della firma" – eccessivi formalismi, ritardi nella gestione delle pratiche, parcellizzazione delle competenze⁸ – diffusa tra i funzionari pubblici anche negli anni precedenti alla pandemia, che aveva contribuito a sollecitare in dottrina una riflessione approfondita

esistente tra l'elevato numero di contestazioni dell'abuso d'ufficio (circa 7.000 negli ultimi anni per i quali si dispone di dati: il 2016 e il 2017) e i provvedimenti definitivi di condanna (che non arrivano a 100, negli anni considerati). Secondo i dati statistici raccolti dal Servizio Anticorruzione e Trasparenza (SAeT) del Governo italiano e pubblicati nella Relazione al Parlamento (2010), riguardanti il periodo 2004-2009 (in https://images.irpa.eu/wp-content/uploads/2019/04/10.-Anticorruzione_rapporto-SAET_2010.pdf), nel biennio 2007-2008, a fronte di 6818 persone denunciate per violazione dell'art. 323 Cp, l'azione penale è stata esercitata con riferimento a 5.237 persone e le persone condannate sono state solo 200. G. Ruggiero, *L'abuso d'ufficio fra potere discrezionale e legalità vincolante*, in www.archiviopenale.it, 13.09.2021, 32 ss. riporta i seguenti dati per il 2017: solo 57 condanne irrevocabili a fronte di 6.500 procedimenti aperti per abuso d'ufficio.

⁶ C. Cupelli, *L'abuso d'ufficio*, in B. Romano, A. Marandola (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Torino 2020, 292; A. Vallini, *L'abuso d'ufficio*, in F. Palazzo (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli 2011, 258; B. Romano, *Il "nuovo" abuso d'ufficio e l'abolitio criminis parziale*, in www.penedp.it, 19.01.2021, 2. A. Merli, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, in www.archiviopenale.it, 02.08.2021, 16 afferma tuttavia, in toni critici, che «non sembra che il quadro attuale possa giustificare la centralità che ha assunto nel dibattito politico la c.d. "burocrazia difensiva", e tanto meno l'immagine (ardita e non pertinente) della politica perseguitata dall'invasione giudiziaria. [...] Andrebbero attenuati i toni catastrofici e mitigata l'esasperata retorica allarmistica [...]». Nello stesso senso cfr. C. Benussi, *Art. 323 - Abuso d'ufficio*, in E. Dolcini, G.L. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato, Tomo II*⁵, Milano 2021, 917; E. Aprile, *Una riforma controtendenza: l'abuso d'ufficio "depotenziato"*, in G. Fidelbo (a cura di), *Il contrasto ai fenomeni corruttivi. Dalla "spazzacorrotti" alla riforma dell'abuso d'ufficio*, Torino 2020, 444, che sottolinea in particolare come la norma in questione non potesse dirsi eccessivamente pernicioso nella prospettiva della causazione di un esercizio difensivo dei pubblici poteri.

⁷ Come ben precisa M. Parodi Giusino, *La proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio: discutibili ragioni e dannose conseguenze*, cit., 6, la Relazione non si sofferma sulla causa dello squilibrio tra il numero delle condanne e quello delle iscrizioni nel registro delle notizie di reato, ma è facile leggere tra le righe cosa essa voglia intendere: che la fattispecie sia ancora connotata da una carenza di determinatezza e di precisione.

⁸ M. Donini, *Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo" di riforma dell'art. 323 c.p. La ricerca di un'ultima ratio ancora più tassativa contro il trend generale dell'espansione penalistica*, in A.R. Castaldo (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino 2018, 100.

sull'opportunità di riscrivere il reato⁹ e quindi a convincere il legislatore a modificarlo effettivamente, proprio nel contesto pandemico¹⁰.

2. L'*iter* tormentato di questa fattispecie – che può considerarsi in massima parte noto – merita di essere ripercorso, almeno nei suoi tratti salienti e nei suoi più recenti sviluppi, per comprendere quanto le preoccupazioni espresse dal legislatore fossero fondate. La riforma del 2020, operata con il d.l. 16.7.2020 n. 76, recante “Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale”, convertito con la l. 11.9.2020 n. 120 ha fatto seguito a due ulteriori riscritture della fattispecie contenuta nella versione originale del codice del 1930.

La disposizione ha cambiato più volte fisionomia, anche se è stata ricondotta costantemente nell’orizzonte dell’“abuso” e in un ruolo, piuttosto problematico, di «agente che “traccia” il confine tra giurisdizione penale e pubblica amministrazione»¹¹, segnando il limite inferiore dello statuto penale di quest’ultima.

Nel codice del 1930 – che disciplinava all’art. 324 Cp anche l’interesse privato in atti d’ufficio – il reato rappresentava una fattispecie sussidiaria, caratterizzata da una clausola di riserva assolutamente indeterminata che consentiva di applicare l’art. 323 Cp solo quando il fatto non integrasse un qualsiasi diverso reato.

Con la riforma del 1990, invece, si è assistito ad un netto cambiamento di fronte: per effetto di una nuova clausola di riserva, relativamente indeterminata, la norma è diventata sussidiaria solo rispetto a fattispecie sanzionate più gravemente. Ampliato il quadro dei soggetti attivi con l’inclusione degli incaricati di pubblico servizio, la fattispecie è stata costruita, come già lo era prima, come reato di mera condotta – l’abuso d’ufficio, appunto – a dolo specifico, ma è diventata il fulcro dello statuto penale della pubblica amministrazione a fronte degli interventi di contesto, operati con l’abrogazione dei reati di peculato per distrazione (espunto dall’art. 314 Cp), di

⁹ Cfr. sul punto gli interventi contenuti in A. R. Castaldo (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l’abuso d’ufficio*, cit, *passim*, nell’ambito del progetto di ricerca “Pubblica Amministrazione: semplificare i processi decisionali, migliorare le performance”, promosso dalla Regione Campania e coordinato dal Prof. Andrea Castaldo, che ha visto l’Università degli Studi di Salerno quale unità capofila del progetto.

¹⁰ Come ha affermato la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell’intervento normativo, in riferimento all’art. 77 Cost., se la necessità della riforma aveva tratto origine dagli indirizzi giurisprudenziali che avevano dilatato la sfera applicativa dell’incriminazione attraendovi tanto la violazione dell’art. 97 Cost., quanto lo sviamento di potere, l’esigenza di far ripartire celermente il Paese dopo il blocco imposto dalla pandemia, aveva impresso alla prima i connotati della straordinarietà ed urgenza: Cfr. Corte cost. 18.01.2022 n. 8, in www.giurcost.org.

¹¹ T. Padovani, *Le metamorfosi dell’abuso d’ufficio*, in *IP* 2017, 998.

malversazione a danno dei privati (art. 315 Cp) e di interesse privato in atti d'ufficio (art. 324 Cp).

Dal 1997, anno della seconda riforma, poi, la locuzione “abuso d'ufficio” è comparsa soltanto nella rubrica ed è stata cancellata dal testo della disposizione, sostituita – come vedremo – da un'indicazione più analitica dei presupposti del reato. L'abuso d'ufficio è stato trasformato in reato di evento a forma vincolata, a dolo intenzionale, integrabile con due diverse, più specifiche, modalità della condotta caratterizzate l'una dalla necessaria violazione di una norma di legge o di regolamento e l'altra dalla mancata astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti. Pur in presenza di elementi normativi ineliminabili, si mirava all'introduzione di una fattispecie univoca, incentrata su alcuni elementi materiali¹².

Nel 2020, infine, la mera “violazione di norme di legge o di regolamento” – che caratterizzava la prima modalità di integrazione del reato – ha lasciato il posto alla “violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità”, mentre non è stata toccata l'ipotesi di omessa astensione.

Al di là delle soluzioni tecniche adottate, più o meno felici, ci sembra importante evidenziare come le riforme che si sono susseguite negli anni siano state rivolte tutte al medesimo obiettivo: quello di descrivere nel modo più preciso possibile gli elementi costitutivi della fattispecie, per ridurre le incertezze interpretative e svincolare l'azione amministrativa da un'ingerenza troppo penetrante del potere giudiziario – anche se non seguita poi da un'effettiva condanna – capace di paralizzare l'attività dei pubblici funzionari che non riuscivano a prevedere ciò che poteva costituire reato; incertezze ed ingerenza che proprio la versione precedente della norma che si voleva modificare avrebbe legittimato¹³.

¹² Già V. Scordamaglia, *L'abuso d'ufficio*, in F. Coppi (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino 1993, 201 si soffermava su questa necessità, di fronte alla fattispecie uscita dalla riforma del 1990, in cui solo il dolo specifico permetteva di distinguere l'illecito penale da quello di altra natura.

¹³ Per un'analisi dell'evoluzione normativa, in una letteratura molto ricca, cfr. in particolare C. Benussi, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, Padova 1998, 3 ss.; Id., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Tomo I, *I delitti dei pubblici ufficiali*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*², diretto da G. Marinucci, E. Dolcini, Cedam, Padova 2013, 916 ss.; A. D'Avirro, *L'abuso di ufficio*⁴, Milano 2021, 3 ss.; A. Di Martino, *Abuso d'ufficio*, in A. Bondi, A. di Martino, G. Fornasari, *Reati contro la pubblica amministrazione*², Torino 2008, 242 ss.; E. Infante, *L'abuso d'ufficio*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte Speciale. Volume 2, I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Torino 2008, 296 ss.; A. Manna, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Torino 2004, 2 ss.; A. Melchionda, *La riforma dell'“abuso d'ufficio” nel caleidoscopio del sistema penale dell'emergenza da Covid-19*, in www.archiviopenale.it, 28.09.2021, 9 ss.; A. Merlo, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, Torino 2019, 1 ss.; A. Pagliaro, M. Parodi Giusino, *Principi di diritto penale. Parte*

Tra gli obiettivi, presi di mira in astratto con le riforme normative, e la realtà applicativa il divario è rimasto tuttavia incolmato, come potremo ben presto vedere.

2.1 Concentrandoci ora, per esigenze di sintesi, sulle ultime due tappe del percorso evolutivo che ha preceduto l'abrogazione dell'abuso d'ufficio, è necessario fare riferimento alla riforma del luglio 1997 n. 234¹⁴, che, nel proporsi di limitare l'ingerenza del giudice penale sull'attività amministrativa – sottraendogli il controllo sull'eccesso di potere nello svolgimento dell'attività discrezionale –, ha cancellato la locuzione “abuso d'ufficio” dal testo della disposizione, sostituendola con la violazione di una norma di legge o di regolamento o con l'omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, compiute “nello svolgimento della funzione o del servizio” e quindi che si riferiscono, ineriscono oggettivamente, ai compiti istituzionali propri della funzione o del servizio; ne costituiscono, detto altrimenti, una modalità di esplicazione. L'abbandono del modello di reato a dolo specifico a favore di un inedito dolo intenzionale – con il

*speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*¹⁰, Milano 2008, 275 ss.; M. Pelissero, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in R. Bartoli, M. Pelissero, S. Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino 2021, 401 ss.; S. Perongini, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, Torino 2020, 21 ss.; N. Pisani, *L'abuso d'ufficio*, in S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione, delitti di corruzione e cornice europea*, Bologna 2015, 257 ss.; B. Romano (a cura di), *Il “nuovo” abuso d'ufficio*, Pisa 2021; G. Ruggiero, *Abuso d'ufficio*, in C.F. Grosso, M. Pelissero (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Milano 2015, 345 ss.; A. Satta, *L'evoluzione legislativa: dall'abuso innominato all'attuale formulazione dell'art. 323 Cp*, in A.R. Castaldo, M. Naddeo (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 5 ss.; A. Vallini, *L'abuso d'ufficio*, cit., 257 ss.; S. Vinciguerra, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova 2008, 249 ss.

¹⁴ Con d.m. 23.02.1996 Vincenzo Caianello, allora Ministro di Grazia e Giustizia, istituì una Commissione di studio, presieduta dall'amministrativista Morbidelli, con il compito di recuperare la tipicità dell'abuso d'ufficio, definendo con precisione le ipotesi in cui il reato si sarebbe configurato. I lavori si conclusero nel giugno 1996 con l'elaborazione di un progetto caratterizzato dalla scomposizione della figura di abuso in tre distinti reati: la prevaricazione, il favoritismo affaristico e lo sfruttamento privato, che miravano rispettivamente a realizzare un danno verso altri, un vantaggio patrimoniale per altri e un vantaggio patrimoniale per se stessi. Per i lavori della Commissione Morbidelli cfr. A. D'Avirro, *L'abuso di ufficio*⁴, cit., 34 ss. (dove è riprodotto, a pag. 36, il testo della proposta di riforma); A. Pagliaro, *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, in *DPP* 1997, 1396: Pagliaro fu vicepresidente della Commissione, che concluse i lavori presentando un progetto di legge e una relazione al nuovo Guardasigilli, Giovanni Maria Flick. Il progetto della Commissione non venne tuttavia accolto favorevolmente dalla maggioranza al Governo, complice l'estrema sensibilità maturata in materia dall'opinione pubblica e un cambio di titolarità del Dicastero di grazia e giustizia; i nuovi disegni di legge che portarono alla riforma effettivamente adottata vennero elaborati in sede parlamentare. Molti in dottrina hanno affermato che questa proposta avrebbe costituito un buon punto di partenza per riscrivere la fattispecie di abuso d'ufficio: A. Melchionda, *La riforma dell'“abuso d'ufficio” nel caleidoscopio del sistema penale dell'emergenza da Covid-19*, cit., 16; V. Manes, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, in *RIDPP* 1997, 1223.

riferimento all'intenzione di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero di arrecare ad altri un danno ingiusto – e la trasformazione in elemento costitutivo, l'evento, dell'ingiusto vantaggio patrimoniale o del danno ingiusto, che nella versione precedente costituivano semplice oggetto di dolo specifico, completavano il quadro delle modifiche strutturali introdotte¹⁵.

Le prime sentenze di legittimità si mostrarono particolarmente attente alle ragioni politico-criminali sottese all'intervento normativo e, in questo senso, incoraggianti per coloro che speravano di aver finalmente costruito un argine definitivo contro gli eccessi giurisprudenziali. Per quanto attiene alla prima modalità di integrazione del reato, esse proponevano una lettura restrittiva della disposizione, richiedendo – oltre al carattere formale e al regime giuridico della legge o del regolamento trasgredito – che la norma violata non fosse «genericamente strumentale alla regolarità dell'attività amministrativa», ma vietasse «puntualmente il comportamento sostanziale del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio»¹⁶. Venivano escluse le violazioni di disposizioni meramente programmatiche o di principio e le mere inosservanze formali o procedurali.

Una parte della dottrina rilevò come il baricentro del reato si fosse spostato dal versante della discrezionalità amministrativa a quello dell'attività vincolata della

¹⁵ Questo il testo dell'art. 323 Cp nella versione del 1997: «1. Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. 2. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità». L'art. 1 della l. 6 novembre 2012, n. 190 ha comportato un aggravamento di pena, prima prevista nei limiti edittali da sei mesi a tre anni e poi portata entro la cornice edittale da uno a quattro anni.

¹⁶ Cass. 4.12.1997 (Tosches), in *CP* 1998, 2332 ss. e in *FI* 1998, II, 258 ss., la quale ha equiparato le norme generalissime e di principio a quelle a carattere meramente procedimentale, come quelle che impongono all'amministrazione di tenere conto delle memorie e dei documenti prodotti dal privato. Cfr. anche Cass. 24.09.2001 n. 45261, in *CP* 2003, 121: «In materia di abuso di ufficio, la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che risulti lesiva del buon funzionamento e della imparzialità dell'azione amministrativa rileva alla duplice condizione che contrasti con norme specificamente mirate ad inibire o prescrivere la condotta stessa (non potendosi annettere rilevanza, a tale proposito, a disposizioni genericamente strumentali alla regolarità del servizio) e che dette norme presentino i caratteri formali ed il regime giuridico della legge o del regolamento. (Fattispecie nella quale è stata esclusa la sussistenza del reato per il fatto dell'agente postale che aveva accettato e spedito una raccomandata oltre l'orario di lavoro: la Corte ha escluso la pertinenza delle norme generali di cui agli art. 13 e 14 d.P.R. 10.01.1957 n. 3 sul rispetto dell'orario di lavoro e sull'interesse dell'amministrazione per il pubblico bene, nel contempo rilevando come il "codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni", formalizzato con d.P.C.M. 28.11.2000 e specificamente preclusivo di prestazioni non accordate alla generalità degli utenti, non sia stato emanato nelle forme previste per i regolamenti governativi dall'art. 17 l. 23.08.1988 n. 400)».

pubblica amministrazione, disciplinata da specifiche norme di legge o di regolamento¹⁷. L'effetto – giudicato da taluno addirittura “inaccettabile”¹⁸ nella sua radicalità, proprio per questo esito – avrebbe dovuto essere quello di assicurare all'irrilevanza penale tutti i comportamenti consistenti nell'utilizzo della discrezionalità amministrativa per scopi di interesse privato, circoscrivendo di fatto il reato ai casi di violazione di norme vincolanti l'attività amministrativa.

Anche alla luce di questi possibili effetti, però, una parte più consistente della dottrina, si mostrò da subito incerta, invitando a non dare per scontato il raggiungimento dell'obiettivo preso di mira dal legislatore del 1997: il tenore letterale della disposizione lo rendeva particolarmente difficile¹⁹.

L'espressione “violazione di norme di legge o di regolamento” quale modalità legalmente prevista di realizzazione dell'abuso d'ufficio – senza ulteriori qualificazioni in termini di maggior specificità – poteva essere intesa come infrazione di una qualsiasi prescrizione legislativa o regolamentare²⁰, addirittura rilevante in via mediata attraverso il richiamo della categoria degli elementi normativi in senso stretto²¹.

Nello spazio semantico delle “norme di legge” violabili potevano essere fatte rientrare, innanzitutto, quelle costituzionali²².

A tale riguardo, in una prima fase, il carattere non univoco dei principi contenuti nella norma costituzionale aveva portato la Cassazione ad una conclusione generalmente negativa, per la ragione fondamentale per cui non si era qui in presenza di regole di comportamento precise, ma di semplici principi privi di contenuto

¹⁷ C. Benussi, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., 70 ss.

¹⁸ C.F. Grosso, *Condotte ed eventi del delitto di abuso di ufficio*, in *FI* 1999, V, 333.

¹⁹ A. Carmona, *La nuova figura di abuso d'ufficio: aspetti di diritto intertemporale*, in *CP* 1998, 1843 ss.; G. La Greca, *La nuova figura di abuso d'ufficio: questioni applicative*, in *FI* 1998, II, 381 ss.; M. Parodi Giusino, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, in *RTDPE* 2009, 900 s.; V. Manes, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, cit., 1229 s.

²⁰ M. Gambardella, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano 2002, 279 ss.

²¹ Cfr. V. Valentini, *La difesa dell'abuso d'ufficio. Ancora un ritaglio selettivo ex lege 120/2020*, in *www.discrimen.it*, 02.01.2021, 3.

