

L'IMPUTAZIONE PER ABUSO D'UFFICIO: RISCRITTURA DELLA TIPICITÀ E GIUDIZIO DI COLPEVOLEZZA

di Andrea Perin
(Professore di diritto penale,
Universidad Andrés Bello, Santiago del Cile)

SOMMARIO: 1. Introduzione. La costruzione del diritto penale: gioco di forze o dialettica tra formanti? – 2. Le riscritture dell'abuso d'ufficio. – 3. Questioni aperte vigente il testo del 1997. La dimensione obiettiva della fattispecie. – 3.1. La violazione di norme di legge o di regolamento. L'eccesso di potere è ancora abuso d'ufficio? – 3.2. La riespansione verso il basso. La violazione di "regolamenti" e le indicazioni di *soft law*. – 3.3. La riespansione verso l'alto. Lo "sviamento di potere" come violazione del dovere, immediatamente precettivo, di imparzialità (*ex art. 97 Cost.*) – 4. La proposta di riforma "Castaldo-Naddeo" (2018): passi avanti e limiti. – 5. La quarta riscrittura (2020): un sacrificio accettabile sull'altare della ripresa? – 6. La struttura del giudizio d'imputazione: cambio di prospettiva. – 6.1. Tassatività della fattispecie e prevedibilità della norma: auspicando un'inversione metodologica nella "co-produzione" dell'abuso d'ufficio. – 6.2. Tipicità oggettiva. Il sindacato del giudice penale e la discrezionalità amministrativa: il limite dell'eccesso di potere. – 6.3. Tipicità e colpevolezza. La rimproverabilità dell'inosservanza finalizzata all'evento: il regime di imputazione soggettiva. – 7. Conclusioni e sintesi.

1. Nel mese di luglio di questo difficile 2020, annichilito dalla pandemia di Covid-19, il Governo italiano ha aggiunto al pacchetto di misure urgenti adottate (con decreto-legge) per promuovere la ripartenza del sistema-Paese anche una disposizione che rimette mano alla fattispecie di chiusura dei reati contro la Pubblica Amministrazione (PA). Si riscrive l'art. 323 Cp cercando di ridimensionarne la portata (come vedremo *infra*, § 5) ed abrogare così esegesi espansive ritenute responsabili di generare nel funzionario pubblico il cd. "timore della firma" e la paralisi del sistema amministrativo.

Il meccanismo psicologico paralizzante, sottostante la cd. "amministrazione difensiva", sarebbe analogo – vi si allude spesso – a quello responsabile della cd. "medicina difensiva"¹. Nel caso del funzionario pubblico, dato che «la sua attività si svolge in una dimensione precaria, labile, fumosa, dove ogni scelta, ogni decisione può essere contestata e censurata», il timore di essere «contaminato da una denuncia» incomberrebbe «anche sul più scrupoloso ed onesto degli amministratori pubblici»².

¹ C. Cupelli, *L'abuso d'ufficio*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di B. Romano, A. Marandola, Torino 2020, 291 ss.

² In un simile contesto, che «svilisce e mortifica gli onesti, prosperano peraltro i malfattori; e per snidarli, il magistrato penale non può che accingersi al compito di percorrere le impervie strade dell'amministrazione ogni qual volta una *notitia criminis* ne prospetti la necessità»: T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *giurisprudenzapenale.com*, 28.7.2020, 15. A questo riguardo, 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*, 18.6.2020, 13 ss., presenta i risultati di uno studio sulla "burocrazia difensiva" in Campania, indicando dati statistici sui procedimenti per abuso d'ufficio nel distretto della Corte d'Appello di Salerno. Il sondaggio realizzato indica alcune componenti del fenomeno, imputabile secondo gli intervistati, fondamentalmente, all'eccessivo numero di leggi e di regolamenti; alla confusione tra le norme regolanti la medesima materia; al continuo cambio di norme.

In effetti, le statistiche giudiziarie sull'abuso d'ufficio evidenziano una notevole divergenza fra numero di procedimenti avviati e numero di condanne³. A parere di alcuni, i dati consentirebbero quindi di evincere una certa «inflazione investigativa» che uscirebbe «sconfessata dall'udienza preliminare ovvero alla prova del processo». L'abuso d'ufficio si rivelerebbe «un delitto dalla carica repressiva molto 'spuntata', se non fosse per l'irreparabile danno reputazionale, professionale e personale per la persona stritolata tra le maglie del procedimento penale»⁴.

Tuttavia, come è stato giustamente rilevato, questi dati devono essere interpretati tenendo conto anche di fattori, quali, ad esempio, «l'incidenza della prescrizione del reato, di certo elevata. Quello stesso dato, unitamente a quello che segnala come pochi dei procedimenti avviati arrivino al dibattimento, ci dice però anche che la sfiducia nella capacità della giurisprudenza di selezionare gli abusi penalmente rilevanti, compresi gli eccessi di potere, è eccessiva e nel complesso infondata»⁵.

Stante il dato, e l'interpretazione non univoca che ne viene data, ciò che qui interessa esaminare è una *questione di metodo*, per quanto attiene alla costruzione del diritto, legata all'ultimo aspetto evidenziato: l'eccessiva, forse ingiustificata sfiducia nella capacità della magistratura (giudicante) di interpretare la scrittura della fattispecie in maniera *adeguatamente selettiva*.