²² In senso favorevole alla valorizzazione dell'art. 97 Cost., cfr. M. Gambardella, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 285 ss.; M. Parodi Giusino, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, cit., 905. A. Di Martino, *Abuso d'ufficio*, cit., 255 s. ravvisa invece un ostacolo a questa lettura nel principio di determinatezza: la genericità del parametro priverebbe il giudice di un reale criterio di selezione tra illegittimità amministrativa e illiceità penale. Analoga conclusione varrebbe per le norme programmatiche di fonte legislativa ordinaria o anche di rango inferiore (art. 1 l. 240/1990, sulla legalità, efficacia, economicità, pubblicità dell'attività amministrativa).

precettivo immediato²³; ben presto, però, la Suprema Corte iniziò ad individuare delle ipotesi, via via più frequenti, in cui l'articolo in questione, nel suo significato più precettivo – relativo innanzitutto alla regola per la quale alle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso²⁴ e poi, con sempre maggior frequenza, a quella dell'imparzialità dell'azione amministrativa più che dell'organizzazione – poteva costituire un parametro di riferimento utile per il reato di abuso d'ufficio.

A differenza della violazione del principio di buon andamento, che veniva qualificato come un parametro indeterminato esprimendo “solo” un valore che deve orientare l'azione amministrativa²⁵, la violazione del precetto di imparzialità dettato dalla norma costituzionale veniva considerata una violazione di legge immediatamente rilevante ai fini dell'integrazione del delitto di cui all'art. 323 Cp, perché il precetto si poteva agevolmente tradurre in un preciso divieto di favoritismi o di vessazioni o discriminazioni intenzionali e quindi nella necessità di una decisione formulata solo all'esito di un procedimento ove fossero stati acquisiti tutti gli interessi ed elementi utili ad una deliberazione ponderata²⁶.

Valorizzando la “violazione mediata”, poi, le norme o i provvedimenti interposti – come una circolare – richiamati da una legge (e di regola di cui una legge ne prescrive l'osservanza), erano capaci di assurgere a norme di legge essi stessi. Si ricorreva a questo argomento nella materia urbanistica e, più limitatamente, nel settore degli appalti e dei concorsi: la violazione di piani regolatori/urbanistici, di capitoli

²³ Cfr. Cass. 08.05.2003 n. 35108, in *CP* 2004, 4073, relativa ad una fattispecie in cui la Corte aveva ritenuto che non si potesse configurare il reato di abuso d'ufficio a carico di un amministratore per non aver ritenuto come redatti da soggetto non abilitato alcuni progetti e per non essersi astenuto dal procedere oltre nell'“iter” burocratico, pur in difetto di un presupposto essenziale. Cfr. anche Cass. 24.09.2001 n. 45261, cit., 121, in cui la Corte ha ritenuto che la lesione del buon funzionamento e della imparzialità dell'azione amministrativa rilevi solo se la condotta contrasti con norme di legge o di regolamento «specificamente mirate ad inibire o prescrivere la condotta stessa».

²⁴ Cass. 26.02.2002 n. 31895, in *FI* 2003, II, 483: «Sulla base della regola contenuta nell'art. 97 comma 3 Cost., che è di immediata applicazione, secondo cui agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, rettamente viene ritenuto responsabile del reato di abuso d'ufficio il sindaco di un comune che aveva assunto personale senza domanda e in assenza di una regolare graduatoria, nonché di qualsiasi valutazione comparativa di professionalità e dei requisiti imposti dalla legge».

²⁵ Cfr. Cass. 26.04.2019 n. 33830, in *www.dejure.it*, per quanto riguarda, in particolare, la distinzione tra un richiamo generico all'art. 97 Cost. e, in particolare, al principio del buon andamento che la Corte territoriale aveva erroneamente invocato, ed un richiamo corretto all'art. 97 Cost. nella sola misura in cui esprima una regola di comportamento di immediata applicazione implicante l'obbligo di imparzialità.

²⁶ Cass. 12.02.2008 n. 25162, in *CP* 2009, 1025. In quest'ultima sentenza, per esempio, questo argomento veniva offerto con riferimento ad un caso in cui il funzionario della Motorizzazione civile aveva provveduto sistematicamente al preferenziale disbrigo delle pratiche avviate da una specifica agenzia, a discapito delle altre agenzie di pratiche automobilistiche.

d'appalto o bandi – anche se non costituivano leggi o regolamenti – realizzava la violazione della legge che ne prescriveva l'osservanza²⁷.

In termini ancora più problematici, infine, alla violazione delle norme di legge veniva ricondotto altresì lo sviamento di potere, la forma primigenia dell'eccesso di potere, che, in breve, poteva dirsi configurato quando l'atto era stato adottato per un fine diverso da quello imposto dalla legge²⁸.

La giurisprudenza ha offerto questa soluzione interpretativa, con grande ampiezza e con una certa facilità, in forza del già descritto richiamo all'art. 97 Cost. e di altre norme che contemplano principi generali.

Con un'argomentazione più sottile, contenuta in decisioni che temporalmente si collocano addirittura prima delle sentenze che hanno inaugurato l'orientamento che ha aperto le porte all'inclusione della violazione della norma costituzionale nell'ambito dell'art. 323 Cp., la giurisprudenza ha poi ricordato come l'eccesso di potere nella forma dello sviamento dalla causa tipica fosse da ricondurre nell'alveo della violazione di legge in considerazione della carenza nel caso di specie del presupposto giustificativo

²⁷ Cass. 16.10.1998 n. 1354, in *CP* 1999, 330 (in questa sentenza si è ricordato che l'art. 4 l. 28.01.1977 n. 10 prescrive, fra l'altro, che la concessione edilizia venga rilasciata dal sindaco "in conformità alle previsioni degli strumenti urbanistici e dei regolamenti edilizi"); Cass. 11.05.1999, n. 8194, in *RP* 1999, 731; Cass. 5.11.2001, n. 1732, in *CP* 2002, 1645; Cass. 25.01.2007, n. 11620, in *CP* 2008, 2462; Cass., 19.06.2012, n. 39462, in *CED Cassazione penale* 2012 (che richiama l'art. 13 d.P.R. 06.06.2001 n. 380 secondo il quale il permesso di costruire è rilasciato dal dirigente o responsabile dello sportello unico nel rispetto delle leggi, dei regolamenti e degli strumenti urbanistici).

²⁸ Per un approfondimento su questo aspetto, e sugli orientamenti giurisprudenziali di cui si è dato e di cui si darà conto, sia consentito rinviare a E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio. Una questione aperta*, Napoli 2022, 134 ss., 218 ss.

dell'esercizio del potere²⁹. Il potere esercitato per un fine diverso da quello voluto dalla legge, quale uno scopo egoistico, si poneva «fuori dallo schema di legalità»³⁰.

Questi diversi orientamenti giurisprudenziali, formatisi sull'abuso d'ufficio nella versione successiva alla riforma del 1997, rendevano evidente nel loro complesso quanto ampio continuasse ad essere il potere di ingerenza dell'autorità giudiziaria nell'attività discrezionale della pubblica amministrazione; la valorizzazione dello sviamento di potere da parte della giurisprudenza, però, svelava ancora più in profondità quale fosse davvero la questione di fondo posta da questo reato.

Da una parte, la giurisprudenza si faceva interprete di esigenze di tutela ritenute prioritarie, evidenziando come la distorsione teleologica della funzione amministrativa continuasse a rappresentare un sostrato identitario, irrinunciabile, del delitto in questione.

Dall'altra, invece, una parte della dottrina sollevava critiche puntuali precisando come, per tale via, si desse vita al circolo vizioso per cui attraverso la valorizzazione del fine perseguito si ricostruiva l'elemento psicologico, che era a sua volta sintomo dello sviamento di potere che integrava l'abuso³¹. Allo stesso tempo, e soprattutto, chiariva come la corretta individuazione dell'interesse pubblico perseguito in concreto e della sua compatibilità con quello che si sarebbe dovuto perseguire, perché assunto dalla norma come fine del potere attribuito, rimanesse un problema molto difficile da

²⁹ G. Salcuni, *La "disciplina altrove". L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, Napoli 2019, 162. Tra i casi più interessanti in cui si è assistito ad una rilettura in chiave teleologica della nozione di violazione di legge possiamo citare quello affrontato dalla Cassazione nella nota sentenza Bocchiotti del 2001 con la quale la Corte ha ritenuto che correttamente fosse stata ravvisata la violazione di legge suscettibile di dar luogo alla configurabilità del reato di abuso d'ufficio nel fatto di aver posto in essere, nell'ambito di una procedura concorsuale per l'ammissione a corsi di specializzazione *post lauream*, comportamenti i quali, senza essere previsti e vietati dalla normativa che disciplinava l'espletamento di detta procedura, contraddicevano la finalità propria di ogni "concorso", che è quella di assicurare il regolare svolgimento di una gara tra i candidati. Era stata infatti offerta ad alcuni di costoro la possibilità di conoscere anticipatamente le domande alle quali avrebbero dovuto rispondere o, più precisamente, i quesiti non erano stati sostituiti pur in presenza del pericolo che questi fossero in qualche modo pervenuti in anticipo ad alcuni candidati: Cass. 10.12.2001 n. 1229, in *RP* 2002, 203: «L'art. 323 Cp, nel prevedere come elemento del reato di abuso d'ufficio la "violazione di norme di legge o di regolamento", se, da una parte, ha voluto evitare che il controllo esercitato dal giudice penale possa estendersi fino a sindacare, sotto il profilo dell'eventuale eccesso di potere, i comportamenti rientranti nell'ambito di discrezionalità della p.a., dall'altra non ha però escluso che detta violazione possa esser riscontrata in relazione all'elemento teleologico della norma di riferimento, al di là del mero tenore letterale, logico o sistematico della medesima, assumendo le caratteristiche dell'infedeltà rispetto allo specifico fine che ad essa è stato assegnato dal legislatore».

³⁰ Cass. 09.02.1998, n. 5820 (Mannucci), in *GP* 1999, II, 285 e in *Cass. pen.*, 1999, 1761 ss., con nota di M.N. Masullo, *L'abuso d'ufficio nell'ultima giurisprudenza di legittimità, tra esigenze repressive e determinatezza della fattispecie: "la violazione di norme di legge"*, *ivi*, 1763 ss.

³¹ A. Mazzone, *Bene giuridico e condotta nell'abuso d'ufficio*, in *RIDPP* 1994, 721 ss.

affrontare³², senza dare adito a indebite incursioni del giudice penale nella sfera riservata alla pubblica amministrazione.

Nella realtà, lo sviamento, infatti, non può essere colto agilmente rispetto a un unico e chiaro interesse pubblico generale al quale l'attività della pubblica amministrazione dovrebbe orientarsi.

Gli interessi pubblici di cui l'amministrazione, nella sua struttura sempre più articolata³³, deve tener conto sono piuttosto numerosi, in conseguenza del manifestarsi nella società in evoluzione di domande più esigenti nei confronti della P.A. Tali interessi non sono necessariamente armonici, anzi possono essere tra loro confliggenti³⁴, soprattutto perché la legge tende ad abbandonare la propria funzione ordinatrice³⁵.

L'amministrazione, insomma, si trova a fare i conti con l'assenza di una scala di valori e di interessi tra loro preventivamente gerarchizzati dal legislatore³⁶.

Per tornare allora al tema del sindacato giurisdizionale sull'attività discrezionale, come è stato ben rilevato, proprio l'equilibrio tra l'esigenza di salvaguardare la discrezionalità amministrativa e quella di controllare le deviazioni della patologia amministrativa è ciò che caratterizza o che almeno dovrebbe caratterizzare la sensibilità che si richiede alla giurisdizione amministrativa, nata, non a caso, da una costola dell'amministrazione³⁷. Nel contesto amministrativistico, del resto, la legittimità del provvedimento amministrativo non costituisce un valore assoluto, da difendere a tutti i costi, visto che viene attribuito un valore preminente alla stabilità dell'atto³⁸.

Al contrario, meritano di essere evidenziate le preoccupazioni espresse da quella dottrina che ci ha ricordato come non sembra che chi esercita il sindacato penale abbia sempre consapevolezza del fatto che agire discrezionalmente «non significa fare la,

³² L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. Amm.* 2013, 309 ss. rileva l'ambiguità della nozione di interesse pubblico, che appare insieme come precetto contenuto nella legge e frutto della decisione dell'amministrazione nell'esercizio della discrezionalità intesa come ponderazione di interessi.

³³ Cfr. M. Nigro, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *FI* 1983, V, 249 ss., sugli sviluppi strutturali e organizzativi della P.A.

³⁴ L. Torchia, *Garanzie partecipative e decisioni amministrative imparziali*, in AA.VV., *Azione amministrativa e rapporti con il cittadino alla luce dei principi di imparzialità e buon andamento*, Milano 2019, 72.

³⁵ A. Tesauro, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, Torino 2002, 145.

³⁶ R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*², Torino 2017, 105.

³⁷ V. Onida, *La discrezionalità amministrativa e il sindacato giurisdizionale*, in *Giornale dir. amm.* 1995, 671.

³⁸ A. Merlo, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, in www.sistemapenale.it, 01.03.2021, 10.

relativamente, semplice operazione di imporre la prevalenza di un interesse pubblico dato su interessi privati contrastanti»³⁹. L'interesse pubblico da perseguire con la decisione, infatti, è esso stesso il risultato di un confronto procedimentalizzato tra diversi interessi pubblici – e privati – tra i quali non si può dire *a priori* che uno prevalga sull'altro, giuridicamente⁴⁰. L'elaborazione della decisione amministrativa non può essere intesa deterministicamente «in chiave logico-deduttiva, come applicazione di regole legali predefinite»⁴¹.

L'interesse pubblico, nei casi in cui alla P.A. sia stato affidato l'esercizio di un potere discrezionale, non costituisce un dato predeterminato con compiutezza dalla norma attributiva, quanto piuttosto un «interesse-risultato»⁴², che si specifica progressivamente nella dinamica procedimentale e si manifesta *a posteriori*⁴³. Il sindacato di legalità dovrebbe essere rigido, mentre il sindacato sulla discrezionalità amministrativa non può che essere elastico, perché è «il riflesso della esteriorizzazione di prassi argomentative tipiche dell'esercizio della discrezionalità amministrativa»⁴⁴.

Come è stato chiarito, se in questo quadro si arrivasse a ritenere che il giudice penale può sindacare, *ex post* ed in modo del tutto sovrano – rimettendo in discussione l'adeguatezza della ponderazione degli interessi che sola ha effettivamente permesso di individuare l'interesse da far prevalere –, se il fine perseguito sia inibito al soggetto (sicché il suo perseguimento, di per sé solo, implica una qualificazione della condotta in termini di abuso), sarebbe molto facile per lui svolgere una costante supervisione su qualunque forma di iniziativa dei pubblici agenti. Il potere giudiziario potrebbe svolgere un controllo troppo penetrante, non privo di interferenze con la riserva di merito, e finirebbe per dettare implicitamente all'amministrazione criteri e direttive per la sua azione concreta⁴⁵.

³⁹ D. Sorace, *Problemi e prospettive delle responsabilità pubbliche*, in D. Sorace (a cura di), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Padova 1998, XXIV.

⁴⁰ Cfr. A. Merlo, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 70: «il compendio degli interessi pubblici non può mai essere definito aprioristicamente e in modo esaustivo».

⁴¹ A. Tesaro, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 99.

⁴² *Ivi*, 203 ss.

⁴³ S. Torricelli, *Eccesso di potere e trasformazioni della discrezionalità: per introdurre una riflessione*, in Id. (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino 2018, 12.

⁴⁴ A. Merlo, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, cit., 11.

⁴⁵ G. Contento, *Il sindacato del giudice penale sugli atti e sulle attività della Pubblica Amministrazione*, in A.M. Stile (a cura di), *La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli 1987, 81; 97. Cfr. V. Valentini, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, in www.discrimen.it, 14.09.2020, 7, nt. 40.

Per concludere sul tema dello sviamento di potere nell'ambito dell'abuso d'ufficio, ci sembra di poter dire che il giudice penale, attraverso il sindacato di questo vizio, si fosse avvicinato in modo preoccupante alla prospettiva da ultimo tratteggiata, sempre che non l'avesse già, in qualche modo, abbracciata.

Effettuando così un bilancio sugli obiettivi raggiunti con la riforma del 1997, non si poteva certo affermare che l'eccesso di potere potesse considerarsi sottratto al sindacato del giudice penale chiamato ad accertare l'abuso d'ufficio, anche perché, secondo un'osservazione difficile da smentire, il termine "violazione di norme di legge" non si doveva identificare con il vizio di illegittimità dell'atto "violazione di legge", tipico del diritto amministrativo, e distinto dal vizio più discusso, quanto invece ricondursi alla gerarchia delle fonti del diritto⁴⁶.

Andando alla sostanza, poi, ogni fatto di eccesso di potere, che può essere inquadrato come violazione dei principi di imparzialità, ragionevolezza, proporzionalità e affidamento⁴⁷, è capace di integrare in realtà una violazione di legge, visto che il diritto amministrativo è frutto anche dei principi che costituiscono la sua parte generale e non scritta, e comunque dell'art. 97 Cost., il quale esige per l'amministrazione pubblica imparzialità e buon andamento⁴⁸. Molte classiche figure sintomatiche di eccesso di potere (come il difetto o l'insufficienza della motivazione o il difetto di istruttoria con violazione del principio del giusto procedimento⁴⁹) potevano essere agevolmente recuperate nel quadro delle violazioni di legge in senso tecnico, per effetto della riforma introdotta con la l. n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo, che rappresenta la concretizzazione più compiuta dei principi sopra descritti in norme anche dalla portata molto ampia⁵⁰, e per effetto di molte altre

⁴⁶ M. Gambardella, *Considerazioni sulla "violazione di norme di legge" nel nuovo delitto di abuso d'ufficio (art. 323 Cp)*, in *CP 1998*, 2336; Id., *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 268; M. Parodi Giusino, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, cit., 901 s.

⁴⁷ C. Silva, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova 2014, 99.

⁴⁸ G. Morbidelli, *Il contributo dell'amministrativista alla riforma dell'abuso d'ufficio*, in AA.VV. *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Milano 2000, 46.

⁴⁹ C. Benussi, *Art. 323 - Abuso d'ufficio*, cit., 931 s.

⁵⁰ V. Manes, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, *FI 1998*, II,391 ss.; A. Merlo, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 95; A. Pagliaro, M. Parodi Giusino, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 282; A. Tesauro, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 237. Cfr. anche S. Seminara, *L'art. 323 Cp e le ipotesi di riforma*, in D. Sorace (a cura di), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Padova 1998, 521.

disposizioni sparse nell'ordinamento italiano; non da ultimo quelle disciplinari⁵¹. A partire dai primi anni Novanta la tendenza del legislatore è stata quella di positivizzare sempre di più le regole di comportamento della pubblica amministrazione, restringendo il campo dell'eccesso di potere e del merito amministrativo⁵², ma senza per questo privare l'amministrazione di ampi margini di discrezionalità: si è andati verso «un uso sempre più accentuato di “*open ended standards*”, nella direzione di una indeterminatezza sostanziale, cui spesso fa riscontro la vincolatezza procedimentale»⁵³.

La discrezionalità, del resto, poteva (e può) interessare diversi profili: l'*an* – cioè il se esercitare il potere in una determinata situazione ed emanare un certo provvedimento – il *quando* – quando emanarlo – il *quomodo* – come esternarlo e con quali elementi accidentali – e, infine, il *quid* – con quale contenuto – che di solito è la discrezionalità più ampia⁵⁴.

Quello che è certo è che l'abuso d'ufficio per violazione di norme di legge – non diversamente da quello per omessa astensione – ben lungi dall'averla abbandonata, continuava a presidiare da vicino l'attività discrezionale della pubblica amministrazione.

2.2. La riforma del 2020 segna l'ulteriore tappa del percorso riformistico che ha interessato la fattispecie, o più precisamente l'ultima tappa che ha preceduto quella finale.

A seguito di questo intervento la mera “violazione di norme di legge o di regolamento” – che caratterizzava la prima modalità di integrazione del reato – ha lasciato il posto alla “violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità”, mentre non è stata toccata l'ipotesi di omessa astensione.

⁵¹ In base all'art. 13 d.P.R. 10.01.1957 n. 3 (Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato): «L'impiegato deve prestare tutta la sua opera nel disimpegno delle mansioni che gli sono affidate curando, in conformità delle leggi, con diligenza e nel miglior modo, l'interesse dell'Amministrazione per il pubblico bene».

⁵² Cfr. C. Silva, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 103.

⁵³ E. Cardi, S. Cognetti, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. Disc. Pubb.*, V, Torino 1990, 347.

⁵⁴ B.G. Mattarella, *L'attività*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, Tomo I, Giuffrè, Milano, II ed., 2003, 758; M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano 1939, 142 ss; E. Codini, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli 2008, 35. È opportuno ricordare, però, che la previsione di un obbligo generale per l'amministrazione di provvedere entro un dato termine ha quasi annullato i margini di discrezionalità sul se e quando provvedere.

Con l'eliminazione del riferimento ai regolamenti, la delimitazione delle regole rilevanti a quelle specifiche, espressamente individuate come tali dal testo normativo, e la precisazione che l'infrazione commessa abbia ad oggetto regole dalle quali non residuino margini di discrezionalità il legislatore ha cercato di dare un volto nuovo al reato, nella sua prima modalità di integrazione.

L'ultima precisazione, in particolare, ha posto l'accento sulla questione che rappresenta la vera posta in gioco nell'economia di questa fattispecie: la discrezionalità amministrativa⁵⁵.

Il criterio selettivo utilizzato nell'ultima versione della disposizione era tuttavia «problematico»⁵⁶: potevano residuare incertezze nell'applicazione dell'art. 323 Cp per quanto concerneva l'individuazione delle violazioni effettivamente rilevanti, anche in conseguenza dell'espressione «semanticamente vaga»⁵⁷ che era stata utilizzata dal legislatore per riferirsi alle regole “dalle quali non residuino margini di discrezionalità”.

La disposizione non si riferiva ad attività discrezionali o meno, quanto, invece, a regole con caratteristiche particolari⁵⁸ e possono sorgere dubbi sul carattere vincolante o non vincolante di una certa regola di condotta, non essendo stato chiarito che tipo di apprezzamento discrezionale sarebbe stato escluso⁵⁹.

I dubbi da più parti sollevati in merito alla capacità dell'ennesima riforma di arginare realmente il fenomeno della burocrazia difensiva grazie ad un preciso ridimensionamento della fattispecie⁶⁰ erano stati alimentati da queste considerazioni e da chi ha semplicemente guardato alle esperienze maturate in passato e ai diversi

⁵⁵ S. Fiore, *Abuso d'ufficio*, in S. Fiore, G. Amarelli (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*², Milano 2021, 277 s.

⁵⁶ S. Perongini, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 197.

⁵⁷ M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, 7/2020, 162.

⁵⁸ Sul punto cfr. A. Perin, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in www.la legislazione penale.eu, 23.10.2020, 24.

⁵⁹ I dubbi maggiori si sono posti per la discrezionalità c.d. tecnica: M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, cit., 143. 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?)*, cit., par. 4.3 ritiene ragionevole escludere il sindacato del giudice penale nei confronti della discrezionalità politica, che riguarda il merito delle scelte di indirizzo, ma non nei confronti «della discrezionalità amministrativa, che implica una comparazione tra l'interesse pubblico primario e gli interessi secondari, e della discrezionalità tecnica, che richiede una valutazione di fatti alla stregua di canoni scientifici e tecnici». Cfr., sul punto, G. Ruggiero, *L'abuso d'ufficio fra potere discrezionale e legalità vincolante*, cit., 16 ss.

⁶⁰ A. Sessa, *Efficienza nella amministrazione pubblica e controllo penale: fondamento e limiti della prognosi privilegiata statale*, in A.R. Castaldo, M. Naddeo (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 159.

correttivi ermeneutici che si sarebbero potuti riproporre visto che anche l'abuso d'ufficio è naturalmente coinvolto in una dinamica, quella del rapporto tra pubblica amministrazione e magistratura, non pienamente dominabile con la riscrittura di un articolo⁶¹. Altri dubbi erano stati sollevati poi da coloro per i quali la scelta operata dal legislatore sarebbe stata troppo radicale e per questo non condivisibile: nell'attività vincolata, fuori dalla discrezionalità, la fenomenologia del delitto in questione è molto ridotta⁶².

La giurisprudenza successiva alla riforma ha per certi aspetti confermato queste previsioni.

In qualche arresto, la Suprema Corte ha rigorosamente confutato l'ipotesi di inclusione nel tipo, attraverso il fenomeno della eterointegrazione o violazione "mediata" di norme di legge, della violazione di norme subprimarie e/o meramente procedurali qualsiasi, precisando che le norme primarie devono essere "specifiche" e quindi che le regole devono essere specificamente disegnate dalla legge in termini completi e puntuali, con apertura a fonti subordinate solo come specificazione tecnica di un precetto comportamentale già compiutamente definito nella norma primaria⁶³; in altre sentenze, però, la Cassazione è arrivata ad affermare un principio opposto, che recupera senza limiti la rilevanza dei regolamenti o degli atti amministrativi generali

⁶¹ A. Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in www.sistemapenale.it, 20 novembre 2020, 1; V. Valentini, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, cit., 11.

⁶² M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, cit., 159; F. Barletta, A. Cappellini, *Il sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell'agire pubblico*, in www.la legislazione penale.eu, 18.06.2021, 9; R. Borsari, *A volte ritornano. Riforma dell'abuso d'ufficio e sperimentazioni applicative*, in *Sist. pen.*, 9/2021, 55.

⁶³ Cfr. Cass. 03.10.2023 n. 2314, in www.dejure.it dove si legge che «In tema di abuso d'ufficio, a seguito della riforma dell'articolo 323 del codice penale realizzata con il d.l. 16 luglio 2020 n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020 n. 120, è stata esclusa la rilevanza della violazione di norme contenute in "regolamenti", giacché il reato può essere integrato solo attraverso la violazione di "specifiche" regole di condotta «previste dalla legge o da atti aventi forza di legge», cioè da fonti primarie. Poiché deve quindi trattarsi di norme primarie "specifiche", cioè formulate in termini completi e puntuali, potrebbe ammettersi la rilevanza anche della violazione di norme regolamentari, attraverso il fenomeno della eterointegrazione o violazione mediata di norme di legge, ma solo laddove questa eterointegrazione della fonte secondaria si risolva solo in una specificazione tecnica di un precetto comportamentale già compiutamente definito nella norma primaria». Cfr. altresì Cass. 9.12.2020 n. 442, in *CED Cassazione penale 2021*. Per un'analisi della sentenza cfr. C. Pagella, *La Cassazione sull'abolitio criminis parziale dell'abuso d'ufficio ad opera del "decreto semplificazioni"*, in www.sistemapenale.it, 19 maggio 2021 e A. Alberico, *Le vecchie insidie del nuovo abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, 4/2021, 5 ss. Cfr. altresì M. Pelissero, *Sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio e di riformulazione del traffico d'influenze illecite*, cit., par. 2.2.

(strumenti urbanistici) attraverso la via della violazione mediata di legge⁶⁴, non espressamente vietata neppure dal legislatore del 2020⁶⁵.

Il contrasto giurisprudenziale era difficile da comporre. Da un lato, possiamo ricordare che quest'ultimo orientamento, oltre ad essere solo superficialmente rispettoso della riserva di legge, presentava il grosso limite di non farsi carico delle esigenze di determinatezza che dovrebbero caratterizzare i precetti penali, vista la complessità ed eterogeneità delle norme che regolano il funzionamento della pubblica amministrazione e che potevano assumere rilevanza in forza della violazione mediata⁶⁶. Dall'altro lato, però, vi è da considerare che molto difficilmente la fonte primaria, la legge, contiene regole specifiche dell'azione amministrativa, anche in forza della tendenza alla delegificazione che caratterizza il diritto pubblico⁶⁷. Una rigida adesione all'indirizzo più restrittivo, «per quanto in linea con la costruzione lessicale del precetto», lo avrebbe confinato «all'inapplicabilità»⁶⁸.

Se ci riferiamo ora, più nel dettaglio, alle questioni poste dal riferimento alle regole di condotta “dalle quali non residuino margini di discrezionalità”, contenuto nell'abrogato art. 323 Cp, i risultati raggiunti non potevano dirsi molto più incoraggianti, in termini di contenimento del campo applicativo del reato.

Non mancava qualche pronuncia che negava, in linea generale, che la nuova formulazione consentisse di far rientrare nella sfera del penalmente rilevante gli atti amministrativi connotati da margini di discrezionalità tecnica, «a meno che la regola

⁶⁴ Così Cass. 08.11.2022 n. 46669, in www.dejure.it; Cass. 06.04.2022 n. 13148, in www.italgiure.giustizia.it; Cass. 23.02.2022 n. 13139 in www.dejure.it; Cass. 08.09.2020 n. 26834, in www.dejure.it e Cass. 17.09.2020 n. 31873 in *CP* 2021, 488 (secondo la quale ci si trova in presenza della violazione di specifiche regole di condotta previste dalla legge, visto che «l'art.12, comma 1, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 prescrive espressamente che il permesso di costruire, per essere legittimo, deve conformarsi agli strumenti urbanistici e ai regolamenti edilizi ed il successivo art. 13 detta la specifica disciplina urbanistica che il dirigente del settore è tenuto ad osservare nel rilascio del permesso a costruire»). In questa prospettiva gli strumenti urbanistici rappresentano solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica. Cfr. sul punto M. Naddeo, *La nuova struttura dell'art. 323 Cp*, in www.archiviopenale.it, 19.02.2021, 13 s.; V. Valentini, *La difesa dell'abuso d'ufficio. Ancora un ritaglio selettivo ex lege 120/2020*, cit., 10 s.; A. Merlo, “Chi non fa falla”: la pubblica amministrazione dinnanzi al reato di abuso d'ufficio in www.la legislazione penale.eu, 29.12.2023, 6.

⁶⁵ Sullo sfondo di queste pronunce si può leggere la contrapposizione tra una lettura dell'art. 323 Cp come norma penale almeno parzialmente in bianco (così Cass. 07.03.2024 n. 16659, in www.dejure.it, anche se ai diversi fini dell'applicazione dell'art. 2 Cp) o come disposizione caratterizzata invece dalla mera presenza di elementi normativi (così Cass. 07.12.2023 n. 3544, sempre ai fini dell'applicazione dell'art. 2 Cp).

⁶⁶ Cfr. sul punto A. Merlo, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione “neutralizzatrice” della giurisprudenza*, cit., 4 s.

⁶⁷ Cfr. A. Merlo, “Chi non fa falla”: la pubblica amministrazione dinnanzi al reato di abuso d'ufficio, cit., 5.

⁶⁸ A. Alberico, *Le vecchie insidie del nuovo abuso d'ufficio*, cit., 19.

tecnica non sia trasfusa in una regola di comportamento specifica e “rigida”⁶⁹, e che addirittura sottolineava la necessità di mantenere ferma l’insindacabilità del “nucleo valutativo” del giudizio tecnico, o qualche decisione che, puntualmente, andava alla ricerca della violazione di una regola specifica – ancorché meramente procedurale – da cui non residuasse un margine di discrezionalità, ravvisandola ad esempio nell’obbligo di espletare le procedure di mobilità prima di utilizzare la procedura concorsuale per la copertura di posti vacanti in organico⁷⁰. Altri arresti che toccavano da vicino il tema della discrezionalità, però, mostravano di non aver davvero fatto i conti con la nuova formulazione dell’art. 323 c.p.

La Cassazione, per esempio, in un paio di sentenze in cui ha sotto altro aspetto condiviso un indirizzo rigoroso nella definizione della portata dell’*abolitio* prodotta dalla riforma⁷¹, non ha mancato di puntare nuovamente le luci sul delicatissimo tema dello sviamento di potere, che opera in un contesto necessariamente caratterizzato dalla presenza della discrezionalità, ma che secondo taluno avrebbe dovuto continuare a rilevare, visto che l’abuso d’ufficio ed il sindacato sulla discrezionalità, nei termini predetti, costituivano un «binomio indissolubile»⁷². In entrambi i casi, la Suprema Corte, in un *obiter dictum*, ha fondato le sue considerazioni sulla teoria – non del tutto intellegibile a questo scopo⁷³ – dei limiti interni ed esterni della discrezionalità,

⁶⁹ Cass. 1.02.2021, n. 14214, in *Guida al Diritto*, 2021, 17: «In tema di abuso d’ufficio, come riformato dall’articolo 23 del decreto legge 76/2020, convertito con modificazioni in legge 120/2020, sono stati espunti dalla sfera del penalmente rilevante gli atti amministrativi connotati da margini di discrezionalità tecnica, pertanto il giudizio delle commissioni esaminatrici (nella specie sul merito della produzione scientifica di un candidato) non è più suscettibile di integrare la fattispecie tipica, a meno che la regola tecnica non sia trasfusa in una regola di comportamento specifica e “rigida”, di fonte primaria, permanendo tuttavia anche in tal caso l’insindacabilità del “nucleo valutativo” del giudizio tecnico». N. Pisani, *La riforma dell’abuso d’ufficio nell’epoca della semplificazione* in *DPP* 2021, 12 rileva come sia improbabile che questa regola di comportamento, specifica e rigida, sia di fonte primaria.

⁷⁰ Cass. 17.06. 2021 n. 33755, in *www.dejure.it*.

⁷¹ Cfr. Cass. 9.12.2020, n. 442, cit. e Cass. 18.05.2022 n. 21643, in *www.dejure.it*, ove si evidenzia come al giudice penale sia stato sottratto l’apprezzamento dell’inosservanza di principi generali o di fonti normative di tipo regolamentare o subprimario.

⁷² A. Manna, *I continui giri di valzer tra legislatore e giurisprudenza in tema di abuso d’ufficio: un addio alla tassatività?*, in *www.archiviopenale.it*, 4.05.2021; 7; R. Borsari, *A volte ritornano. Riforma dell’abuso d’ufficio e sperimentazioni applicative*, cit., 58; M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell’abuso d’ufficio*, cit., 160; 163. A. Merli, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d’ufficio dopo l’ultima riforma*, cit., 25 ricorda che la discrezionalità è inseparabile dall’esercizio del potere.

⁷³ M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Giuffrè, Milano, 1939, 166, per esempio, esclude che il pubblico interesse costituisca il limite, interno o esterno, al potere discrezionale. Come egli afferma, «non esistono di tali limiti». Il limite esterno deriva piuttosto da una norma di legge e la sua trasgressione dà luogo ad una violazione di legge. Cfr. anche A. Crismani, *La discrezionalità*

rilevando come solo la violazione dei limiti esterni – e non dei limiti interni e quindi il “cattivo uso” della discrezionalità amministrativa – avrebbe permesso di configurare lo sviamento di potere, integrando il reato⁷⁴.

Tra gli arresti più originali – soprattutto come principio di diritto –, invece, si può ricordare quello in cui la Cassazione ha affermato che permaneva la punibilità *ex art.* 323 Cp delle condotte astrattamente discrezionali ma vincolate in concreto per scelte precedenti compiute dal funzionario: laddove quindi la violazione della regola di condotta intervenisse in un momento del procedimento in cui era possibile affermare che ogni determinazione dell'amministrazione era ormai espressione di un potere caratterizzato dall'essere privo, in concreto, di qualsivoglia margine di discrezionalità⁷⁵.

A confermare, però, come il diritto vivente presentasse troppe analogie con quello precedente, vi è un arresto in cui – mettendo in discussione quanto sembrava invece pacifico in senso contrario⁷⁶, almeno per buona parte della giurisprudenza – si è arrivati addirittura a riaffermare la rilevanza, ai fini del riformato art. 323 Cp, della violazione dell'art. 97 Cost., quale norma di legge che solo in apparenza conterrebbe canoni di carattere generale, mentre invece, nella parte in cui richiama l'imparzialità e

amministrativa nel reato di abuso d'ufficio (note su Cass. Pen., sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 442), in www.giustiziainsieme.it, 29.04.2021, par. 3.

⁷⁴ Cass. 9.12.2020, n. 442, cit.; Cass. 18.05.2022 n. 21643, cit. *Contra* Cass. 10.06.2022 n. 28402, in www.dejure.it che – ancora una volta in un *obiter dictum* e comunque in modo sfuggente – esclude invece che il limite dello sviamento di potere, che secondo la Corte territoriale sarebbe connaturato all'azione amministrativa, trovi riscontro nell'attuale formulazione dell'art. 323 Cp.

⁷⁵ Cass. 28.01.2021 n. 8057, in *FI* 2021, II, 225 ss. Come rileva, alla luce della motivazione offerta dalla Corte, M. Ricciarelli, *Il nuovo abuso di ufficio: un difficile punto di equilibrio*, www.archiviopenale.it, 24.09.2021, 15, la conclusione è stata desunta anche dalla annullabilità dell'atto, ravvisata dalla giurisprudenza amministrativa, alla stregua dell'art. 21-*octies* l. 07.08.1990 n. 241, nei casi di provvedimento che sia espressione di un potere vincolato in astratto e in quelli di potere in origine discrezionale, ma divenuto vincolato in concreto (per esaurimento di ogni spazio di discrezionalità). È bene evidenziare, tuttavia, come, al contrario di quanto sostenuto dai giudici di legittimità, la legge sul procedimento amministrativo circoscrive i motivi che possono condurre all'annullabilità dell'atto, anche laddove questo sia formalmente viziato, richiedendo al giudice di non annullare (e non di non annullare) il provvedimento per vizi formali, che non abbiano inciso sulla legittimità sostanziale di un provvedimento, il cui contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato; ciò può avvenire, secondo la giurisprudenza, sia in quanto il provvedimento è vincolato, sia in quanto, sebbene discrezionale, sia raggiunta la prova della sua concreta e sostanziale non modificabilità (e quindi il provvedimento sia divenuto vincolato in concreto): cfr. sul punto A. Merlo, *Quasi come Queneau: il legislatore e l'impresa inane di riformare l'abuso d'ufficio*, in *FI* 2021, II, 233.

⁷⁶ Cfr. Cass. 9.12.2020 n. 442, cit.; Cass. 3.10.2023 n. 2314, cit. e Cass. 08.01.2021 n. 7007, in www.dejure.it, dove si esclude che il fatto descritto nell'imputazione sia suscettibile di integrare il reato di abuso d'ufficio in relazione alla violazione dei principi di trasparenza e imparzialità, non trattandosi di violazioni di regole di condotta vincolanti, dalle quali non residuino margini di discrezionalità. Nello stesso senso cfr. Corte cost. 18.01.2022 n. 8, in www.sistemapenale.it, 19.01.2022.

nella «nella misura in cui vieta condotte di attuazione di intenti discriminatori o ritorsivi»⁷⁷, avrebbe natura immediatamente precettiva. In questa prospettiva – che non ci sentiamo di condividere, ma che è stata ricordata anche dal Consiglio Superiore della Magistratura nel parere reso in data 21 febbraio 2024 proprio sul testo del d.d.l. di riforma dell'abuso d'ufficio (S. 808)⁷⁸ – la disposizione costituzionale esprimerebbe una specifica regola di condotta.