L'evoluzione della disciplina dell'abuso d'ufficio, dal 1930 ai giorni nostri, è il risultato di un evidente scontro fra "formanti" del diritto: quello *legislativo* (finanche quello *esecutivo*, come accaduto in occasione della quarta riscrittura della fattispecie), dedito a rimodellare il reato allo scopo di restringere quanto più possibile gli spazi interpretativi e, in particolare, chiudendo la porta al sindacato del giudice penale sull'operato della PA; e quello *giurisprudenziale* (dalle Procure della Repubblica, alla Suprema Corte di Cassazione), impegnato, talvolta, a riappropriarsi di quegli spazi e a riaprire quella porta, allo scopo di rispondere all'esigenza di tutela del buon andamento e dell'imparzialità della PA, contrastando l'odioso fenomeno dello «sfruttamento dell'ufficio a fini privati»⁶.

Sullo sfondo del conflitto, sul piano della dottrina, emergono fondamentalmente due "scuole di pensiero" sul *principio di legalità*. Semplificando molto, per essere chiari: (i) da una parte, quella che esprime l'aspirazione ad un concetto genuinamente liberale di legalità, che nega l'esistenza – o la legittima espressione – del «diritto penale giurisprudenziale»; (ii)

³ Secondo i dati Istat e del Ministero della Giustizia (riportati, tra le altre fonti di stampa, in *Semplificare l'abuso d'ufficio. "Bene il governo, ma la discrezionalità è sempre dei pm". Parla Manes*, www.ilfoglio.it, 15.7.2020; *Burocrazia difensiva, molte cause e poche condanne ma l'abuso d'ufficio frena la PA*, www.ilsole24ore.com, 15.7.2020), nel 2016 e nel 2017, i procedimenti aperti per abuso d'ufficio furono poco meno di 7.000, mentre furono circa 50 le condanne definitive, per ciascun anno. Nel 2018, dei 7.133 procedimenti definiti dagli uffici Gip e Gup, 6.142 risultano essere stati archiviati, di cui 373 per prescrizione.

⁴ F. Coppola, *Abuso d'ufficio*, cit., 17-18. Ciò rifletterebbe, in altri termini, uno «iato vistoso tra la legalità "offerta" dalla norma quale selettore dell'iniziativa di indagine, e la legalità "raggiunta" all'esito del procedimento (...)» Una «asimmetria» le cui radici affonderebbero nella «straordinaria facilità con cui può essere avviata un'indagine per abuso d'ufficio: un atto investito dal sospetto, più o meno qualificato, di una finalità privata, autorizza (...) lo svolgimento di indagini; che si snodano, va da sé, rispettando i tempi della giustizia, notoriamente biblici, nel mentre però gli effetti esiziali delle indagini in corso determinano la punizione effettiva del presunto reo (...)»: T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 2.

⁵ 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, 17.7.2020.

⁶ Secondo la nozione sintetica, idonea a captarne l'essenza, impiegata da A. Pagliaro, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *DPP* 1999, 111.

dall'altra, una visione "realista" del diritto vivente e della norma giuridica come frutto dell'interpretazione giurisprudenziale, che occorre tuttavia disciplinare.

Nel prosieguo dell'indagine, esaminando criticamente l'evoluzione normativa della fattispecie, recenti proposte *de lege ferenda* e gli ultimi approdi, cercheremo di valutare l'opportunità di un cambio di rotta in punto di metodo di "confronto". Si tratta di assumere come un dato fisiologico il ruolo normativo della giurisprudenza, ma, al contempo – stante la necessità di rendere prevedibile il confine fra agire lecito e illecito –, anche l'obiettivo di predisporre migliori criteri orientativi a beneficio dell'interprete.

2. Nella sua formulazione originaria⁷, la fattispecie sussidiaria di cui all'art. 323 Cp⁸ indicava una soglia di consumazione del reato *anticipata* rispetto alla lesione effettiva dei diritti del cittadino e *identificata* con un abuso indeterminato (per l'appunto, "innominato")⁹. Si trattava di una scrittura «coerente con i nuovi principi dello Stato autoritario» e basata sull'idea per cui il disvalore del fatto era dato dalla «violazione del dovere di fedeltà del pubblico funzionario nei confronti dello Stato»¹⁰.

Una simile struttura, qualificata esclusivamente dal dolo specifico, attirò non a caso le critiche di chi, autorevolmente, manifestò la necessità di una revisione dell'art. 323 Cp, «di guisa che non si contempli più solo il "pubblico ufficiale che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette... per recare ad altri un danno qualsiasi fatto non considerato come reato da una particolare disposizione di legge", ma si punisca in genere il fatto di tutti i

⁷ Sulla storia della figura delittiva e sugli antecedenti storici dell'allora vigente abuso "innominato", tra gli altri: F. Bricola, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in *RIDPP* 1966, 986 ss.; A. D'Avirro, *L'abuso d'ufficio*. *LEGGE* 26 APRILE 1990 N. 86, ART. 13, Milano 1995, 9 ss.; A. Gargani, *L'abuso innominato di autorità nel pensiero di Francesco Carrara*, in *RIDPP* 1998, 1224 ss.; A. Pagliaro, *op. cit.*, 106 ss.; A. Manna, *Profili storico-comparatistici dell'abuso d'ufficio*, in *RIDPP* 2001, 1201 ss.; M. Gambardella, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano 2002, 241 ss.; M. Romano, *Abuso d'ufficio*, in *Commentario sistematico. I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano 2006, 256 ss.; A. di Martino, *Abuso d'ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. Bondi, A. di Martino e G. Fornasari, Torino 2008, 243 ss.; A. Vallini, *L'abuso d'ufficio*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Palazzo, II, Napoli 2011, 257 ss.