Come abbiamo anticipato, gli orientamenti citati evidenziano un andamento altalenante della giurisprudenza, chiamata ad applicare il riformato art. 323 c.p., nell'esercitare su sé stessa il necessario *self restraint*.

In termini più generali, però, riteniamo che si possa effettuare un'ulteriore considerazione. Anche qualora le Corti avessero condiviso una lettura della disposizione più coraggiosamente distante dalla tradizione, non avrebbero potuto risolvere molti interrogativi lasciati aperti da una formulazione normativa che obiettivamente non distingueva tra le diverse declinazioni e tra i diversi gradi di discrezionalità dell'attività interessata e non avrebbero comunque potuto superare le incertezze che caratterizzavano questo articolo nelle parti che non erano state interessate dalla più recente riforma⁷⁹.

Oltre ai problemi posti dall'accertamento del dolo intenzionale – soprattutto se si considera l'atteggiamento della giurisprudenza penale ancora una volta non del tutto consapevole della complessità derivante dalla normale coesistenza del perseguimento di interessi pubblici ed interessi particolari nell'ambito dell'attività discrezionale⁸⁰ – ci

⁷⁷ Cass. 6.12.2021 n. 2080, in www.dejure.it. Successivamente, la Cassazione, uniformandosi ad alcuni precedenti conformi già citati, ha sottolineato invece con una certa costanza che l'art. 97 Cost. non appare più significativo alla luce della novella nel 2020, concludendo per la parziale *abolitio criminis*: Cass. 17.02.2022 n. 13136, in www.dejure.it; Cass. 10.06.2022 n. 28402, cit.; Cass. 11.07.2023 n. 38125 in www.dejure.it. Cfr. anche Cass. 07.04.2022 n. 23794, in www.sistemapenale.it, 15.07.2022 – con nota di C. Pagella, *Abuso d'ufficio: la Cassazione ribadisce la sopravvenuta irrilevanza penale della violazione di norme di principio* – dove si dà atto della sopravvenuta irrilevanza penale della violazione di norme di leggi generali e astratte e di norme di principio, come l'art. 97 Cost., prive del requisito della specificità richiesto dall'art. 323 Cp, nella formulazione in vigore dopo la riforma del 2020.

⁷⁸ Il riferimento alla sentenza Cass. 6.12.2021 n. 2080 è contenuto a pag. 4 del parere reso in data 21.02.2024 dal CSM sul testo del Disegno di legge AS n. 808 recante “Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare” e pubblicato sul sito del CSM.

⁷⁹ In particolare, quella che la legge del 2020 non può aver superato è l'incertezza che deriva all'interprete dall'abuso per omessa astensione, dal requisito della doppia ingiustizia e dal complesso accertamento del dolo intenzionale.

⁸⁰ Con riferimento al dolo intenzionale, da un lato si è resa presto evidente una contestata tendenza giurisprudenziale al rigore probatorio attenuato, volta ad indebolirne la portata con il mero richiamo ad indici sintomatici: l'evidenza della violazione di legge, che sia immediatamente riconoscibile dall'agente; la specifica competenza professionale dell'agente, tale da rendergli anch'essa, senza possibile equivoco, riconoscibile la

sembra che non minori incertezze siano state provocate dalla valutazione del requisito della doppia ingiustizia, che doveva caratterizzare sia la condotta sia l'evento, con riferimento ad entrambe le modalità di integrazione del reato.

Già abbiamo ricordato come nemmeno l'ultima formulazione dell'art. 323 Cp, nella declinazione della "violazione di legge", fosse riuscita ad evitare che l'attività discrezionale – almeno sotto qualche aspetto – della pubblica amministrazione potesse ricadere nel perimetro dell'abuso d'ufficio; nell'ambito della seconda forma di condotta, poi, dai confini «ampi ed evanescenti»⁸¹, erano necessariamente ricomprese attività discrezionali, perché l'obbligo di astensione sarebbe stato ben poco rilevante qualora fosse venuta in rilievo una condotta integralmente vincolata, un atto dovuto⁸².

In questo quadro, se non si voleva considerare l'ingiustizia dell'evento un requisito pleonastico⁸³ – capace di legittimare ogni violazione normativa, anche formale – quanto invece un requisito davvero selettivo, essa non doveva discendere

violazione; una motivazione del provvedimento meramente apparente o manifestamente pretestuosa; i rapporti personali eventualmente accertati tra l'autore del reato e il soggetto che dal provvedimento illegittimo abbia tratto il vantaggio, soprattutto quando – pare scontato – esista la prova di una collusione col privato beneficiario, nonché l'intento di sanare le illegittimità con successive violazioni di legge (F. Coppola, *La persistente ambiguità dell'abuso d'ufficio. Alcune (amare) riflessioni a margine del 'Caso Termovalorizzatore'* in *DPenCont.*, 4/2017, 41; G. De Bernardo, *Le criticità del formante giurisprudenziale. Elemento soggettivo*, in A.R. Castaldo, M. Naddeo (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 55 parla di «processo strisciante di dequotazione della intenzionalità»); dall'altro lato, molte sono le incertezze suscitate dall'ampio sindacato che è comunque riconosciuto al giudice penale nel verificare le effettive finalità perseguite dall'agente (C. Silva, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., 164). Se, come può accadere sovente nella pratica, l'abuso è stato realizzato al fine di perseguire un interesse pubblico che è stato affidato alla cura del soggetto attivo, l'elemento psicologico del reato non può dirsi integrato, ma la giurisprudenza ci ha mostrato orientamenti non sempre consapevoli della descritta complessità derivante dalla normale coesistenza del perseguimento di interessi pubblici e privati. In generale, non sembra convincente l'idea per la quale non è sufficiente che l'imputato abbia perseguito un fine pubblico (tra quelli che egli è chiamato a perseguire) accanto a quello privato affinché la sua condotta, ancorché illecita dal punto di vista amministrativo, non sia penalmente rilevante, «ma è necessario che egli abbia perseguito tale fine pubblico come proprio obiettivo principale» (Corte cost. 28.06.2006 n. 251 (ord.), in *Giur. cost.* 2006, 3).

⁸¹ M. Parodi Giusino, *In memoria dell'abuso d'ufficio? Osservazioni critiche sulla riforma dell'art. 323 Cp*, in *Sist. pen.*, 7-8, 2021, 94.

⁸² A. Merlo, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, cit., 14; T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 10. Nello stesso senso si è pronunciata Cass. 10.05.2023 n. 26625 in www.dejure.it, che ha precisato che l'inosservanza di "specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità" non riguarda la condotta di abuso, che si realizza mediante la violazione dell'obbligo di astensione.

⁸³ S. Seminara, *L'art. 323 c.p. e le ipotesi di riforma*, cit., 525. Egli ritiene che l'ingiustizia non possa non coincidere con l'illegittimità e, quindi, che il legislatore solo fittiziamente abbia introdotto il requisito dell'ingiustizia, che non adempie ad alcuna funzione costitutiva e fondante nella costruzione dell'illecito.

automaticamente dall'ingiustizia della condotta⁸⁴, ma doveva invece imporre al giudice di verificare se attraverso l'inosservanza della norma di legge o attraverso l'omessa astensione si fosse ottenuto un risultato diverso da quello che si sarebbe ottenuto – o, più precisamente, si sarebbe potuto ottenere – se le norme fossero state osservate⁸⁵.

Per poter dare una risposta certa alla domanda che doveva porsi il giudice, però, era di fatto necessario trovarsi in presenza di un risultato normativamente precluso e quindi che si collocasse fuori dal contesto della discrezionalità. Per utilizzare un'espressione tratta dalla dottrina amministrativistica avremmo dovuto riferirci solo all'attività vincolata in senso stretto, contrapposta a quella discrezionale “con riferimento al bene della vita”⁸⁶, perché solo lì il giudice può verificare se il soggetto favorito avrebbe conseguito comunque quel determinato bene della vita (in presenza di interessi pretensivi) o se altro soggetto non avrebbe ottenuto il medesimo risultato lesivo. Avremmo dovuto davvero immaginare un reato applicabile solo a contesti molto circoscritti, anche se tale idea sarebbe entrata in contrasto con la diversa concezione per la quale se si fossero escluse le norme procedurali da quelle rilevanti si sarebbe originato un *vulnus* nelle ragioni di tutela che stavano alla base dell'incriminazione dell'abuso d'ufficio, visto che la regolarità del procedimento costituisce la prima garanzia (anche se indiretta) di un'adeguata presa in considerazione degli interessi dei soggetti coinvolti, soprattutto in presenza di un potere discrezionale⁸⁷.

⁸⁴ Ci sembra corretta l'osservazione di chi ritiene che si possa operare l'apprezzamento ricorrendo alle stesse norme che disciplinano la condotta e quindi l'attività di volta in volta in considerazione, senza che ciò rappresenti una duplicazione di giudizio, visto che, se esse sono applicate all'evento, muta pur sempre la prospettiva di valutazione: autonomia di valutazione non significa diversità del parametro, almeno per quanto riguarda l'ipotesi della violazione di legge o di regolamento: A. Di Martino, *Abuso d'ufficio*, cit., 266 s.; S. Fiore, *Abuso d'ufficio*, cit., 298. T. Padovani, *Le metamorfosi dell'abuso d'ufficio*, cit., 1004.

⁸⁵ A. Pagliaro, M. Parodi Giusino, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 279.

⁸⁶ Questa definizione è tratta dalla dottrina amministrativistica e ci sembra avvicinabile alla vincolatezza/discrezionalità nell'*an* e nel *quid*. Come rileva C. Cudia, *Eccesso di potere e clausole generali*, in S. Torricelli (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, cit., 91, la distinzione tra attività vincolata e attività discrezionale dipende dal parametro assunto: «se si tratta del riferimento al bene della vita, i due fenomeni sono del tutto incomparabili».

⁸⁷ R. Borsari, *Reati contro la Pubblica Amministrazione e discrezionalità amministrativa. Dai casi in materia di pubblici appalti*, Padova 2012, 83. G. Mazzini, *Alcune annotazioni sul delitto di abuso di ufficio: il danno ingiusto, il dolo, la clausola di riserva*, in *RIDPP* 2000, 789 ss. ritiene che, vista l'assenza di margini di in/certezza tollerabili, sia preferibile considerare ingiusto ogni danno o vantaggio conseguente ad un comportamento posto in essere in violazione di regole comportamentali dell'azione amministrativa. Cfr. altresì A. Tesauro, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 34.

Come è stato rilevato, infatti, quando il potere è, almeno dall'inizio, discrezionale nell'esito – e, quanto meno per l'ipotesi di omessa astensione, lo può essere senza remore – è molto difficile (se non impossibile) verificare l'efficacia causale della violazione rispetto alla decisione finale ingiusta: «le regole devono essere rispettate di per sé proprio per la ragione che se la loro rilevanza fosse mediata dal “procedimento decisionale”, sarebbe la decisione finale appunto a essere sindacata (e non la regola)»⁸⁸.

Per concludere, un serio accertamento della doppia ingiustizia nell'attività discrezionale contrastava con la necessità di garantire che l'epicentro della discrezionalità (il merito) rimanesse insindacabile e tornavamo a ritrovarci al cuore del problema che ha afflitto l'abuso d'ufficio: il rischio di indebite ingerenze del giudice penale nell'operato della pubblica amministrazione.

Uno sguardo alla realtà giurisprudenziale ci conferma in queste considerazioni. Forse anche per effetto dei limiti del giudizio prognostico al quale il giudice era chiamato in questo contesto – laddove l'attività non fosse vincolata nei termini sopra descritti – quello che si coglie è un andamento altalenante delle pronunce, che finivano per valorizzare la doppia ingiustizia solo in modo intermittente e con risultati inaccettabilmente imprevedibili per i soggetti coinvolti⁸⁹, anche quando offrivano con coraggio una rilettura del requisito in chiave sostanziale⁹⁰.

3. Se questo è il quadro che complessivamente si può tratteggiare all'esito della riforma del 2020, ci sembra difficile poter concludere l'analisi rammaricandosi soltanto, come si sarebbe tentati di fare, del fatto che non si è dato più tempo alla

⁸⁸ C. Cudia, *Decisione amministrativa discrezionale e giudice penale*, in R. Ursi, M. Renna (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli 2021, 222.

⁸⁹ La doppia ingiustizia è stata puntualmente valorizzata, per esempio, da Cass. 11.07.2023 n. 40428, in *www.dejure.it*. (con cui la sentenza impugnata è stata annullata perché era mancato l'accertamento che il soggetto favorito da colui che non si era astenuto non avesse i requisiti per accedere alla posizione di direttore in questione, ma si era semplicemente affermato che la segnalazione dell'imputato aveva determinato l'effetto di precludere l'esame dei *curricula* degli altri candidati). In senso contrario, invece, cfr. Cass. 28.01.2021 n. 8057, cit., 225 ss.; Cass. 07.03.2024 n. 16659, cit. (in *obiter dictum*); nonché soprattutto Cass. 21.02.2023 n. 17397 in *www.dejure.it*, dove si afferma in modo meccanico che, in linea generale, «la nomina di un candidato ad un ufficio pubblico comportante remunerazione, con ingiustificata pretermissione degli altri aspiranti, può implicare un ingiusto vantaggio patrimoniale per il primo ed un ingiusto danno per i secondi», senza andare a verificare se quella nomina fosse preclusa da limiti normativi.

⁹⁰ La valorizzazione di una doppia ingiustizia in chiave sostanziale è offerta da Cass. 31.05.2022 n. 26625, in *www.dejure.it*, con la richiesta che il danno o il vantaggio siano contrari ad un non meglio definito «interesse reale della pubblica amministrazione». Questa lettura non fa che legittimare un sindacato molto ampio sulla discrezionalità, esteso fino al merito dell'atto. Il giudice penale dovrebbe inammissibilmente chiedersi quale è l'interesse reale della pubblica amministrazione.

giurisprudenza per riuscire a vincere le resistenze opposte con i primi arresti. La disposizione frutto dell'intervento operato nel periodo pandemico evidenzia una certa indeterminatezza e, più precisamente, dei limiti tecnici che ci sembrano insuperabili e che avrebbero impedito di assicurare un idoneo presidio contro il rischio – tanto temuto dai soggetti che operano nella pubblica amministrazione – di indebita ingerenza del potere giudiziario nell'azione amministrativa discrezionale.

Nel momento in cui nella maggioranza politica è maturata la consapevolezza di dover intervenire ancora una volta sul reato, il legislatore aveva tuttavia davanti a sé tre vie riformistiche concretamente percorribili.

Innanzitutto, poteva difendere con fermezza la fattispecie “generale” di abuso d'ufficio che da ultimo il legislatore del 2020 aveva rimodellato, ma che costituiva una costante nella tradizione penalistica italiana, in quanto norma di chiusura del sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione, cercando di ridefinirla meglio, ancora una volta, nei suoi caratteri strutturali fondamentali.

In secondo luogo poteva cambiare prospettiva rinunciando alla fattispecie tanto tormentata di cui all'art. 323 Cp, ma inserendo l'abrogazione del reato in un progetto strutturato e sistematico, capace di armonizzarsi anche con le istanze sovranazionali sottese alla Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, presentata dalla Commissione il 3 maggio 2023 sulla “lotta contro la corruzione, che sostituisce la decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio e la convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, e che modifica la Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio”.

In terzo luogo poteva fare semplicemente a meno del reato di abuso d'ufficio, confidando provvidenzialmente nelle risposte già messe in campo per combattere la *maladministration*.

Quest'ultima, purtroppo, è stata la via effettivamente imboccata, che, come vedremo, il Governo ha ritenuto di dover già ripensare ricorrendo in modo poco meditato alla decretazione d'urgenza, addirittura prima dell'effettiva abrogazione del reato.

Se il legislatore, preferendo la prima opzione, non avesse voluto rinunciare al reato ci sarebbe stato forse spazio per qualche intervento correttivo da operare sul testo dell'art. 323 c.p., sottraendo in modo ancora più netto il controllo sulla discrezionalità al giudice penale e riducendo così il campo applicativo della disposizione a casi

davvero eccezionali – a meno che non si assista nel tempo ad una ridefinizione dei doveri gravanti sui pubblici agenti, con riduzione pesante dell'attività discrezionale –, ma in questo modo la nuova disposizione avrebbe rischiato di essere censurabile per contrasto con il canone della ragionevolezza rendendo non punibili fatti che taluno ha definito addirittura più allarmanti o più offensivi del bene giuridico del buon andamento dell'amministrazione di quelli ancora sussumibili nella fattispecie riformata⁹¹. L'opzione dell'abrogazione di una fattispecie generale e difficile da dominare, come quella che conosciamo, era poi effettivamente più coerente con la necessaria presa d'atto degli esiti poco felici dei tentativi di riscrivere l'abuso d'ufficio, fatti fino ad allora⁹².

Non ci si poteva, però, fermare lì e proprio per questo avremmo preferito che il legislatore avesse imboccato la seconda via sopra menzionata. Le energie avrebbero dovuto essere impiegate con maggior lungimiranza, dando vita ad una riforma più

⁹¹ Questi fatti sarebbero allarmanti perché posti in essere nel momento in cui la P.A. è chiamata ad operare una delicata attività di ponderazione degli interessi in gioco. Così si esprime M. Ricciarelli, *Il nuovo abuso di ufficio: un difficile punto di equilibrio*, cit., 21 riferendosi peraltro al testo uscito dalla riforma del 2020. Anche M. Donini, *Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo" di riforma dell'art. 323 c.p. La ricerca di un'ultima ratio ancora più tassativa contro il trend generale dell'espansione penalistica*, cit., 97 ritiene che solo attraverso il controllo della discrezionalità ci sia spazio per perseguire davvero gli abusi d'ufficio. Per M. Gambardella, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale*, in B. Romano (a cura di), *Il "nuovo" abuso d'ufficio*, cit., 117 e Id., *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel "disegno di legge Nordio"*, cit., 7, un campo applicativo dell'abuso d'ufficio limitato all'attività vincolata sarebbe del tutto residuale e di scarso valore: l'abuso d'ufficio e il sindacato sul cattivo uso della discrezionalità amministrativa stanno e cadono insieme. Cfr. anche F.C. Palazzo, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in *CP* 2012, 1615 ss., il quale mette in guardia dai possibili rischi di illegittimità costituzionale di una scelta che porti a sanzionare fatti meno gravemente offensivi del bene del buon andamento, lasciando esenti da pena quelli più gravi.

⁹² S. Fiore, *Abuso d'ufficio*, cit., 289 ritiene preferibile l'opzione abrogativa, rispetto a rimaneggiamenti della fattispecie mal progettati e male eseguiti. A favore dell'abrogazione, pur con cautela e richiedendo un parallelo intervento di "ristrutturazione" dei controlli extrapenalici, si era già espresso, poco dopo la riforma del 1997, V. Manes, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, cit., 1234 s. Cfr. anche S. Vinciguerra, *L'abuso d'ufficio: stato delle cose e ragioni di una riforma*, in *DPP* 1996, 861; R. Li Vecchi, *Art. 323 c.p.: una norma ancora in cerca di una sua identità*, in *RP* 1998, 132. Più di recente: S. Perongini, *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio*, in A.R. Castaldo (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, cit., 20, il quale ha proposto, invece, una diversa soluzione in Id., *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., XIII ss.; nonché A. Merlo, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 124, il quale preferisce l'ablazione della fattispecie rispetto all'ennesima riformulazione legislativa e poi Id., *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, cit., 16 (in modo più netto rispetto a quanto espresso precedentemente); L. Della Ragione, *L'abuso d'ufficio riformato tra diritto penale ed extrema ratio di tutela*, in A.R. Castaldo, M. Naddeo (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 126; L. Stortoni, *Intervento*, in A.R. Castaldo (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, cit., 117 ss.; A. Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit., 12; B. Romano, *Il "nuovo" abuso d'ufficio e l'abolitio criminis parziale*, in *www.penedp.it*, 19.01.2021, par. 4.

ampia e complessa di quella effettivamente attuata; una riforma capace di veicolare al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio un messaggio che non fosse superficialmente rassicurante ma che fosse soprattutto chiaro sui limiti da rispettare, almeno nei settori più esposti al rischio di strumentalizzazioni – come quello degli appalti o dei concorsi pubblici –, per evitare di andare incontro ad una responsabilità penale e, solo in questa prospettiva, anche rassicurante.

La scelta più radicale operata senza correttivi, ma con determinazione, dal legislatore italiano era quella più semplice da comunicare in termini di “rasserenamento” dei pubblici agenti, almeno nelle intenzioni, ma non per questo quella preferibile.

Vediamo di riflettere allora sulle problematiche connesse all'avvenuta abrogazione della fattispecie; problemi che questa legge non ha voluto affrontare, come ben si può intuire ripercorrendo alcune delle già citate ragioni poste dal legislatore alla base della riforma. A conferma di ciò basti evidenziare che con il d.l. 4.7.2024 n. 92 è stato già introdotto l'art. 314-bis Cp, l'indebita destinazione di denaro o cose mobili, per colmare, pare, una delle lacune che si sarebbe venuta a creare proprio con l'imminente abrogazione dell'abuso d'ufficio, mentre sarebbe stato opportuno, se non addirittura necessario, che fosse stata la legge con cui il reato è stato abrogato a colmarle tutte in modo sistematico.

3.1 Buona parte del dibattito pubblico che negli ultimi mesi ha riguardato l'abolizione del reato si è incentrato sugli obblighi di criminalizzazione dell'abuso d'ufficio derivanti dagli impegni che l'Italia si è assunta a livello internazionale e comunque dalla sua appartenenza all'Unione Europea. Non è un caso che lo stesso legislatore, senza tuttavia mostrare eccessiva preoccupazione, nella già citata Relazione al disegno di legge governativo abbia ricordato che rimane ferma la possibilità di valutare in futuro specifici interventi additivi volti a punire condotte “circoscritte e precise” in ottemperanza di eventuali indicazioni di matrice euro-unitaria che dovessero essere introdotte in futuro.

Cerchiamo allora di fare un po' di chiarezza sul punto, dando atto anche dei cambiamenti che sono intervenuti da poco nel quadro sovranazionale.

È noto che l'Italia ha ratificato, con la legge 3.8.2009 n. 116, la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale il 31.10.2003 e aperta alla firma a Merida dal 9 all'11 dicembre dello stesso anno.

Gli obblighi di criminalizzazione dell'abuso d'ufficio non discendono tuttavia da questa Convenzione. Tale atto normativo richiama l'attenzione sul ricorso alla sanzione penale, prevedendo che ogni Stato Parte «consideri l'adozione delle misure legislative o delle altre misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale, quando l'atto è stato commesso intenzionalmente, all'abuso delle funzioni o della posizione, ossia al compimento o all'astensione dal compimento di un atto, in violazione delle leggi, da parte del pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni, al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un'altra persona o entità» (cfr. art. 19, Convenzione di Merida)⁹³.

Da una piana lettura della disposizione citata emerge quindi come da questo atto derivi per gli Stati firmatari solo l'obbligo di considerare questa possibilità, espresso mediante la formula "*shall consider adopting*"; l'obbligo di introdurre specifiche fattispecie di reato – imposto mediante l'espressione "*shall adopt*" – riguarda invece, per esempio, le condotte di corruzione di pubblici funzionari nazionali, stranieri o internazionali (artt. 15-16 co. 1)⁹⁴.

Le considerazioni da fare sarebbero tuttavia completamente diverse qualora la Proposta di Direttiva dell'Unione Europea sulla lotta contro la corruzione presentata dalla Commissione il 3 maggio 2023 venisse adottata nella formulazione originaria.

L'art. 11 di questa Proposta di Direttiva, rubricato "Abuso d'ufficio", prevede, tra l'altro, che gli Stati membri «prendono le misure necessarie affinché sia punibile come reato la condotta seguente, se intenzionale: 1. l'esecuzione o l'omissione di un atto, in violazione delle leggi, da parte di un funzionario pubblico nell'esercizio delle sue funzioni al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo; [...]»⁹⁵.

Ove approvata in questa formulazione, la Direttiva imporrebbe a ciascuno Stato membro di prevedere sanzioni penali per le condotte di abuso prefigurate dall'art. 11, tra le quali possiamo senz'altro annoverare una buona parte di quelle contemplate

⁹³ Article 19 – Abuse of functions: "Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, the abuse of functions or position, that is, the performance of or failure to perform an act, in violation of laws, by a public official in the discharge of his or her functions, for the purpose of obtaining an undue advantage for himself or herself or for another person or entity".

⁹⁴ Cfr. sul punto L. Stortoni, G.S. Califano, *Ex falso sequitur quodlibet: l'invocazione di vincoli sovranazionali nel dibattito sull'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, in www.discrimen.it, 08.06.2023, 2 ss., ove ci si sofferma nel dettaglio sulla distinzione tra ipotesi di criminalizzazione obbligatoria e ipotesi di criminalizzazione facoltativa.

⁹⁵ Il testo della proposta, anche in lingua italiana, può essere reperito sul sito eur-lex.europa.eu. Cfr., sul punto, V. Mongillo, *Strengths and Weaknesses of the Proposal for a EU Directive on Combating Corruption*, in www.sistemapenale.it, 31.07.2023; G.L. Gatta, *L'annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: tra "paura della firma", esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, cit., 169.

dall'abrogato art. 323 Cp, ma non le prevaricazioni esercitate dal pubblico agente. Laddove questa Proposta di Direttiva della Commissione europea dovesse essere approvata, potrebbe prospettarsi quindi un problema di compatibilità tra la soluzione abrogativa e il diritto euro-unitario.

Il quadro appena descritto però, ben lungi dall'essere definitivo, si è arricchito di nuovi tratti nel corso degli ultimi mesi.

Il 19 luglio 2023 la Commissione Politiche dell'Unione Europea della Camera dei Deputati italiana ha redatto un "parere motivato" (ai sensi dell'art. 6, Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, le cui disposizioni sono allegate al TUE e al TFUE), esponendo le ragioni per le quali riteneva che il progetto di atto legislativo europeo sulla corruzione non fosse conforme al principio di sussidiarietà, che richiederebbe all'Unione Europea di intervenire solo se gli obiettivi presi di mira siano meglio realizzabili in questo contesto invece che con gli interventi dei singoli Stati. Per quanto riguarda l'abuso d'ufficio, in particolare, il carattere transnazionale del fenomeno criminale oggetto della disciplina – invocato dalla Commissione europea a sostegno della conformità dell'intervento normativo al principio di sussidiarietà – non sarebbe stato interamente dimostrato. Il parere è stato approvato dalla Camera il 26 luglio 2023, con richiesta di operare un'analisi più approfondita dei profili di criticità emersi, nel corso del prosieguo dell'esame della Proposta a livello di Unione europea⁹⁶.

Il Parlamento europeo, dopo la relazione presentata il 21 febbraio 2024, ha adottato il mandato negoziale nella seduta plenaria del 27 febbraio 2024, tenendo solo in minima considerazione le istanze italiane formulate in merito al reato di abuso d'ufficio⁹⁷, ed ha deferito la Proposta alla Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE) per avviare i negoziati interistituzionali.

Ben diverso è stato l'approccio del Consiglio dell'Unione. In seguito alla presentazione della Proposta il gruppo "Cooperazione giudiziaria in materia penale" (COPEN) e i consiglieri GAI la hanno esaminata nel corso delle presidenze svedese,

⁹⁶ Cfr. sul punto M. Gambardella, *La "Proposta di Direttiva in materia di lotta alla corruzione" al vaglio del Parlamento: qualche riflessione sui reati di abuso d'ufficio e traffico di influenze*, in www.sistemapenale.it, 27.07.2023; B. Romano, *La prospettata abrogazione dell'abuso d'ufficio: più pro che contro*, in www.lalegislazionepenale.eu, 12.12.2023, 16.

⁹⁷ Gli emendamenti sono consultabili sul sito www.europarl.europa.eu. Per quanto riguarda l'abuso d'ufficio, il testo (in inglese) modificato dell'art. 11 dovrebbe assumere questa forma, con obbligo di criminalizzazione: «the performance of or failure to perform an act, in violation of laws, by a public official in the exercise of that public official's functions for the purpose of obtaining an undue advantage of any nature for that official or for a third party».

spagnola e belga del Consiglio e in questa sede si è raggiunto un accordo in ordine ad un nuovo testo che, per quanto riguarda l'abuso d'ufficio, sostituisce l'obbligo di penalizzazione con una mera facoltà⁹⁸. In data 14 giugno 2024 il Consiglio dell'Unione Europea ha adottato la sua posizione raggiungendo un orientamento generale su questo nuovo testo della Direttiva, che rappresenterà il punto di riferimento per i negoziati.

Incerti non sono più quindi solo i tempi dell'adozione, ma incerto è soprattutto, a questo punto, il contenuto finale della nuova Direttiva, che potrebbe davvero avvicinarsi al testo approvato dal Consiglio, facendo venir meno ogni rischio di contrasto della riforma appena approvata con il futuro diritto dell'Unione.

Lasciato da parte quindi il profilo dei vincoli europei sulla più ampia fattispecie di abuso d'ufficio, che è ancora in evoluzione e che comunque non deve diventare un alibi per non affrontare le ben più significative questioni di merito o per non contrastare con determinazione i fenomeni corruttivi in senso lato⁹⁹, è indispensabile tornare a riflettere sugli altri argomenti che sono stati enunciati dal legislatore italiano come ragioni dell'abrogazione di questa fattispecie di chiusura dei delitti contro la pubblica amministrazione; ragioni che più correttamente dovrebbero essere qualificate come risposte anticipate alle possibili obiezioni sollevabili contro la scelta più radicale e che attengono agli strumenti penali ed extrapenali di cui il nostro ordinamento già disporrebbe per combattere efficacemente i fenomeni di strumentalizzazione delle funzioni e dei servizi pubblici a fini privati.

3.2 Dobbiamo chiederci allora quanto sia condivisibile l'affermazione per la quale l'abuso d'ufficio può essere abolito anche in considerazione del fatto che il nostro ordinamento già dispone di un apparato repressivo molto articolato in materia, costituito dai delitti contro la pubblica amministrazione e da molti reati comuni che comunque sono puniti più gravemente se posti in essere con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla pubblica funzione o al pubblico servizio.

È vero che l'Italia dispone di un ricco complesso di disposizioni penali capaci di presidiare il settore della pubblica amministrazione, ma dobbiamo comunque

⁹⁸ Il nuovo testo dell'art. 11 si può consultare in www.data.consilium.europa.eu e si riproduce nelle parti significative: «Gli Stati membri [...] possono prendere le misure necessarie affinché [...] l'esecuzione o l'omissione di un atto, in violazione delle leggi, da parte di un funzionario pubblico nell'esercizio delle sue funzioni al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo, sia punibile come reato, se intenzionale. [...]».

⁹⁹ Come rileva M. Parodi Giusino, *La proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio: discutibili ragioni e dannose conseguenze*, cit., 12, fin dalla Convenzione di Merida gli Stati Parte sono stati esortati a combattere con determinazione contro i fenomeni corruttivi in senso stretto e contro quelli ad essi collegati.

chiederci se l'abrogazione del reato abbia lasciato aperte delle lacune di tutela che dovevano invece essere sapientemente colmate con una riforma organica.

Guardando ai rapporti con le fattispecie contigue a quella dell'abuso d'ufficio, un primo vuoto da considerare è quello che in realtà è stato già urgentemente colmato con l'art. 9 del citato d.l. 4.7.2024 n. 92 – un decreto legge concernente principalmente la materia penitenziaria – e che attiene al tema delicatissimo del peculato per distrazione. Ricorrendo alla decretazione d'urgenza è stata infatti introdotta una nuova fattispecie, l'indebita destinazione di denaro o cose mobili (art. 314-bis), punita con la reclusione da sei mesi a tre anni, applicabile «fuori dei casi previsti dall'articolo 314», quando il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio avendo, per ragione del suo ufficio o servizio, il possesso o la disponibilità di denaro o altra cosa mobile altrui, «li destina ad un uso diverso da quello previsto da specifiche disposizioni di legge o da atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità e intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o ad altri un danno ingiusto».

È stato altresì adeguato l'art. 322-bis Cp con l'inserimento di questa nuova disposizione tra quelle che possono essere commesse anche dai membri delle Corti internazionali, degli organi delle Comunità europee, di assemblee parlamentari internazionali o di organizzazioni internazionali o da funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri.

Il tema del peculato per distrazione espunto dall'art. 314 Cp nel 1990 – al quale si potrebbe pensare dando una scorsa alla parte iniziale della nuova disposizione – fa subito sorgere il timore di un ritorno al passato, quando esso veniva contestato dalla magistratura con grande frequenza per perseguire i comportamenti degli amministratori che deviavano le risorse della P.A. verso destinazioni diverse da quelle prescritte, ma pur sempre pubbliche e, addirittura, istituzionali, esercitando un controllo invasivo sull'attività discrezionale¹⁰⁰.

¹⁰⁰ E. Musco, *A proposito di tutela penale della pubblica amministrazione*, in *IP 2001*, 1025. Come ricorda l'Autore si intervenne per sanare queste situazioni di patologia giudiziaria con uno strumento anomalo: la concessione dell'amnistia per peculato per distrazione (d.P.R., 22 maggio 1970, n. 283). Sul punto cfr. anche R. Rampioni, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, Milano 1984, 285: l'amnistia era stata concessa solo per le ipotesi in cui, esclusa l'appropriazione, «risulti che la distrazione del denaro o altra cosa mobile sia stata compiuta per finalità non estranee a quelle della P.A.» A. Pagliaro, *Relazione introduttiva*, in A.M. Stile (a cura di), *La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 6 rilevava come la distrazione a profitto proprio o di altri avesse dei contorni troppo incerti: non si comprendeva se costituisse distrazione ogni deviazione della cosa verso uno scopo diverso da quello predeterminato oppure occorressero altri requisiti, come la deviazione verso uno scopo estraneo ai fini istituzionali dell'ente o la destinazione ad uno scopo difforme da qualsiasi

Una parte di questi timori, però, pare fugabile attraverso l'analisi della nuova norma, che si differenzia profondamente dal vecchio peculato per distrazione – incentrato unicamente sulla distrazione «a profitto proprio o di altri» del denaro o delle cose mobili – in considerazione della presenza di diversi elementi simili a quelli che hanno caratterizzato l'ultima formulazione dell'abuso d'ufficio, *ivi* compreso l'evento ingiusto di danno o vantaggio patrimoniale.

Secondo la volontà del legislatore del 1990, nell'abuso d'ufficio sarebbero dovute confluire le condotte che, prima della riforma, rientravano nel peculato per distrazione, sempre che quest'ultima avvenisse in violazione di una previsione di legge o di regolamento (in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, dopo la riforma del 2020)¹⁰¹. Era illusorio pensare, tuttavia, che la cancellazione della distrazione dal reato di peculato non avrebbe finito per influire sui contenuti di tipicità della condotta di appropriazione nell'ambito dell'art. 314 Cp¹⁰², facendoli alla fine in parte coincidere con quelli della nozione di appropriazione della fattispecie di cui all'art. 646 Cp¹⁰³.

A tale riguardo, e solo in estrema sintesi¹⁰⁴, si deve segnalare come la giurisprudenza sia arrivata a qualificare sempre più spesso come peculato per appropriazione gli atti di disposizione del denaro nella disponibilità dell'intraneo per finalità esclusivamente private ed estranee ai fini istituzionali dell'ente. L'abuso d'ufficio si configurava invece quando l'atto di destinazione avveniva in violazione delle regole contabili e fosse funzionale alla realizzazione, oltre che di indebiti interessi privati, anche di interessi

pubblica utilità.

¹⁰¹ R. Bartoli, *La distinzione tra appropriazione e distrazione e le attuali esigenze di tutela patrimoniale*, in DPP 2001, 1137; A.M. Maugeri, *Peculato per appropriazione e condotte distrattive*, in IP 1993, 702 s.; M. Pelissero, *I delitti di peculato*, in C.F. Grosso, M. Pelissero (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 102.

¹⁰² F.C. Palazzo, E. Tarquini, voce *Peculato*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma 1995, 4.

¹⁰³ Cfr. V. Militello, *Gli abusi nel patrimonio di società controllate e le relazioni fra appropriazione e distrazione*, in RIDPP 1991, 293 s., il quale ritiene che non vi siano più ostacoli «ad affermare la possibilità di appropriarsi di un bene per volgerlo a vantaggio altrui», quando il soggetto utilizza il bene a favore di altri in modi non consentiti dal titolo del possesso, esercitando facoltà esclusive del proprietario e in mancanza di una seria intenzione di restituirlo senza avergli cagionato un pregiudizio funzionale socialmente apprezzabile. Sul discusso rapporto tra appropriazione e distrazione, cfr. M. Pelissero, *I delitti di peculato*, cit., 103 ss.

¹⁰⁴ Per una recente panoramica cfr. G.J. Sicignano, *Il peculato mediante distrazione*, in www.archiviopenale.it, 2/2023.

pubblici obiettivamente esistenti e per i quali fosse ammissibile un ordinativo di pagamento o l'adozione di un impegno di spesa da parte dell'ente¹⁰⁵.

L'abuso d'ufficio, quindi, non aveva completamente riassorbito le condotte già rientranti nel peculato per distrazione, con quel che ne consegue sul fronte della lacuna che si sarebbe aperta con l'abrogazione dell'art. 323 Cp.

A fronte della scomparsa dell'art. 323 Cp, solo le condotte "distrattive" ricomprese nell'abuso d'ufficio non avrebbero più trovato una fattispecie capace di accoglierle, se non a costo di forzature inaccettabili del dato normativo, escluse dalla giurisprudenza a partire dall'abrogazione del peculato per distrazione¹⁰⁶. Questo vuoto di tutela non ci sarebbe sembrato tuttavia così significativo da dover essere colmato con strumenti penalistici.