⁸ «Abuso d'ufficio in casi non preveduti specificatamente dalla legge. – *Il pubblico ufficiale, che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge, è punito con la reclusione fino a due anni o con la multa da Lire centomila a due milioni.*»

⁹ Ed infatti, la *questione-indeterminatezza* è stata posta all'attenzione della Corte costituzionale, che non ritenne incostituzionale la fattispecie: C. cost., 19.2.1965, n. 7, in *RIDPP* 1966, 984 ss., commentata da F. Bricola, *op. cit.*, 986 ss.; in *Giur. Cost.* 1965, 50, con nota di P.G. Grasso, 496 ss. In buona sostanza, la Corte ritenne che il concetto di abuso fosse sufficientemente definito, in quanto basato sull'identificazione di un vizio di legittimità dell'atto compiuto dal pubblico ufficiale e su una finalità privata idonea a caratterizzare la direzione illecita del potere. Sul punto, v. inoltre l'importante studio di L. Stortoni, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano 1976, spec. 262 ss. Sulle successive pronunce della Corte, che ha sempre salvato la disposizione dalle censure di incostituzionalità, F. Coppola, *La persistente ambiguità dell'abuso d'ufficio. Alcune (amare) riflessioni a margine del 'caso termovalorizzatore'*, in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*, 4.4.2017, 42.

¹⁰ A. Manna, *Profili storico-comparatistici dell'abuso d'ufficio*, cit., 1202. Con il Codice Rocco si abbandona quindi la prospettiva dei codici penali ottocenteschi, in cui si tutelava la *libertà del singolo* contro le prevaricazioni del funzionario pubblico, adottando una figura che servisse invece da «strumento di controllo del giudice penale sull'operato dei pubblici funzionari»: M. Gambardella, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 249 ss.

funzionari e dipendenti degli enti pubblici che, abusando della loro posizione, ledano dolosamente i diritti», ponendo così «l'accento sul tema dei rapporti tra direzione lesiva dell'abuso e tassatività della fattispecie legale»¹¹.

Il problema dell'indeterminatezza veniva tuttavia bilanciato dalla *funzione sussidiaria* della fattispecie: la clausola di riserva ne consentiva l'applicazione soltanto in difetto di una qualsiasi altra norma incriminatrice, indipendentemente dalla pena. Il controllo di legalità sull'attività amministrativa veniva prevalentemente esercitato ricorrendo alle figure, vigenti fino alla riforma attuata dalla L. 86/1990, del peculato per distrazione (art. 314 Cp) e dell'interesse privato in atti d'ufficio (art. 324 Cp)¹².

Nondimeno, la tipicità dell'abuso d'ufficio iniziò ad identificarsi con i tre vizi canonici dell'atto amministrativo, ivi compreso, quindi, oltre alla *violazione di legge* e alla *incompetenza*, anche l'*eccesso di potere*. In questo senso, un principio di diritto ricorrente nella prassi fino alla riforma del 1990 fu quello secondo cui l'abuso di potere sussiste qualora il pubblico ufficiale, *pur agendo nelle condizioni formali previste dalla legge per l'esercizio del suo potere, ordina e compie un fatto per uno scopo diverso da quello per cui il potere gli è affidato*¹³. Trattasi di una accezione "lata" di «cattivo uso del potere», che, come osservava *Franco Bricola*, avrebbe esteso l'operatività dell'art. 323 Cp «anche alle violazioni del c.d. *limiti interni del potere discrezionale*»¹⁴.

In un contesto di «scontro fra potere politico-amministrativo e potere giudiziario»¹⁵, la Legge del 26 aprile 1990, n. 86, interviene a riscrivere il reato¹⁶.

L'applicazione della fattispecie viene estesa agli incaricati di un pubblico servizio; il dolo specifico viene ulteriormente definito, per cui l'abuso doveva essere finalizzato a procurare un vantaggio (a sé o ad altri) o un danno ingiusto; e la pena aumenta in ipotesi di fatto commesso per procurare un vantaggio di natura patrimoniale¹⁷.

¹¹ F. Bricola, *op. cit.*, 990.

¹² All'abuso "innominato" d'ufficio veniva dunque riservato un ambito applicativo marginale, principalmente prevaricazioni e favoritismi indebiti del pubblico ufficiale. Tuttavia, per via di una correzione interpretativa che aprì le porte al sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa (v. la massima indicata di seguito nel testo), prima, e con l'abrogazione del reato di interesse privato in atti d'ufficio (art. 324 Cp) e l'eliminazione dalla struttura del delitto di peculato (art. 314 Cp) della "distrazione" come modalità tipica, poi, la fattispecie di abuso d'ufficio acquisì progressivamente un ruolo da protagonista nell'azione di tutela dell'imparzialità e del buon andamento della PA: sul punto, chiari quadri di sintesi in A. di Martino, *op. cit.*, 244-246; A. Vallini, *L'abuso d'ufficio*, cit., 261 ss.

¹³ T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 5, nt. 11, per gli opportuni riferimenti.

¹⁴ F. Bricola, *op. cit.*, 993 s. Sul nesso fra l'espansione del sindacato del giudice penale sul merito delle scelte discrezionali della PA e l'incompatibilità della fattispecie incriminatrice – in particolare, l'art. 323 Cp precedente alla riforma del 1990 – con il principio di tassatività e determinatezza, G. Cocco, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cagliari 1996, 255 ss.

¹⁵ A. di Martino, *op. cit.*, 246.

¹⁶ «Abuso d'ufficio. – Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni.

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

¹⁷ Sulla configurazione dell'abuso d'ufficio dopo la riforma del 1990, anche per ulteriori riferimenti: C.F. Grosso, *L'abuso di ufficio*, in *RIDPP* 1991, 319 ss; A. D'Avirro, *op. cit.*, 83 ss.; P. Pisa, voce *Abuso d'ufficio*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma 1995, vol. I; A. Manna, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Torino 2004, 17 ss.; A. di Martino, *op. cit.*, 246 ss.

Contestualmente, in virtù della eliminazione della forma per “distrazione” dal peculato (art. 314 Cp) e l’abolizione dell’interesse privato in atti d’ufficio, l’abuso d’ufficio assume un ruolo centrale nel sistema dei reati contro la PA¹⁸. Ne resta peraltro immutata la struttura fondamentale, ancora *senza danno* e a *dolo specifico*, ancorché la previsione della cd. “doppia illiceità” avrebbe dovuto assicurare una «più congrua delimitazione del sindacato del giudice penale sull’attività amministrativa, che, per quanto illegittima, non poteva assumere connotati di illiceità penale se l’evento perseguito non fosse stato di per sé contrario a diritto»¹⁹.

Tuttavia, complice un permanente *deficit* di tassatività²⁰, tali modifiche non frenarono il sindacato del giudice penale sull’attività amministrativa e la persecuzione dell’*eccesso di potere* come paradigma di abuso penalmente rilevante²¹.

Interviene così la terza riscrittura (L. 16 luglio 1997, n. 234), che ci consegna un abuso d’ufficio – vigente fino al mese di luglio 2020 – tipificato in questi termini:

«Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o dall’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»²².

Il legislatore del 1997 compie un passo in avanti sul terreno della precisione/determinatezza²³, identificando la condotta tipica dell’abuso con due forme

¹⁸ L’art. 323 Cp sarebbe stato riformulato essenzialmente allo scopo di poter fungere da «legatario» di una parte delle condotte originariamente sussumibili all’art. 314 Cp e nell’art. 324 Cp, assicurando (almeno secondo le intenzioni) un filtro selettivo più adeguato a definire la loro offensività: T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio*, cit., 5. Tuttavia, sulle «ragioni squisitamente, per non dire biecamente, elettorali» che avrebbero portato all’abrogazione dell’art. 324 Cp, L. Stortoni, *Intervento*, in *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l’abuso d’ufficio*, a cura di A. Castaldo, Torino 2018, 117 s.

¹⁹ T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio*, cit., 5 s.

²⁰ Ancora A. di Martino, *op. cit.*, 247 s., anche per altri riferimenti.

²¹ Permanendo quindi quella «conflittualità tra i poteri dello Stato» che, osserva all’indomani della terza riforma S. Seminara, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, in *SI* 1997, 1251 s., «non può non condurre alla soccombenza del diritto (...) come scienza della legislazione».

²² Su questo base, la L. 190/2012 inciderà soltanto sui limiti edittali, sanzionando il reato con la pena *da uno a quattro anni*.

²³ Lo hanno riconosciuto, fra gli altri, A. Pagliaro, *op. cit.*, 110; A. Manna, *Profili storico-comparatistici dell’abuso d’ufficio*, cit., 1203; C. Silva, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova 2014, 170; N. Pisani, *Abuso d’ufficio*, in *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di S. Canestrari, L. Cornacchia e G. De Simone, Bologna 2015, 257, 263; V. D’Ascola, *Intervento*, in *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione*, cit., 103, 106; 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*, *ivi*, 94, 100; L. Stortoni, *Intervento*, cit., 118; 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 www.sistemapenale.it, 29.7.2020, 138.

Più critici, S. Seminara, *op. cit.*, 1254-1258; G. De Francesco, *Le fattispecie dell’abuso di ufficio: profili di ermeneutica e di politica criminale*, in *CP* 1999, 1633 ss., anche con riferimento alla genericità del “danno”; 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»*, in *CP* 1999, 1761 ss., secondo la quale «il legislatore, impegnato a restituire determinatezza alla condotta di abuso, non si è avveduto degli effetti distorsivi che possono derivare

alternative: (a) la «violazione di norme di legge o di regolamento»; (b) la mancata astensione «in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti».

La condotta abusiva del pubblico agente – così qualificata in maniera alternativa – deve peraltro avvenire «nello svolgimento delle funzioni o del servizio»; pertanto, quel contegno dovrà essere «espressione di un esercizio distorto dei poteri che gli sono formalmente attribuiti: con conseguente atipicità delle condotte realizzate al di fuori dei compiti funzionali, di quelle semplicemente occasionate dal relativo svolgimento, e dei cd. abusi soggettivi»²⁴.

Il risultato complessivo, almeno in apparenza, va ben oltre l'aspirazione enunciata a suo tempo, vigente la versione del 1930, da *Franco Bricola*: quella figura – pur marginale, ma – senza danno e a dolo specifico diventa una fattispecie – ben più in primo piano, ma – di danno “ingiusto” (seconda ingiustizia, intrinseca e quindi propria del risultato, che si aggiunge a quella della condotta²⁵); e al dolo che deve ricadere sull'evento si richiede il massimo grado possibile, quello intenzionale.

3.1. Nonostante il *maggior grado di tassatività* espresso e la *ben più esigente forma di colpevolezza* richiesta, la dottrina sottolinea immediatamente alcuni aspetti discutibili della nuova fattispecie. In particolare: (1) la delimitazione al *solo vantaggio patrimoniale*, con esclusione di quello non patrimoniale; aspetto critico poiché l'art. 323 Cp racchiuderebbe in sé anche la fattispecie di *interesse privato*²⁶; (2) per altro verso, il requisito della “doppia ingiustizia” renderebbe la fattispecie di difficile applicazione, incentivando così, per una sorta di reazione contraria, un atteggiamento interpretativo (adottato specialmente dalle Procure della Repubblica) orientato ad aggirare l'intralcio, ricavando l'ingiustizia del vantaggio o del danno dalla violazione di legge o regolamento²⁷, o viceversa; (3) notevoli problemi applicabili, cioè difficoltà probatorie, deriverebbero anche dall'esigenza del dolo intenzionale²⁸.

da un uso non accorto della frammentarietà»; M. Romano, *op. cit.*, 260-261; A. Vallini, *L'abuso d'ufficio*, cit., 271, 279, secondo il quale il legislatore del 1997 risponde all'esigenza di sussidiarietà e determinatezza con un «eccesso di tipizzazione».