L'argomento che pare abbia indotto invece il Governo ad attivarsi con urgenza è ancora una volta quello di matrice sovranazionale¹⁰⁷. Esso potrebbe essere legato alla necessità di evitare ogni possibile contrasto dell'abrogazione con il diritto europeo – non futuro, quanto – già in vigore e più precisamente con la Direttiva PIF 2017/1371 del

¹⁰⁵ Cass. 23.09.2020 n. 27910, in www.dejure.it: «L'utilizzo di denaro pubblico per finalità diverse da quelle previste integra il reato di abuso d'ufficio qualora l'atto di destinazione avvenga in violazione delle regole contabili, sebbene sia funzionale alla realizzazione, oltre che di indebiti interessi privati, anche di interessi pubblici obiettivamente esistenti e per i quali sia ammissibile un ordinativo di pagamento o l'adozione di un impegno di spesa da parte dell'ente, mentre integra il più grave reato di peculato nel caso in cui l'atto di destinazione sia compiuto in difetto di qualunque motivazione o documentazione, ovvero in presenza di una motivazione di mera copertura formale, per finalità esclusivamente private ed estranee a quelle istituzionali». Nello stesso senso: Cass. 07.06.2018 n. 37768; Cass. 22.06.2017 n. 41768; Cass., 02.03.2016 n. 12658, tutte in www.dejure.it. Qualche dubbio può forse residuare nei casi di impiego del denaro o della cosa per uno scopo che non rientra nei fini istituzionali dell'ente di appartenenza, ma che è pur sempre pubblico, anche se sono nettamente da preferire le letture per le quali si potrebbero ricondurre all'appropriazione, e quindi al peculato, solo le forme di distrazione a esclusiva finalità privata: A.M. Maugeri, *Peculato per appropriazione e condotte distrattive*, cit., 707; 715; G. Fornasari, *Peculato*, in A. Bondi, A. di Martino, G. Fornasari, *Reati contro la pubblica amministrazione*², cit., 119.

¹⁰⁶ Cfr. Cass. 13.04.2023 n. 25173, in www.dejure.it, in cui si è ribadito che non integra il delitto di peculato l'utilizzo dei fondi di una società interamente partecipata da un ente pubblico che provveda al perseguimento di una finalità dell'ente stesso, «in quanto non sussiste il requisito dell'appropriazione, né della distrazione del denaro per fini privatistici, potendosi al più ipotizzare una irregolarità rilevabile sotto il profilo della responsabilità contabile». Nel caso di specie, peraltro, è stata esclusa la riqualificazione del fatto in abuso d'ufficio, visto che quest'ultimo reato presuppone una specifica violazione di legge che non risultava contestata e, in ogni caso, non era neppure contestato l'ulteriore elemento dell'ingiusto vantaggio derivante dall'atto dispositivo.

¹⁰⁷ Il Governo motiva espressamente il ricorso alla decretazione d'urgenza in ragione di una ritenuta «straordinaria necessità e urgenza di definire, anche in relazione agli obblighi euro-unitari, il reato di indebita destinazione di beni ad opera del pubblico agente». G.L. Gatta, *Morte dell'abuso d'ufficio, recupero in zona Cesarini del 'peculato per distrazione' (art. 314-bis c.p) e obblighi (non pienamente soddisfatti) di attuazione della Direttiva UE 2017/1371*, in www.sistemapenale.it, 10.07.2024 puntualmente evidenzia come questa motivazione, priva di ulteriori precisazioni, sia "criptica".

5 luglio 2017 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale; un atto che non si riferisce all'abuso d'ufficio, ma impone agli Stati membri di criminalizzare l'"appropriazione indebita", se intenzionale, definita come «l'azione del funzionario pubblico, incaricato direttamente o indirettamente della gestione di fondi o beni, tesa a impegnare o erogare fondi o ad appropriarsi di beni o utilizzarli per uno scopo in ogni modo diverso da quello per essi previsto, che leda gli interessi finanziari dell'Unione» (art. 4).

Con il d.lgs. 4.10.2022 n. 156 contenente disposizioni correttive e integrative del d.lgs. 14.7.2020 n. 75 di attuazione della Direttiva PIF, il delitto di abuso di ufficio è stato inserito nel catalogo dei reati di cui all'art. 322-bis Cp, con la conseguenza che da quel momento anche gli agenti pubblici non nazionali *ivi* elencati potevano essere ritenuti responsabili di detto reato. La ragione dell'inserimento di questa fattispecie nell'art. 322-bis Cp veniva spiegata nella Relazione illustrativa al decreto del 2022 – che ha una sua utilità anche oggi – con la capacità dell'abuso d'ufficio di ospitare alcune ipotesi di atti distrattivi ("appropriazione indebita" secondo l'Unione) a seguito della soppressione della fattispecie di peculato per distrazione: la completa trasposizione nell'ordinamento interno della già menzionata fattispecie di "appropriazione indebita" del funzionario pubblico, contemplata dall'articolo 4 della Direttiva, passava – quanto all'ipotesi di cd. distrazione di beni pubblici per finalità diversa da quella prevista – anche per l'applicazione dell'articolo 323 Cp, il cui ambito soggettivo di applicazione doveva essere adeguato alla nozione di «funzionario pubblico» dettata sempre dall'articolo 4¹⁰⁸.

Così, sebbene sia piuttosto chiaro come già la riforma del 2020 abbia contratto di molto gli spazi di rilevanza penale delle condotte distrattive di beni pubblici nell'ambito dell'art. 323 Cp, il Governo non se l'è sentita di lasciare comunque aperta oggi questa possibile lacuna – in verità non così significativa, per le ragioni già espresse – che la legge abolitiva dell'abuso d'ufficio avrebbe creato a breve.

Quanto al reato neointrodotta – aldilà delle delicate questioni in tema di successione delle leggi penali nel tempo che si possono aprire a fronte della coesistenza, ancorché breve, dell'art. 323 Cp e dell'art. 314-bis Cp e che potrebbero ulteriormente complicarsi con una conversione in legge con modifiche del d.l. n. 92/2024 – esso pone e ripropone nuovi e vecchi interrogativi ancora irrisolti, in

¹⁰⁸ Cfr. V. Picciotti, *L'Italia "ritocca" le norme PIF (e non solo)*, in www.sistemapenale.it, 8.11.2022.

considerazione della soluzione di compromesso tra peculato e abuso d'ufficio, che è stata raggiunta con la sua formulazione, forse non del tutto meditata.

Guardando al confine che separa l'art. 314 dal nuovo art. 314-bis Cp, esso pare fissato dalla clausola di sussidiarietà espressa "fuori dei casi di cui all'articolo 314". Non è da escludersi però che la clausola non possa fungere da solido baluardo contro una fuga verso il basso delle condotte distrattive, che ora potrebbero essere ricondotte all'art. 314-bis Cp, in luogo dell'art. 314 Cp, andando incontro ad un trattamento sanzionatorio meno severo¹⁰⁹. Dopo la riforma del 1990 le condotte distrattive non erano state più contemplate espressamente dal legislatore nell'ambito dei delitti contro la pubblica amministrazione e la giurisprudenza le ha parzialmente ricondotte all'appropriazione del peculato; da oggi esse sono di nuovo prese in considerazione in una fattispecie, anche se solo a determinate condizioni, e non si può del tutto escludere che il ripristino della distrazione non possa incidere sulla tipicità dell'appropriazione, in direzione contraria rispetto a quella percorsa dopo il 1990.

Alcuni seri dubbi interpretativi sono sollevati poi dalla formulazione dell'art. 314-bis e in particolare dalla necessità che l'uso al quale il denaro o la cosa mobile altrui viene destinato sia diverso «da quello previsto da specifiche disposizioni di legge o da atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità». Da una parte c'è da chiedersi, come già lo si è fatto per l'abuso d'ufficio – ma qui in termini ancora più netti vista l'assenza del riferimento, più ampio, alle "regole di condotta" –, quanto frequente sia trovare nella legge o in un atto avente forza di legge la definizione dell'uso al quale siano destinati il denaro o la cosa mobile altrui, con il rischio di dare adito ad ingerenze indebite della magistratura nell'individuare. Dall'altra parte, poi, se la formulazione dell'art. 323 Cp rendeva chiarissimo, attraverso la congiunzione "e", che le regole violate dovessero essere sia espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge, sia tali da non far residuare margini di discrezionalità, oggi si potrebbe, anche se irragionevolmente e con effetti in potenza criminalizzanti, sostenere che l'assenza di margini di discrezionalità caratterizzi soltanto gli atti aventi forza di legge. Qualora invece si propenda per la più ragionevole qualificazione di entrambe le fonti in termini di assenza di margini di discrezionalità, la disposizione apparirebbe di applicazione assai limitata, ristretta negli angusti spazi dell'assoluta assenza di discrezionalità sul fine, e quindi ben poco idonea a coprire alcuna lacuna.

¹⁰⁹ Sul punto cfr. D. Micheletti, *La "distrazione" gioca brutti scherzi. Sulle cadute intertemporali del nuovo art. 314-bis c.p.*, www.discrimen.it, 08.07.2024, 3 ss.

Il criterio selettivo utilizzato per individuare l'uso al quale sono destinati il denaro o la cosa mobile altrui solleva, se possibile, ancora più interrogativi di quanti ne abbia suscitati l'analogo criterio contenuto nella formulazione dell'abuso d'ufficio esitata dalla riforma del 2020 e non avrebbe certo meritato di essere riproposto.

Il nuovo reato, infine, ripresenta il problema dell'accertamento del dolo intenzionale e quello della doppia ingiustizia, essendo caratterizzato dall'esistenza di un evento – di danno o di vantaggio patrimoniale – ingiusto. Un problema, quest'ultimo, più teorico che reale, se ci si muove nel contesto della stretta vincolatezza dell'attività amministrativa, ma comunque non del tutto irrilevante.

In termini più generali, e per concludere sul punto richiamando ancora una volta le ragioni addotte dal legislatore per giustificare l'abrogazione dell'art. 323 Cp, è abbastanza evidente che, se un intervento urgente è parso necessario addirittura prima dell'abrogazione del reato, per evitare, almeno nelle intenzioni, anche gli effetti abolitivi di una cancellazione dell'abuso d'ufficio sul contenzioso già definito o pendente, la ragione non può che essere trovata in una lacuna di tutela; lacuna che il Governo ha da principio negato e poi improvvisamente riconosciuto, approntando una soluzione che appare in parte simbolica, ma che non mette al riparo da nuove incertezze che proprio l'abolizione del delitto di abuso d'ufficio voleva fermamente combattere.

3.3 Tornando alle ragioni dell'abrogazione e ai vuoti normativi, diverso è il discorso che si deve fare in generale per il tema dei contratti pubblici e dei concorsi pubblici, dove alcune lacune di tutela, aperte dalla cancellazione dell'art. 323 Cp., ci sembrano davvero significative. Esse si spiegano alla luce dei limiti applicativi che incontrano le due fattispecie della turbata libertà degli incanti e del procedimento di scelta del contraente (artt. 353 e 353-bis Cp), nel quadro di una giurisprudenza che si è fatta di recente leggermente più rispettosa del canone della legalità, in questa materia.

La tutela della libera concorrenza è funzionale all'acquisizione del bene o del servizio al prezzo e alle condizioni più vantaggiose per l'amministrazione: essa «impegna in maniera diretta la tutela del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione»¹¹⁰. Con riferimento ai reati di turbativa, si parla spesso di

¹¹⁰ R. Borsari, *Reati contro la Pubblica Amministrazione e discrezionalità amministrativa. Dai casi in materia di pubblici appalti*, cit., 66. Cfr. A.F. Morone, *La tutela penale delle gare pubbliche*, Torino 2021, 45. V. Mormando, *La tutela penale dei pubblici incanti*, cit., 88 ss. ritiene invece più corretta la ricostruzione della turbativa d'asta come delitto contro l'economia pubblica.

protezione della libera concorrenza – e quindi della libertà di partecipazione alla gara e della libertà, per chi vi partecipa, di influenzarne l'esito – come protezione del processo di formazione dell'offerta più vantaggiosa per la P.A. e quindi di un mero bene strumentale¹¹¹.

Le fattispecie in questione presentano una formulazione ampia e in questo senso – anche se molti, in dottrina, evidenziano la necessità di operare un intervento urgente di adeguamento delle disposizioni al mutato quadro normativo di riferimento¹¹² – presidiano a largo spettro i beni tutelati, tanto che, secondo la giurisprudenza, potevano addirittura concorrere con l'abuso d'ufficio¹¹³. Di recente, però, abbiamo assistito ad una riscoperta dell'art. 323 Cp per un caso al quale l'art. 353-bis Cp non riesce a rispondere. Secondo un orientamento della Cassazione che sembra ormai consolidato, il turbamento dovrebbe innestarsi in un procedimento amministrativo che contempli una qualsiasi procedura selettiva (la pubblicazione di un bando o di un atto che abbia la stessa funzione, un segmento procedimentale di valutazione concorsuale), mentre una condotta perturbatrice, che non inquina il contenuto del bando o di un altro atto equipollente¹¹⁴, ma impedisce la gara attraverso un illegittimo affidamento diretto dei lavori, sarebbe esterna rispetto al perimetro testuale della

¹¹¹ N. Madia, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, Napoli 2012, 35. In termini di plurioffensività si è espresso F. Consulich, *Delitti a tutela degli incanti*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di C.F. Grosso, M. Pelissero, Milano 2015, 666.

¹¹² E. Penco, *I delitti di turbativa, tra immobilismo legislativo e supplenza giurisprudenziale*, in www.la legislazione penale.eu, 15.04.2023, 3 ss. si sofferma sulla sovraesposizione applicativa di queste fattispecie, legata all'assoluto immobilismo del legislatore; la disciplina amministrativa relativa alle procedure ad evidenza pubblica ha infatti subito un profondo e significativo sviluppo, senza che il legislatore si sia preoccupato di aggiornare le norme penali poste a presidio di tali meccanismi di selezione. Cfr. altresì l'ampia riflessione condotta da A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa. La tutela della concorrenza tra tipicità e proporzionalità dell'intervento penale*, Bologna, 2023, 55 ss.

¹¹³ Cass. 10.05.1996, in *DPP* 1996, 957. *Contra* Cass. 28.04.1999 n. 9387, in *RP* 1999, 863, dove si afferma che «è di tutta evidenza che, nel caso in esame, la condotta “*contra legem*” tenuta dal pubblico ufficiale preposto alla gara e quindi nell'esercizio delle sue funzioni si è inserita nel procedimento relativo alla gara medesima e ha integrato il concorso, con altri soggetti privati, nel reato di cui all'art. 353 c. 2 c.p., che è più grave di quello di cui all'art. 323 c.p., con la conseguenza che quest'ultimo perde autonomia e rimane assorbito nel primo».

¹¹⁴ Per essere precisi, secondo la giurisprudenza (Cass. 05.04.2018 n. 29267 in www.dejure.it) è addirittura sufficiente un giudizio di concreta pericolosità della condotta rispetto alla genuinità del contenuto del bando: «Il delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, previsto dall'art. 353-bis Cp, è un reato di pericolo, posto a tutela dell'interesse della Pubblica Amministrazione di poter contrarre con il miglior offerente, per il cui perfezionamento è necessario che sia posta concretamente in pericolo la correttezza della procedura di predisposizione del bando di gara, ma non anche che il contenuto di detto provvedimento venga effettivamente modificato in modo tale da condizionare la scelta del contraente».

norma. Non sarebbe sufficiente l'esistenza di una deliberazione a contrarre, qualora la stessa non preveda l'espletamento di una gara¹¹⁵.

Se, con un'interpretazione ossequiosa del divieto di analogia *in malam partem*, si sono escluse dall'ambito applicativo dell'art. 353-bis Cp le ipotesi di affidamento diretto, allorquando la decisione di procedervi sia stata essa stessa il risultato di azioni perturbatrici volte a evitare la gara, come per esempio dell'artata configurazione di una situazione di urgenza, l'art. 323 Cp rappresentava l'unico presidio – oggi abbattuto – di fronte a condotte che non sono certo meno gravi di quelle contemplate dall'art. 353-bis Cp, visto che viene meno in radice il diritto degli imprenditori a gareggiare in condizioni di parità per gli appalti pubblici.

Limiti ancora più evidenti all'applicabilità di queste disposizioni si ravvisano in tema di concorsi pubblici. Dopo le prime incertezze¹¹⁶, la giurisprudenza di legittimità ha finalmente chiarito che, in tema di turbativa d'asta, le procedure concorsuali per l'assunzione di personale da parte dello Stato e delle sue articolazioni – *ivi* comprese le procedure di concorso per il reclutamento di professori universitari – non possono essere ricondotte alla nozione di “gara” di cui la pubblica amministrazione si avvale per l'acquisizione di beni e servizi, impedendolo il dato testuale dell'art. 353 c.p., che si riferisce alle gare nei “pubblici incanti e nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni”, e, dunque, il divieto di analogia *in malam partem*¹¹⁷.

È chiaro allora che, in questi contesti, l'abolizione dell'abuso d'ufficio ha lasciato aperte delle lacune che non si sarebbero dovute ignorare. Non sono essi gli unici territori rimasti privi di presidio penalistico, naturalmente, ma sono quelli rispetto ai

¹¹⁵ Cass. 16.02.2022 n. 5536, con nota di V. Maiello, *Legalità della legge e divieto di analogia sfavorevole nella turbativa delle procedure selettive*, in *GI* 2022, 2487 ss.; Cass. 26.10.2022 n. 45709; Cass. 27.01.2022, n. 7264; Cass., 28.10.2021, n. 5536; Cass. 21.01.2016, n. 8044, tutte in *www.dejure.it*. In senso contrario: Cass. 22.10.2019 n. 1016; Cass. 16.02.2017 n. 13431, sempre in *www.dejure.it*. Per un approfondimento sul punto cfr. A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa. La tutela della concorrenza tra tipicità e proporzionalità dell'intervento penale*, cit., 117 ss.

¹¹⁶ La questione è stata evidenziata in dottrina sulla base di alcune vicende di cronaca nelle quali le fattispecie di turbativa erano state contestate con non poche forzature in ipotesi, per esempio, di procedure concorsuali turbate dai commissari, con collusioni o mezzi fraudolenti, per favorire un candidato, o in ipotesi di bandi o di altri atti equipollenti – sempre relativi a concorsi – alterati al fine di condizionare le modalità di scelta dei candidati. Cfr. sul punto M. Donini, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, cit., 5 s.; L. Cornacchia, *Responsabilità penale negli organi collegiali. Il reato funzionalmente plurisoggettivo*, Torino 2021, 173; A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa. La tutela della concorrenza tra tipicità e proporzionalità dell'intervento penale*, cit., 122 ss.

¹¹⁷ Cass. 24.05.2023 n. 38127 e n. 32319 e Cass. 10.05.2023 n.26225 in *www.dejure.it*. Sul tema cfr. E. Penco, *I delitti di turbativa, tra immobilismo legislativo e supplenza giurisprudenziale*, cit., 21 ss.

quali il ricorso ad altre forme di tutela ci sembra del tutto insufficiente, anche nella prospettiva della lotta alla corruzione latamente intesa.

Questi argomenti contrari all'abolizione dell'abuso d'ufficio, così come è stata operata, sono difficilmente superabili. Meno convincenti ci sembrano invece gli argomenti di natura "processuale" che per il futuro rischiano di arrivare quasi a legittimare, ancorché con timore, come inevitabile strumento per ottenere il fine perseguito – indagare su reati più seri che l'abuso d'ufficio indiziava –, il ricorso della giurisprudenza alla contestazione di reati più gravi. Se la riflessione si spostasse verso il tema della funzionalizzazione dell'abuso d'ufficio a strumento d'indagine per fenomeni di corruzione non provati o per altre forme di criminalità, infatti, ci troveremmo a rinvenire in esso una solida ragione per l'abrogazione del reato, più che per il suo mantenimento¹¹⁸. La fattispecie sarebbe stata sospetta di illegittimità costituzionale, quale mero inaccettabile «"grimaldello" per penetrare nella nebulosa area della sospetta criminalità»¹¹⁹.