²⁴ Rimarca questo profilo di tipicità, di recente, V. Valentini, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in www.archiviopenale.it, 18.9.2018, 17.

²⁵ E che qualifica il «*quid pluris*, che giustifica la sanzione penale al posto di quella amministrativa»: A. Manna, *Luci ed ombre nella nuova fattispecie d'abuso d'ufficio*, in *IP* 1998, 24; analogamente, M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 158. All'atto pratico, sulla effettiva rilevanza del *quid pluris* e la sua efficacia selettiva rispetto alla mera “violazione di legge”, v. il recente commento di M.C. Ubiali, *Abuso d'ufficio e atti discrezionali della pubblica amministrazione: l'archiviazione del procedimento nei confronti del presidente di Regione Lombardia* Attilio Fontana, in www.sistemapenale.it, 21.5.2020.

²⁶ Sul punto, L. Picotti, *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in *RTrimDPenEc* 1997 (1-2), 283 ss., spec. 294 ss.; A. Manna, *Considerazioni in tema di abuso di ufficio*, in *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, a cura di M. Catenacci, G. Marconi, Torino 2009, 94. Un caso, noto alle cronache e oggetto di dibattito presso l'opinione pubblica, che mostra la criticità di quella soluzione in punto di evento tipico, è quello deciso da Cass. 10.3.2015 – 28.5.2015, n. 22526, ric. P.G. c. Berlusconi, commentato da G.L. Gatta, *La sentenza della Cassazione sul caso Berlusconi-Ruby: tra morale e diritto*, in *DPenCont* 2015 (4), 385 ss., in cui l'abuso d'ufficio, eventualmente commesso in concorso dall'ex Presidenza del Consiglio e dal Capo di Gabinetto del Questore di Milano, per le modalità di rilascio e affidamento di una ragazza minorenni, viene escluso per l'assenza dell'ingiusto vantaggio patrimoniale o del danno ingiusto.

²⁷ A. Manna, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, cit., 63 s.

²⁸ Critici, tra gli altri, S. Seminara, *op. cit.*, 1254-1258, con riguardo all'«appesantimento» delle «conseguenze derivanti dalla ricostruzione dell'elemento psicologico»; secondo A. Manna, *Luci ed ombre nella nuova fattispecie*

Ma le più gravi questioni interpretative attengono all'interpretazione della «violazione di legge o di regolamento». In particolare, ci si chiede se l'abuso d'ufficio riscritto dalla riforma del 1997 abbia escluso il sindacato del giudice penale sull'uso del potere discrezionale del pubblico agente; cioè, se l'*eccesso di potere* – quale esito negativo di un sindacato giudiziale che accede al «nucleo essenziale della discrezionalità amministrativa», nel suo «“spazio flessibile” (*Spielraum*) non regolato da norme giuridiche esplicitamente formulate dal sistema normativo»²⁹ – possa ancora costituire abuso d'ufficio; o se talune figure sintomatiche saranno comunque perseguibili in quanto violazioni dell'art. 97 Cost. quale “norma di legge”.

L'esclusione dell'eccesso di potere dalla portata sanzionatoria dell'abuso d'ufficio, contestata in letteratura³⁰, viene generalmente ricondotto alla *voluntas legis* espressa durante i lavori preparatori³¹ e manifestatasi attraverso la definizione della prima modalità tipica alternativa dell'abuso: la *violazione di legge o di regolamento*³². Per integrare la fattispecie obiettiva dell'art. 323 Cp, si argomenta, la condotta dell'agente dovrebbe contrastare «con regole *precise e stringenti* contenute in leggi in senso formale o, in (rigida) alternativa, in atti normativi adottati attraverso un *iter* regolamentare ed *espressamente qualificati* – sempre dalla legge – come “regolamenti”». Pertanto, resterebbero escluse dall'obiettivo dell'incriminazione le violazioni di norme sulla *competenza*³³, le norme *procedimentali*, comunque sia “elastiche” o non formalmente regolamentari.

Questa interpretazione, stringente e garantista³⁴, risponderebbe però ad una

d'abuso d'ufficio, cit., 27 s., «poteva essere sufficiente costruire la norma in modo da renderla incompatibile, anche nei suoi estremi oggettivi, con il dolo eventuale», mentre la scelta del legislatore importerebbe «un'ulteriore, notevole restrizione di tutela»; A. Vallini, *L'abuso d'ufficio*, cit., 320 ss.

²⁹ Per ampie riflessioni e riferimenti, A. Tesauro, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, Torino 2002, 211 ss., autore dell'espressione citata nel testo (*op. cit.*, 214 s.); nonché C. Silva, *op. cit.*, 115 ss., 120 ss.