In termini generali, pur sempre ipotetici, molti evidenziano che il rischio sia quello di una riqualificazione dei fatti che ricadevano nell'art. 323 Cp in reati più gravi, quali i citati peculato e turbata libertà degli incanti oltre alla concussione e alla corruzione¹²⁰. Se, per quanto riguarda il peculato, la riqualificazione di alcuni fatti nell'art. 314 Cp pare al momento evitata attraverso l'art. 314-bis Cp, che è sanzionato meno gravemente dell'abuso d'ufficio, riteniamo che questi timori dovrebbero essere comunque superati da una giurisprudenza rispettosa della legalità e da argomenti auspicabilmente razionali.

All'abolizione avrebbero dovuto senza dubbio accompagnarsi alcuni interventi – ben più meditati di quello a cui abbiamo assistito – sulle fattispecie contigue, necessari

¹¹⁸ Così anche L. Stortoni, G.S. Califano, *Ex falso sequitur quodlibet: l'invocazione di vincoli sovranazionali nel dibattito sull'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, cit., 8. Anche M. Pelissero, *Sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio e di riformulazione del traffico d'influenze illecite*, cit., par. 2.1 si sofferma sull'uso che le procure hanno talvolta fatto di questa fattispecie, avviando indagini per abuso d'ufficio funzionali a far emergere altri reati. R. Cantone, *Ancora in tema di abuso d'ufficio e traffico di influenze illecite (d.d.l. Nordio)*, cit., par. 2.2 sottolinea – a nostro modo di vedere problematicamente – come «dal punto di vista pratico, l'abolitio delicti priverà gli investigatori di un'importante "fattispecie spia" che consente l'avvio di indagini penali su atti illegittimi degli amministratori pubblici, indagini che, come è capitato in più di una occasione, anche nella mia attuale esperienza concreta di Procuratore della Repubblica, possono poi portare ad individuare ipotesi corruttive».

¹¹⁹ M. Parodi Giusino, *La proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio: discutibili ragioni e dannose conseguenze*, cit., 8.

¹²⁰ G.L. Gatta, *L'annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: tra "paura della firma", esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, cit., 170; M. Gambardella, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel "disegno di legge Nordio"*, cit., 2.

per colmare le più gravi lacune che si sono venute ad aprire; lacune, tuttavia, che la giurisprudenza non dovrebbe poter superare ricorrendo per via interpretativa a fattispecie punite più gravemente¹²¹, neppure di fronte alle prospettive più preoccupanti¹²².

Se le fattispecie più gravi si prestassero a questa interpretazione le Corti avrebbe già dovuto ricorrervi facendo prevalere la fattispecie più grave, visto che l'abuso d'ufficio conteneva la clausola di sussidiarietà espressa «salvo che il fatto non costituisca un più grave reato», che imponeva ai reati in concorso formale di soccombere solo ove più lievi. Alla sua eliminazione, quindi, non dovrebbe conseguire, almeno in linea teorica, l'espansione della portata di altre norme che disciplinino reati più gravi, riempiendo gli spazi lasciati vuoti¹²³. Come ricordato, poi, alcuni dei reati citati – oltre a quelli di falso, a quelli edilizi e alla truffa – venivano già contestati congiuntamente all'abuso d'ufficio, se ne sussistevano i presupposti, rendendo meno preoccupante la prospettiva abolitiva¹²⁴.

Siamo ben consapevoli che queste dinamiche sono delicate e non si gestiscono “geometricamente”, perché le fattispecie di contorno rispetto all'abuso d'ufficio come tutte le altre fattispecie possono prestarsi a fenomeni di “estensione forzata”¹²⁵, ma da questo punto di vista possiamo confidare anche in quelle modifiche che sono state apportate dalla Riforma Cartabia alla disciplina per l'iscrizione delle notizie di reato,

¹²¹ Nessun problema si pone invece per la riqualificazione degli abusi in rifiuto od omissione di atti d'ufficio, reato meno grave dell'art. 323 Cp, visto che le condotte di rifiuto o di omissione che abbiano intenzionalmente procurato un ingiusto vantaggio patrimoniale o arrecato un danno ingiusto non sono più riconducibili all'abuso d'ufficio.

¹²² M. Parodi Giusino, *La proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio: discutibili ragioni e dannose conseguenze*, cit., 11 riteneva, per esempio, che, di fronte all'«assurdità di lasciare del tutto impuniti fatti molto gravi di distrazione/appropriazione», la giurisprudenza potesse orientarsi verso un'applicazione ad ampio raggio dell'art. 314 Cp.

¹²³ Cfr. sul punto, in termini più generali, D. Brunelli, *Eliminare l'abuso d'ufficio: l'uovo di Colombo o un ennesimo passaggio a vuoto?*, cit., 5.

¹²⁴ G.L. Gatta, *L'annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: tra “paura della firma”, esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, cit., 170; M. Gambardella, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel “disegno di legge Nordio”*, cit., 2. Ci sembra significativo ricordare come, da una recente indagine di tipo statistico-criminologico condotta sulle sentenze massimate dalla Corte di cassazione tra il 1997 e il 2023, sia emerso come l'abuso d'ufficio riguardi circa 500 sentenze, delle quali 79 concernono il settore dell'edilizia, nel cui ambito il rilascio di permessi di costruire illegittimi rappresenta lo strumento per far conseguire a terzi indebiti vantaggi patrimoniali: C. Pagella, *L'abuso d'ufficio nella giurisprudenza massimata della Cassazione: un'indagine statistico-criminologica su 500 decisioni*, in www.sistemapenale.it, 17.06.2023, par. 7. In questo contesto è peraltro agevole ipotizzare un concorso dell'*intraneus* nei reati edilizi commessi dal privato.

¹²⁵ Per alcuni esempi cfr. D. Brunelli, *Eliminare l'abuso d'ufficio: l'uovo di Colombo o un ennesimo passaggio a vuoto?*, cit., 7.

rendendo più difficili le iscrizioni strumentali visto che il fatto rappresentato deve essere “determinato e non inverosimile” (art. 335 co. 1 Cpp), e alla regola di giudizio per l’archiviazione, la cui richiesta oggi si impone se gli elementi «non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna» (art. 408 Cpp)¹²⁶.

Se le procure manterranno alta l’attenzione sull’effettiva qualità delle notizie di reato apprese o ricevute¹²⁷ e acquisiranno consapevolezza del funzionamento delle nuove regole che governano la scelta relativa all’iscrizione nell’uno o nell’altro registro e delle nuove norme che indicano la prognosi a cui deve essere sottoposta la notizia di reato ai fini della richiesta di rinvio a giudizio, si dovrebbero limitare alcuni effetti patologici segnalati in dottrina.

Se alcune lacune del diritto penale lasciate aperte dall’abrogazione del reato di abuso d’ufficio sono effettive, non possiamo dimenticare poi che esistono anche altri rami dell’ordinamento, che svolgono un ruolo essenziale per garantire la sussidiarietà dell’intervento penale.

Riteniamo che la P.A. non dovrebbe essere concepita come un nemico da educare solo con la minaccia penale consegnata nelle mani della Procura della Repubblica. Per assicurare il corretto agire della P.A., del resto, esistono strumenti, sanzioni e forme di tutela che possono essere molto efficaci in termini di deterrenza e di prevenzione positiva ed è corretto che il legislatore vi abbia fatto riferimento nel momento in cui ha prospettato l’abolizione del reato, invitando implicitamente ad una riflessione sulle attuali caratteristiche del contesto in cui l’abuso d’ufficio si trova ad operare. I passi avanti nella prevenzione della corruzione ampiamente intesa¹²⁸ – sotto la vigilanza di un’Agenzia indipendente – e in questo senso anche nella protezione delle sentinelle civiche, che segnalano le condotte illecite migliorando le *performance* della pubblica amministrazione ¹²⁹, sono iniziati da diversi anni. Oltre a quella civile ed

¹²⁶ Su questi aspetti si sofferma, anche se con riferimento al solo abuso d’ufficio, R. Garofoli, *Note critiche sulla proposta di abolizione dell’abuso d’ufficio*, cit., par. 4.

¹²⁷ Cfr. sul punto P.P. Paulesu, *La mala gestio della notizia di reato e i rimedi della “riforma Cartabia”, tra autonomia del pubblico ministero e controlli giurisdizionali. Note a margine di un problema complesso*, in www.archiviopenale.it, 19.06.2024.

¹²⁸ Quella di corruzione, infatti, è una nozione socio-criminologica in costante aggiornamento e ampliamento: cfr. V. Manes, *Corruzione senza tipicità*, in *RIDPP* 2018, 1126 ss.

¹²⁹ Così F. Coppola, *Ricompensare chi segnala condotte illecite: pros & cons di una possibile riforma del whistleblowing*, in A.R. Castaldo (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l’abuso d’ufficio*, cit., 162 ss. Come evidenzia A. Della Bella, *Il whistleblowing nell’ordinamento italiano: quadro attuale e prospettive per il prossimo futuro*, in A. Della Bella, S. Zorzetto (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell’illegalità. Atti del I Convegno Annuale del Dipartimento di Scienze Giuridiche “Cesare Beccaria” Milano, 18-19 novembre 2019*, Milano 2020, 157, il termine “whistleblowing” ha origine nella letteratura americana e si riferisce

amministrativa, poi, un ruolo fondamentale viene svolto dalla responsabilità contabile e da quella disciplinare¹³⁰.

Anche su questi fronti, però, sarebbe stato opportuno svolgere qualche approfondimento ulteriore, piuttosto che dare tutto per scontato, a partire dalla valutazione dell'efficacia dei rimedi preventivi¹³¹.

In dottrina si è poi evidenziato, per esempio, come la disciplina della responsabilità civile della P.A. appaia idonea a tutelare il patrimonio degli utenti danneggiati, più che a responsabilizzare dirigenti e funzionari, in quanto vi è una tendenza della giurisprudenza ad assicurare una maggior tutela al danneggiato, con l'attribuzione della responsabilità all'ente, che è più in grado di sopportarla¹³². Una parziale compensazione si ottiene con l'attivazione del procedimento disciplinare e con l'azione di regresso che spetta alla Procura contabile e, quindi, grazie alla funzione mista – recuperatoria e sanzionatoria – della responsabilità amministrativo-contabile¹³³, ma allora è alle risposte di natura disciplinare e contabile che si deve guardare con speciale attenzione in prospettiva preventiva.

La tutela in sede amministrativa dovrebbe essere favorita nei casi in cui «l'illecito viene identificato nella stessa intima trama, per così dire, dell'attività amministrativa e nel suo contenuto proprio»¹³⁴, e quindi proprio nelle vicende che chiamavano in gioco da vicino l'abuso d'ufficio. La giustizia amministrativa, infatti, è volta a garantire la legalità dell'azione amministrativa e, se del caso, a correggere le deviazioni della funzione pubblica dai suoi fini istituzionali¹³⁵. Il cittadino, però, è tenuto ad anticipare, se non addirittura proprio a sostenere, dei costi a volte troppo ingenti per potervi accedere.

a chi rivela a terzi o pubblicamente l'esistenza di pratiche illegali esistenti all'interno di contesti lavorativi organizzati.

¹³⁰ Come ricorda M. Donini, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in www.archiviopenale.it, 22.08.2020, 20, rivolgendosi uno sguardo critico sulla realtà, «la ricerca della frammentarietà penalistica si rivela fallace o fittizia in assenza di “sostitutivi penali” adeguati».

¹³¹ R. Garofoli, *Note critiche sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio*, cit., par. 1, rileva come – a distanza di oltre 11 anni dall'approvazione della disciplina originaria in tema di anticorruzione – sarebbe utile un approfondito *check* per una verifica di come stanno funzionando i meccanismi introdotti dalla l. 190/2012.

¹³² A. Cassatella, *La responsabilità di un'amministrazione posta nelle condizioni di decidere: concetti alla ricerca di un sistema*, in R. Ursi, M. Renna (a cura di), *La decisione amministrativa*, cit., 166 ss.

¹³³ Una diversa e particolare azione di rivalsa dello Stato esiste anche in ipotesi di responsabilità civile dei magistrati ed è disciplinata dalla l. 13.04.1988 n. 117, modificata dalla l. 27.02.2015 n. 18.

¹³⁴ V. Onida, *La discrezionalità amministrativa e il sindacato giurisdizionale*, cit., 672.

¹³⁵ A. Merlo, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione “neutralizzatrice” della giurisprudenza*, cit., 9.

La responsabilità contabile è molto temuta dai pubblici agenti e quindi, a maggior ragione se si assiste all'arretramento della tutela penale, irrinunciabile. Non si può assolutamente condividere allora la decisione del legislatore italiano di prorogare, come ha fatto, oltre giugno 2024¹³⁶ una scelta, già discutibile¹³⁷, che era stata effettuata con il d.l. n. 76/2020 (art. 21), convertito nella legge n. 120/2020, con la limitazione di questa responsabilità ai soli casi di dolo (con esclusione della colpa grave), sempre che non si tratti di danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente.

Sul piano della responsabilità disciplinare, infine, si è affermato spesso che le misure disciplinari sarebbero in molti casi più adeguate di quelle penali per assicurare una valida tutela, se solo non fossero inconsistenti¹³⁸; una riforma in materia sarebbe allora opportuna: «negli Stati dove il procedimento disciplinare funziona davvero, non è neppure necessario introdurre nella legislazione penale un delitto di abuso d'ufficio»¹³⁹. La responsabilità disciplinare, infatti, è capace di rafforzare gli obblighi di condotta dei funzionari, perché colpisce il loro interesse alla stabilità del rapporto di impiego.

Riteniamo così che i tempi sarebbero stati maturi per «interventi di micro o macro ingegneria giuridica»¹⁴⁰ ad ampio spettro e che non ci fosse nessuna urgenza di promuovere iniziative scoordinate¹⁴¹

¹³⁶ Una proroga dello scudo, fino al 31.12.2024, è contenuta nella l. 23.02.2024 n. 18. Con ordinanza della Corte dei Conti, sez. giur. reg. Campania, ord. 16.11. 2023 n. 228, in www.sistemapenale.it, 19.3.2024, è stata sollevata questione di legittimità costituzionale del decreto semplificazioni, nella parte che riguarda l'esclusione della responsabilità erariale per i danni cagionati da condotte attive gravemente colpose. In particolare, il rimettente ha censurato l'art. 21 del d.l. 16.07.2020 n. 76 per violazione dei principi di buon andamento (art. 97 Cost.) e di altre norme costituzionali in tema di: responsabilità dei funzionari per i danni cagionati allo Stato nell'esercizio delle loro funzioni (art. 28 Cost.), giurisdizione della Corte dei conti sui medesimi fatti (art. 103 Cost.), efficienza (art. 97 Cost.), equilibrio di bilancio (art. 81 Cost.) ed eguaglianza (art. 3 Cost.).

¹³⁷ Come rileva V. Valentini, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, cit., 12 ss., si rischia di avallare sciatte e disinvolture.

¹³⁸ T. Padovani, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *RIDPP* 1989, 79. Come rileva F. Siciliano, *Abuso dell'abuso d'ufficio*, in *GP* 1994, 574, non si deve giustificare un intervento penale alla luce del fatto che gli organi di controllo interni alla P.A. spesso latitano e non infliggono sanzioni: il rimedio a questa disfunzione va ricercato lì e non nel diritto penale.

¹³⁹ A. Pagliaro, *Nuovi spunti sull'abuso d'ufficio*, in *DPP* 1997, 503. L'Autore propone di dare al giudice penale la facoltà di astenersi dalla condanna, quando la sanzione disciplinare inflitta risulti già proporzionata, da sola, alla gravità del reato e sufficiente agli effetti di prevenzione speciale. Cfr. altresì Id., *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *DPP* 1999, 111.

¹⁴⁰ L'espressione è stata utilizzata da M. Donini, *Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell'abuso di ufficio*, cit., 4 per contrapporre questi interventi a quelli operati con «l'accetta del boscaiolo».

¹⁴¹ Come rileva M. Pelissero, *Sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio e di riformulazione del traffico d'influenze illecite*, cit., par. 1, sarebbe il sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione nel suo insieme a richiedere una riflessione più ampia al fine di affrontare questioni complesse che interessano il rapporto tra

4. In conclusione, si impongono alcune considerazioni.

Il vero limite di questo intervento abrogativo è di ordine metodologico ed è legato ad una tendenza che purtroppo sembra ormai difficilmente arrestabile: quella di utilizzare il diritto penale per veicolare ai cittadini messaggi minacciosi o, come nel caso di specie, genericamente rassicuranti, senza considerare la complessità dei problemi che si vogliono affrontare.

Un'indicazione molto chiara è stata offerta da Franco Bricola, quando invitava a preferire la rinuncia all'intervento repressivo penale per affidare il programma di tutela ad altre branche del diritto, quando l'interesse sia meritevole di tutela rispetto ad alcuni comportamenti socialmente dannosi, ma risulti tecnicamente impossibile formulare norme incriminatrici tassative, in termini di controllabilità degli esiti applicativi¹⁴². Non c'è nulla di "scandaloso" – come è stato detto – nel fatto che il legislatore proceda per gradi, «sperimentando formule sempre più restrittive e alla fine valutando che alla prova delle applicazioni giurisprudenziali non resta altro che eliminare la norma»¹⁴³.

Di certo, allora, – soprattutto se prescindiamo dalla presentazione della Proposta di Direttiva europea sulla lotta alla corruzione – la prospettiva abolitiva di una fattispecie di abuso d'ufficio generalizzata, che è rimasta ampia e sfuggente anche dopo i molteplici interventi di riforma che l'hanno caratterizzata, meritava di essere presa in considerazione con serietà.

Di fronte alla delicatezza delle questioni sollevate da un reato come quello disegnato dall'art. 323 Cp, anche per quanto riguarda il rapporto tra i poteri dello Stato, non ci si sarebbe tuttavia dovuti fermare a considerare solo questa fattispecie, ma sarebbe stato necessario spostare lo sguardo verso il più ampio sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione e delle misure extrapenali di supporto. È pur vero che la Commissione Giustizia del Senato, nel momento in cui ha approvato, in data 9 gennaio 2024, il testo dell'art. 1 del d.d.l. S. 808 ha contestualmente votato un ordine del giorno (n. G/808/2/2) con cui ha impegnato «il Governo [...] a costituire un tavolo di lavoro per un riordino dei reati contro la pubblica amministrazione e un osservatorio volto a operare un monitoraggio che valuti l'impatto nel sistema dell'abrogazione dell'abuso

controllo penale, garanzie sostanziali e processuali e spazi riservati alla discrezionalità amministrativa.

¹⁴² F. Bricola, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *RIDPP* 1988, 16 s.

¹⁴³ D. Brunelli, *Eliminare l'abuso d'ufficio: l'uovo di Colombo o un ennesimo passaggio a vuoto?*, in *www.archiviopenale.it*, 3/2023, 3.

d'ufficio», ma queste riflessioni avrebbero dovuto precedere e non seguire il momento riformistico, essendo già possibile formulare delle valutazioni prognostiche.