³⁰ Ad es., S. Seminara, *op. cit.*, 1253 s., secondo il quale, nonostante lo sforzo di determinatezza, «la nozione di violazione di legge assume un'accezione totalizzante, in grado di ricomprendere qualunque vizio dell'atto o del provvedimento amministrativo e dunque anche l'eccesso di potere»; «l'abuso in atti discrezionali lesivo dei beni della imparzialità e del buon andamento della P.A. può dunque risultare ancora punibile, a dispetto delle intenzioni del legislatore» (cfr. in punto di *voluntas legis* la nt. successiva); analogamente, C. Silva, *op. cit.*, 115 ss., 171, la quale parimenti conclude che, «per come è costruito l'articolo, ancora oggi il giudice penale dovrà (...) spingersi inevitabilmente nell'ambito di aree che sarebbe stato, forse, più opportuno lasciare al di fuori del suo sindacato».

³¹ Tuttavia, A. Pagliaro, *op. cit.*, 107, critica l'argomento della esclusione dell'eccesso di potere che fa leva sui lavori parlamentari, osservando che: (1) se li si guarda «con maggior attenzione (...), si può notare che l'obiettivo perseguito (...) era quello di bloccare l'intervento del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa, non l'intervento sui vizi di legittimità dell'atto, tra i quali rientra l'eccesso di potere»; (2) inoltre, in tale caso «avrebbe dovuto menzionare nel testo della legge non solo il vizio di “violazione di legge”, ma anche quello di “incompetenza” (...)».

³² Sull'esclusione dell'eccesso di potere dalla portata della norma, fra gli altri, M. Romano, *op. cit.*, 263 ss.; A. Vallini, *L'abuso d'ufficio*, cit., 291 ss., 296 ss.; C. Benussi, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, I, 1, *I delitti dei pubblici ufficiali*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, Padova 2013, 970.

³³ Salva l'eventuale applicabilità del reato di *usurpazione di funzioni pubbliche* (art. 347 Cp) nel caso di incompetenza *assoluta*: sul punto, L. Stortoni, *L'abuso di potere nel diritto penale*, cit., 19 ss.

³⁴ Esprime chiaramente questa posizione, nei termini del testo, V. Valentini, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC*, cit., 18 s., secondo il quale, quindi, una «interpretazione restrittiva coerente con l'idea di *ultima ratio* (...) dovrebbe implicare l'espulsione dalla norma degli atti che violano *soft laws* (es. circolari o istruzioni operative); delibere

«razionalità legislativa» criticabile proprio in quanto responsabile di una sorta di «selezione inversa»: «colpendo attività tanto vincolate da rendere *ictu oculi* evidente l'illegittimità, si calava una cortina impenetrabile proprio sulle distorsioni funzionali più gravi, compiute nell'ambito dell'attività discrezionale più ampiamente intesa»³⁵.

Tale irrazionalità spiegherebbe, pur senza necessariamente giustificarla, la *reazione uguale e contraria* della giurisprudenza rispetto alla spinta esercitata dal formante legislativo; una reazione sintomatica di un vero e proprio *gioco di forze*, sfociata in una «sostanziale "riscrittura" del testo legislativo, il cui ambito viene, alla fine, ricondotto alle origini»³⁶.

Il punto di partenza interpretativo della giurisprudenza riflette in verità il medesimo spirito restrittivo della riforma del 1997.

Nel definire la nozione di *violazione di norme di legge o di regolamento*, si è sostenuto essere necessario che «la norma violata non sia genericamente strumentale alla regolarità dell'attività amministrativa, ma vieti puntualmente il comportamento sostanziale del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio»; richiedendosi altresì che «l'agente violi leggi e regolamenti che di questi atti abbiano i caratteri formali ed il regime giuridico, non essendo sufficiente un qualunque contenuto materialmente normativo della disposizione trasgredita»³⁷. In senso analogo, si è affermato che «la sola inosservanza di norme di principio o genericamente strumentali alla regolarità dell'azione amministrativa – come quella contenuta nell'art. 97 Cost. (principio di *imparzialità* e di *buon andamento*) – non è idonea a configurare la violazione di legge rilevante ai fini dell'integrazione del novellato delitto di abuso d'ufficio»³⁸. Di conseguenza, si riconosce essere stata «(...) espunta dall'area della rilevanza penale ogni ipotesi di abuso di poteri o di funzioni non concretantesi nella formale violazione di norme legislative o regolamentari o del dovere di astensione»; non è più quindi «consentito al giudice penale entrare nell'ambito della discrezionalità amministrativa, che il legislatore ha ritenuto, anche per esigenze di certezza del precetto penale, di sottrarre a tale sindacato»³⁹.

Tuttavia, l'esperienza applicativa porta a una ri-espansione progressiva della portata sanzionatoria della fattispecie: sia verso il basso, sia verso l'alto⁴⁰.

municipali, contratti collettivi, codici disciplinari e decreti del Presidente del Consiglio; ordinanze di Sindaci e Prefetti; nonché (...) provvedimenti e atti amministrativi generali»; analogamente, F. Rotondo, *Linee guida ANAC ed abuso d'ufficio: principio di legalità e modifiche mediate della fattispecie incriminatrice*, in www.penedp.it, 13.5.2020, 302; ancor prima, M.N. Masullo, *op. cit.*, 1761 ss. Cfr. però A. Vallini, *L'abuso d'ufficio*, cit., 292, 294 ss., per cui non vi è ragione di escludere l'incompetenza dai casi di "violazione di legge", da intendersi dunque questo elemento in senso lato (cioè come idoneo a ricomprendere, ai fini dell'art. 323 Cp, anche il vizio *relativo* di competenza); analogo discorso varrebbe per la violazione delle norme procedurali, in linea di principio rilevanti, ma – sottolineatura fondamentale – stante comunque la necessità di dimostrare il «nesso causale» fra l'infrazione e il risultato ingiusto tipico, il che condurrebbe all'irrilevanza delle *norme meramente procedurali*, cioè senza rilevanza diretta sulla decisione amministrativa finale.

³⁵ T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 7.

³⁶ *Ibidem*. In senso sostanzialmente adesivo, rispetto a simili giudizi già espressi in precedenza da Padovani, G. Di Vetta, *L'abuso d'ufficio: cronaca di un «ritorno»*, in *Crim* 2016, 405 ss.

³⁷ Cass. 4.10.1997, n. 877, Tosches, Rv. 210224, sulla quale, ampiamente, A. Tesauro, *op. cit.*, 1 ss.

³⁸ Cass. 8.5.2003, n. 35108, Zardini, Rv. 226706.

³⁹ Cass. 10.11.1997, n. 1163, Marconi, Rv. 209774.

⁴⁰ Sulla tendenza espansiva da parte della giurisprudenza, criticamente, M.N. Masullo, *op. cit.*, 1761 ss.; A. Vallini, *L'abuso d'ufficio*, cit., spec. 298 ss.; F. Coppola, *La persistente ambiguità dell'abuso d'ufficio*, cit., 41 ss.; S. Massi, *Parametri formali e "violazione di legge" nell'abuso d'ufficio*, in www.archiviopenale.it, 5.2.2019, 5 ss., 14 ss.

3.2. Alla nozione di «violazione di norme di legge o di regolamento» vengono via via ricondotte svariate *categorie* di fonti, incluse disposizioni in materia di *competenza*, norme meramente *procedimentali*, e regole comunque *elastiche*.

Verso il basso, rilevanti varchi interpretativi si aprono però soprattutto intorno al concetto di “regolamento”. Fra le fonti *lato sensu* regolamentarie, la cui violazione viene ritenuta idonea a rientrare nella fattispecie dell'abuso d'ufficio, sono ricondotti provvedimenti di diversa natura e denominazione, quali ordinanze, decreti, bandi, istruzioni⁴¹. Ad esempio, vengono sanzionate violazioni di prescrizioni adottate da strumenti urbanistici, come tipicamente il piano regolatore, *indirettamente* rilevanti in virtù del divieto legislativo di rilascio di concessioni illegittime⁴². Inoltre, all'alveo della figura sono state ricondotte le linee-guida – *attuative* di disposizioni di legge, e quindi ad esse riferibili – emanate dall'ANAC. Tali fonti, pensate «per occupare il lato preventivo “a monte”», scivolerebbero «fatalmente sul lato repressivo “a valle”»⁴³, venendo equiparate ai “regolamenti” e potendo, quindi, a parere della giurisprudenza ma contro l'opinione di buona parte della dottrina⁴⁴, integrare l'elemento normativo indicante la prima modalità di condotta tipica.

Del resto, si osserva criticamente, l'art. 323 Cp (previgente al decreto-legge di luglio 2020, che esamineremo a breve) non parla di leggi *precise*, e neppure circoscrive l'abusivismo rilevante al conflitto con regole *sostanziali*; pertanto, «anche le disposizioni procedurali che impongono al funzionario di redigere l'atto in forma scritta e corredarlo di una motivazione; quelle che governano l'attività consultiva e che prescrivono una – adeguata – istruttoria; e, più in generale, quelle che non esauriscono i loro effetti all'interno del procedimento ma riverberano sulla fase decisoria» potrebbero integrare l'abuso d'ufficio⁴⁵.

3.3. Verso l'alto, si riaffaccia la «violazione di legge» integrata dall'inosservanza del *dovere di imparzialità* stabilito dall'art. 97 Cost. Ciò consente, anche dopo la riforma del 1997, di sanzionare l'*eccesso di potere* come *sviamento* dallo scopo legittimo per cui il potere pubblico è conferito al pubblico ufficiale, nonostante il *formale rispetto* delle norme (aperte) poste a disciplina del potere stesso.

Il principio di diritto che consente al giudice penale di vagliare il profilo *teleologico* dell'esercizio del potere (discrezionale) viene sancito dalle Sezioni Unite Rossi (2011), le quali ammettono integrata la violazione di legge *ex art. 323 Cp*, «non solo quando la condotta del pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando la stessa risulti *orientata alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, realizzandosi in tale ipotesi il vizio dello sviamento di*

⁴¹ M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 144; criticamente, M. Romano, *op. cit.*, 265 ss., anche per altri riferimenti.

⁴² «Non importa più, quindi, che la condotta del funzionario pubblico violi *immediatamente* una norma che vanta i requisiti formali-sostanziali della “legge” o del “regolamento”: è sufficiente che trasgredisca una regola – generale, non necessariamente astratta – adottata *in forza della legge*, e di cui *la legge stessa* stabilisce l'obbligatorietà»: criticamente, V. Valentini, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC*, cit., 22. Sul problema di determinatezza posto dal riferimento a disposizioni “subregolamentari” in questo settore, già E.M. Ambrosetti, *Brevi note in tema di configurabilità dell'abuso d'ufficio di ufficio nell'ipotesi di rilascio di concessione edilizia in difformità dello strumento urbanistico*, in *Riv. giur. urb.* 1999, 353 ss.

⁴³ V. Valentini, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC*, cit., 10.

⁴⁴ Ancora V. Valentini, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC*, cit., *passim*; S. Massi, *op. cit.*, 5 ss.; F. Rotondo, *op. cit.*, 302. In precedenza, A. Segreto - G. De Luca, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano 1999, 504 ss.

⁴⁵ V. Valentini, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC*, cit., 20-21.

potere, che integra la violazione di legge poiché lo stesso non viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione»⁴⁶.