Non potendo più contare sull'esistenza di una fattispecie "onnivora", come l'abuso d'ufficio, il legislatore avrebbe dovuto intervenire su altre fattispecie già esistenti o introdurne di nuove, destinate ad operare solo in specifici ambiti di materia. Invece di lasciare i nuovi interventi ad iniziative improvvisate e scoordinate come quella che abbiamo già potuto osservare in tema di peculato, il legislatore avrebbe dovuto intervenire contestualmente all'abrogazione, in modo puntuale, innanzitutto in ambito penale, considerando seriamente almeno due settori molto delicati per la lotta alla corruzione ampiamente intesa: quello degli appalti e quello dei concorsi pubblici¹⁴⁴.

Il settore degli appalti, per esempio, appare ampiamente presidiato dai reati di turbata libertà degli incanti e del procedimento di scelta del contraente, due reati a condotta vincolata che attraverso la tutela della libera concorrenza tutelano indirettamente i beni del buon andamento e dell'imparzialità della P.A. e che, pur non privi di criticità, hanno il vantaggio di non richiedere l'accertamento del nesso di causalità della condotta "abusiva" dell'*intraneus*, che si esprima in violenze, minacce, promesse, doni, collusioni o altri mezzi fraudolenti, con un danno o un vantaggio patrimoniale ingiusto.

Come abbiamo ricordato, però, non è possibile ricorrere al reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente quando i soggetti pubblici hanno fatto ricorso all'affidamento diretto in maniera distorta, eludendo l'indizione di una gara.

Da qui, allora, il legislatore sarebbe dovuto ripartire, per interpolare il testo dell'art. 353-bis Cp chiarendo senza ambiguità che la norma non riguarda soltanto le ipotesi di "inquinamento" volto a condizionare la gara, e quindi le modalità di scelta del contraente, ma anche quelle di "inquinamento del procedimento" finalizzato ad "evitare la gara". Le due fattispecie di turbata libertà degli incanti e del procedimento di scelta del contraente, del resto, per evitare soluzioni fondate solo su criteri interpretativi richiedono da tempo un serio adeguamento del tipo legale, che tenga

¹⁴⁴ In questo senso non ci sentiamo di condividere quanto sostenuto da B. Romano, *La prospettata abrogazione dell'abuso d'ufficio: più pro che contro*, cit., 21, laddove afferma che «ove mai l'abrogazione del delitto di abuso di ufficio lasciasse limitati vuoti di tutela in settori ancora meritevoli dell'intervento del diritto penale, si potrebbe intervenire selettivamente»; questi interventi avrebbero dovuto accompagnare l'abrogazione dell'art. 323 c.p. e non essere riservati ad un eventuale futuro.

conto dell'evoluzione della normativa amministrativa in materia¹⁴⁵: l'occasione per un intervento meditato su questi articoli non avrebbe potuto essere migliore di questa.

La materia dei concorsi pubblici, poi, non è presidiata da disposizioni penali specifiche e presenta ulteriori peculiarità. L'opinione prevalente è rimasta quella per cui i giudizi tecnico-discrezionali, che la caratterizzano, sono molto affini al giudizio di puro merito, riservato alla pubblica amministrazione; nel merito vengono ricomprese, oltre alle valutazioni di opportunità, anche quelle che attengono al margine di opinabilità che residua dall'applicazione di regole tecniche¹⁴⁶. Questa lettura non può essere messa in discussione dal giudice penale.

Gli spazi di intervento di quest'ultimo si devono quindi ritagliare tenendo conto delle caratteristiche dell'attività considerata.

Di fronte a procedure di concorso pubblico, condizionate dalla volontà dei commissari di favorire uno dei candidati facendo ricorso, per esempio, a condotte elusive dell'anonimato, alla comunicazione anticipata delle tracce delle prove o delle domande o, con collusioni, a bandi costruiti *ad hoc* pensando alle caratteristiche del candidato, la fattispecie di abuso d'ufficio, del resto, si è rivelata spesso inadeguata¹⁴⁷.

Non riteniamo tuttavia che la disposizione costituzionale di cui all'art. 97 co. 4 Cost., che richiede che l'accesso agli impieghi nella P.A. avvenga per pubblico concorso e che può essere letta, ancora una volta, in rapporto strumentale con il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, abbia un rilievo marcatamente minore rispetto all'interesse alla libera concorrenza che entra in gioco in ipotesi di contratti pubblici.

Piuttosto che introdurre una fattispecie che per certi aspetti ricordi l'art. 323 c.p., precedente alla riforma del 1997, e quindi a dolo specifico, ma caratterizzata dalla mera violazione di norme di legge o del bando – che finirebbe per presentare problemi, in termini di determinatezza e di scarsa selettività del dolo specifico, non dissimili da quelli che hanno dato origine alla riforma del 1997, anche se eviterebbe di dover superare l'ostacolo rappresentato dall'accertamento della causazione dell'evento ingiusto –, riteniamo che il legislatore penale avrebbe già dovuto intervenire in materia seguendo la traccia segnata dai reati di cui agli artt. 353 c.p. e 353-bis c.p., ma

¹⁴⁵ Cfr. E. Penco, *I delitti di turbativa, tra immobilismo legislativo e supplenza giurisprudenziale*, cit., 28 ss.

¹⁴⁶ R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 163 ss.

¹⁴⁷ Per alcuni esempi di gestione illecita di pubblici concorsi cfr. E. Burzio, *Procedure di concorso "addomesticate" ed abuso in atti d'ufficio*, in *RIDPP* 1994, 735 ss.

auspicabilmente introducendo dei caratteri formali più determinati di quelli che conosciamo.

Avrebbe dovuto opportunamente pensare di introdurre una fattispecie di turbata libertà di un pubblico concorso, che si estendesse anche alla fase prodromica di redazione del bando.

Se pensiamo alla materia dei concorsi o degli appalti non possiamo non constatare che gli atti prevaricatori costituiscono spesso solo una diversa faccia della stessa medaglia a cui sono riconducibili gli atti di favoritismo, in quanto il danno per un soggetto è lo strumento attraverso il quale si procura un vantaggio patrimoniale ad un altro soggetto, o si accompagna al vantaggio. In questi settori, danno e vantaggio sono intrinsecamente legati tra loro e le prevaricazioni non richiedono una considerazione autonoma, ponendo problemi che abbiamo già considerato.

Non è però sempre così e proprio sul tema dell'abuso mediante prevaricazione si soffermano spesso le critiche più dure che sono state formulate contro l'abolizione dell'art. 323 c.p., o comunque le critiche che intendono riscoprire il legame genetico della fattispecie con i suoi antenati contenuti nei codici penali ottocenteschi, che la concepivano come strumento di difesa del privato cittadino dalle prevaricazioni dell'autorità pubblica¹⁴⁸. Anche a tale proposito, però, si può ricordare che la P.A. ha subito una profonda trasformazione nel tempo, che ci rende molto più difficile identificare «ruoli e funzioni riconducibili allo stereotipo tradizionale del singolo funzionario tracotante e prevaricatore»¹⁴⁹; allo stesso tempo non possiamo dimenticare che i fatti gravi di prevaricazione già rientrano con sicurezza sotto altre fattispecie dei delitti contro la P.A., come l'arresto illegale o la concussione, in ipotesi

¹⁴⁸ Così A. Merlo, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, cit., 15 che, sulla scia delle indicazioni provenienti dalla Commissione Morbidelli, propone di scorporare l'abuso prevaricatore da quello affaristico. Cfr. anche M. Parodi Giusino, *La proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio: discutibili ragioni e dannose conseguenze*, cit., 8 ss., che denuncia un'incongruenza di sistema tra l'abolizione dell'abuso d'ufficio e il contenuto dell'art. 393-bis Cp che stabilisce che «non si applicano le disposizioni degli articoli 336, 337, 338, 339, 339-bis, 341-bis, 342 e 343 quando il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio ovvero il pubblico impiegato abbia dato causa al fatto preveduto negli stessi articoli, eccedendo con atti arbitrari i limiti delle sue attribuzioni». Ci si troverebbe inaccettabilmente in presenza di atti non punibili e quindi leciti, ma che sono al tempo stesso tanto contrari al diritto da giustificare (o perlomeno scusare) la reazione del privato. Ci sembra tuttavia di poter rilevare come non tutte le condotte eccedenti, con atti arbitrari, i limiti delle attribuzioni del pubblico agente fossero tali da integrare un abuso d'ufficio, anche prima della sua abolizione.

¹⁴⁹ G. De Francesco, *La fattispecie dell'abuso d'ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, in AA.VV. *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 73.

di esteriorizzazione di una condotta intimidatoria¹⁵⁰, o dei delitti comuni come la violenza privata.

Casi di prevaricazione come quello di un carabiniere che aveva imposto a delle cittadine extracomunitarie l'obbligo di esibizione dei documenti di soggiorno, ingiungendo loro di attendere (per un tempo limitato) l'arrivo della pattuglia dei carabinieri solo per finalità ritorsive e vessatorie, pur meritevoli di sanzione disciplinare, anche severe, non ci sembrano di gravità tale da richiedere necessariamente una risposta penalistica¹⁵¹.

Per quanto concerne invece i casi di comportamenti vessatori connessi ad un rapporto lavorativo, una risposta – anche penale – dovrebbe essere eventualmente offerta in modo trasversale dal sistema e non certo solo nel contesto del pubblico impiego¹⁵².

Avvicinandoci ora davvero alla conclusione, non si può non rilevare come il principio di frammentarietà, espressione di un diritto penale conforme a Costituzione, porti necessariamente con sé alcuni, necessari, vuoti di tutela¹⁵³. Per i vuoti che

¹⁵⁰ L'osservazione si deve a A. Pagliaro, *Contributo al dibattito sull'abuso d'ufficio*, in *DPP* 1996, 1409, che non a caso proponeva di punire la prevaricazione – caratterizzata dalla presenza di una clausola di sussidiarietà che la rendeva una fattispecie totalmente residuale – solo con la pena pecuniaria. Interessante espressione del rapporto che si instaura tra l'abuso d'ufficio e fattispecie ben più gravi – anche se qui la dimensione della prevaricazione è legata, e in quale modo soggiace, a quella del favoritismo – è la sentenza Cass. 10.03.2015 n. 22526, in *www.dejure.it*, relativa al noto caso “Berlusconi-Ruby”, dove l'accusa di concussione era stata mossa dalla Procura di Milano per la richiesta – rivolta al Capo di Gabinetto del Questore di Milano, per telefono, nel cuore della notte, dall'allora Presidente del Consiglio – di rilasciare la minorenni Ruby, fermata poche ore prima perché accusata di furto; richiesta motivata col pretesto di ragioni diplomatiche – ancorate a un inesistente rapporto di parentela con l'allora Presidente egiziano – e in realtà volta a occultare attività di prostituzione realizzate presso la residenza dell'ex Presidente del Consiglio. La sentenza di conferma dell'assoluzione pronunciata dalla Corte d'Appello di Milano – che aveva escluso che nel caso di specie l'ex Presidente del Consiglio avesse richiesto la liberazione di Ruby con una vera e propria minaccia – si sofferma solo in conclusione sull'abuso d'ufficio, escludendolo in quanto mancavano comunque, nel caso di specie, gli elementi dell'ingiusto vantaggio patrimoniale o del danno ingiusto, necessari, dopo la riforma del 1997, per integrare un abuso d'ufficio penalmente rilevante.

¹⁵¹ Cass. 05.07.2001 n. 35597, in *www.dejure.it*. *Contra* M. Gambardella, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale*, cit., 95. Queste considerazioni valgono sempre che non si integri, per esempio, un sequestro di persona: Cass. 18.08.2022 n. 34390, in *www.dejure.it*.

¹⁵² Per un caso di abuso d'ufficio in questo contesto cfr. Cass. 14.06.2012 n. 41215, in *CP* 2013, 3142: «In tema di abuso di ufficio, il requisito della violazione di legge può essere integrato anche dalla inosservanza del dovere di collaborazione del pubblico dipendente con tutti coloro che operano nella medesima struttura amministrativa, che trae fondamento dall'art. 13 del d.P.R. 10.01.1957 n. 3. (Fattispecie relativa a primario ospedaliero che aveva posto in essere comportamenti di vessazione ed emarginazione di medici del suo reparto, in un contesto di gestione autoritaria e baronale)». Tali condotte, in particolare, erano consistite principalmente nell'impedire ad un medico di prestare attività chirurgica.

¹⁵³ Cfr. A. Merlo, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 90.

rappresentano il risultato dell'abolizione dell'abuso d'ufficio si può essere d'accordo con il legislatore laddove afferma che già esistono alcune misure extrapenali di supporto¹⁵⁴. Il problema è che egli si è limitato a presupporlo, senza dare spazio ad un'indagine più approfondita in materia.

Se l'indagine fosse stata eseguita, infatti, egli si sarebbe reso conto della urgente necessità di ripristinare o potenziare da subito alcune di queste misure¹⁵⁵.

Lo scudo erariale, per esempio, con limitazione della responsabilità erariale per i danni cagionati dai funzionari alla P.A. alle sole condotte realizzate con dolo, avrebbe dovuto essere sospeso senza ulteriori proroghe dopo il 30 giugno 2024.

Una maggior attenzione avrebbe dovuto essere prestata poi al tema delicato del conflitto di interessi – rafforzando i controlli interni e la tutela amministrativa, per favorire l'emersione del conflitto – e, se si considera il rischio di una corruzione sistemica che coinvolga i vertici della P.A., un certo spazio avrebbe dovuto essere riservato anche alle proposte, che sono state già formulate in dottrina, di derogare parzialmente al principio per cui la giustizia disciplinare è per sua natura domestica, creando delle Autorità indipendenti, munite di poteri ispettivi al fine di accertare gli illeciti disciplinari¹⁵⁶.

Anche se fossero stati attuati gli interventi qui ipotizzati – dando vita ad un progetto ben congegnato – dobbiamo riconoscere che sul fronte della disciplina intertemporale non sarebbe cambiato nulla rispetto al quadro attuale, nel quale non si può che concludere per un'*abolitio criminis* dell'abuso d'ufficio per come l'avevamo conosciuto, solo parziale se si tenesse conto di quanto affermato da una parte della dottrina con riferimento alle norme che prevedono reati meno gravi (come l'art. 328 Cp), la cui

¹⁵⁴ S. Tordini Cagli, *Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, in www.penaledp.it, 25.02.2021, 6. I circuiti della responsabilità contabile e disciplinare sono temibilissimi, come rileva D. Brunelli, *Eliminare l'abuso d'ufficio: l'uovo di Colombo o un ennesimo passaggio a vuoto?*, cit., 8, perché alle volte più rapidi e diretti.

¹⁵⁵ G.L. Gatta, *L'annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: tra "paura della firma", esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, cit., 172 rileva correttamente come «nessuna possibile riforma dell'abuso d'ufficio possa verosimilmente avere successo senza essere accompagnata da interventi in sede extrapenale». Cfr. altresì M. Pelissero, *Sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio e di riformulazione del traffico d'influenze illecite*, cit., par. 3.5

¹⁵⁶ F. Cingari, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, Torino 2012, 188. Per quanto riguarda i magistrati, G. Di Federico, *Riforma del sistema di disciplina dei magistrati in prospettiva comparata*, in www.archiviopenale.it, 07.10.2021, 17 ss. propone di creare apposite strutture ministeriali a composizione mista (magistrati, avvocati, cittadini), a supporto del Ministro della Giustizia, incaricate di ricevere le doglianze dei cittadini, nonché le segnalazioni degli uffici giudiziari e del CSM e di proporre al Ministro i casi – dopo averli istruiti – su cui dovrebbe decidere se esercitare l'azione disciplinare. Egli si sofferma poi su altre proposte, che dovrebbero tuttavia essere di riforma costituzionale.

applicabilità, esclusa dalla clausola di sussidiarietà, perdurerebbe all'abrogazione dell'art. 323 Cp¹⁵⁷, e dell'introduzione dell'art. 314-bis Cp. L'*abolitio*, tuttavia, avrebbe potuto essere considerata un costo accettabile, a fronte di una risistemazione ampia e strutturata della materia, ben diversa da quella alla quale abbiamo assistito.

Con un progetto di ampio respiro, poi, sotto il profilo dell'impatto della riforma sui futuri comportamenti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio, si sarebbe evitato di lasciare privi di adeguata tutela penale alcuni ambiti o settori molto delicati, perché maggiormente esposti al favoritismo o alla prevaricazione. Si sarebbe evitato di aver già fatto ricorso alla decretazione d'urgenza per coprire con una nuova fattispecie di reato, che suscita molti interrogativi, lacune che al Governo sono sembrate improvvisamente inaccettabili, anche se il disegno di legge approvato dal Parlamento è di iniziativa governativa. Allo stesso tempo, si sarebbe evitato di veicolare un messaggio, più che rassicurante, addirittura quasi deresponsabilizzante – se non addirittura di «libertà da controlli punitivi»¹⁵⁸ – nei confronti di molti di coloro che sono chiamati quotidianamente ad operare all'interno della pubblica amministrazione.

L'equilibrio tra la dimensione della rassicurazione e quello della deresponsabilizzazione non è certo facile da trovare, ma è importante per la tenuta dell'etica pubblica e, nella vicenda che ci occupa, sembra che il legislatore non abbia neppure cercato di trovarlo, condizionato forse troppo dalla volontà di mandare un segnale forte alla magistratura¹⁵⁹.

¹⁵⁷ M. Gambardella, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel "disegno di legge Nordio"*, cit., 1 s. ricorda che le condanne definitive dovranno essere revocate dal giudice dell'esecuzione ex art. 673 Cpp e che si dovrà procedere alla riapertura dei giudicati e al ricalcolo della pena inflitta, allorché la condanna definitiva prenda in considerazione un concorso di reati di cui faccia parte l'art. 323 Cp. G.L. Gatta, *L'annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: tra "paura della firma", esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, cit., 170 ritiene invece che l'abrogazione dell'art. 323 Cp non possa impedire, almeno in parte, la riconducibilità del fatto ad altre norme incriminatrici, che risulterebbero applicabili dopo l'abrogazione, con effetto di *abrogatio sine abolitione*. Tali ultime considerazioni, per le ragioni già esposte, sono condivisibili nel limite in cui i reati disciplinati da queste diverse norme incriminatrici siano meno gravi dell'abuso d'ufficio. M. Parodi Giusino, *La proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio: discutibili ragioni e dannose conseguenze*, cit., 18 s., in particolare, evidenzia che se il fatto, nella vigenza dell'art. 323, fosse stato qualificato come abuso d'ufficio ed esso fosse stato commesso mediante una condotta integrante anche un reato meno grave, ma, in virtù della clausola di sussidiarietà, fosse stata esclusa l'applicabilità della disposizione che prevede il reato meno grave, l'abrogazione dell'art. 323 non farebbe venir meno la perdurante applicabilità della norma che prevede il reato meno grave.

¹⁵⁸ M. Donini, *Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell'abuso di ufficio*, cit., 5.

¹⁵⁹ Come rileva D. Brunelli, *Eliminare l'abuso d'ufficio: l'uovo di Colombo o un ennesimo passaggio a vuoto?*, cit., 6 la scelta riformistica pare condizionata dal clima di lotta tra magistratura e politica che ancora si respira, per dimostrare chi comanda nel contesto della giustizia penale.