Nel senso delle Sezioni unite *Rossi*, si è orientata successivamente buona parte della giurisprudenza di legittimità, riattribuendo al giudice penale il sindacato sulla discrezionalità amministrativa per mezzo dell'abuso d'ufficio⁴⁷.

Il passaggio fondamentale consiste nel ritenere l'inosservanza del dovere di *imparzialità*, espresso dall'art. 97 Cost., come una *violazione di legge* idonea ad integrare la prima modalità tipica dell'abuso d'ufficio. Così, leggiamo, «in tema di abuso d'ufficio, il requisito della violazione di norme di legge può essere integrato anche solo dall'inosservanza del principio costituzionale di imparzialità della p.a., per la parte in cui esprime il *divieto di ingiustificate preferenze o di favoritismi* che impone al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio una precisa regola di comportamento di immediata applicazione»⁴⁸.

In senso diametralmente opposto, parte della dottrina sostiene però che «i principi costituzionali non possono essere assunti a base della fattispecie penale perché la loro struttura normativa non consente di poterli utilizzare per ricostruire una fattispecie tipica e tassativa»⁴⁹. Inoltre, come vedremo meglio più avanti, l'interpretazione "espansiva" appare criticabile in ragione del requisito di tipicità della "doppia ingiustizia": per cui, il fine "deviante" dovrebbe non solo concretizzarsi nel risultato, ma anche essere provocato da un atto *intrinsecamente* illegittimo (la illiceità del comportamento non dovrebbe semplicemente dedursi dalla ingiustizia del risultato).

L'opinione secondo cui il requisito della violazione di norme di legge non può essere integrato dall'inosservanza delle norme di principio, che assumerebbero una funzione meramente programmatica o, comunque sia, non direttamente rilevante sul piano dell'integrazione della fattispecie penale, viene seguita per vero anche da una parte della giurisprudenza⁵⁰. Si tratta di un orientamento che trova origine nella già citata decisione

⁴⁶ Cass. S.U. 29.9.2011, n. 155, *Rossi*, in *CEDCass*, n. 251498.

⁴⁷ In questo senso, già Cass. 21.10.1998, n. 12226. Per ulteriori riferimenti alla giurisprudenza, M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 148.

⁴⁸ Cass. 12.2.2011, n. 27453; nello stesso senso, Cass. 12.2.2008, n. 239892; Cass. 10.6.2008, n. 35048; ulteriori riferimenti in M. De Bellis, *Il principio di imparzialità nella condotta della pubblica amministrazione dettato dall'art. 97, comma 1, Cost. può avere efficacia precettiva ai fini del reato di abuso d'ufficio*, in *CP* 2009 (3), 1027 ss.; G. Di Vetta, *op. cit.*, 411 s., nt. 30 s.

⁴⁹ «Essi sono suscettibili di giudizi valoriali che conducono a interpretazioni differenti, dipendenti dal diverso ambito ideologico prescelto. I principi sono suscettibili di una pluralità di interpretazioni perché la loro ermeneutica è condizionata dalle diverse opzioni ideologiche, tutte presenti nella stessa Costituzione per il suo pluralismo. In base ad essi, sono possibili diverse ricostruzioni della fattispecie penale, che mal si conciliano con la sua necessaria prevedibilità e, in generale, di quella sanzionatoria»: S. Perongini, *op. cit.*, 13, 17 s.; secondo A. di Martino, *op. cit.*, 255 s., se è «vero che, in termini di teoria generale del diritto, anche le norme c.d. di principio sono "norme" giuridiche – seppur a carattere non "prescrittivo" ma "programmatico" (...)», il problema però è un altro: «se si tratti di norme *idonee ad integrare il precetto penale* in modo che non ne risulti violato un altro, fondamentale principio di rango costituzionale, quello di determinatezza (art. 25 Cost.). E la risposta deve essere negativa, dacché la genericità del parametro priverebbe il giudice di un reale criterio di selezione tra mera illegittimità amministrativa e illiceità penale». Analogamente, G. De Francesco, *op. cit.*, 1633 ss.; M. Romano, *op. cit.*, 265; A. Vallini, *L'abuso d'ufficio*, cit., 272; A. Merli, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio*, Napoli 2012, 232 ss., 234 s., 237-240; C. Benussi, *op. cit.*, 949 ss., 952; N. Pisani, *op. cit.*, 266; S. Massi, *op. cit.*, 5 ss., 8 s.

⁵⁰ C. Silva, *op. cit.*, 123 e nt. 21, 130 ss. Parere negativo in ordine alla sindacabilità dell'eccesso di potere sarebbe stato espresso implicitamente da C. Cost., 15.12.1998, n. 447, laddove, a fronte di una questione di legittimità

Tosches della Cassazione, immediatamente successiva alla riscrittura del 1997: la norma violata idonea ad integrare l'elemento richiesto dall'art. 323 Cp ai fini della violazione di legge deve prescrivere un divieto puntuale o specifici comportamenti, non esprimere una norma puramente di principio⁵¹.

Si tratta però, come detto, di una lettura contestata da altra parte della dottrina, secondo cui il canone costituzionale di *imparzialità* può assumere una forza *immediatamente precettiva*, consentendo di ricondurre alla tipicità dell'abuso di ufficio, per il tramite della violazione di legge, talune strumentalizzazioni del potere amministrativo per fini privati. La imparzialità amministrativa, intesa come «divieto di favoritismi e dunque obbligo di trattare tutti i soggetti portatori di interessi tutelabili con la medesima misura», avrebbe i «caratteri e i contenuti precettivi richiesti dall'art. 323 Cp, in quanto impone all'agente pubblico una vera e propria regola di comportamento di immediata applicazione»⁵².

L'interpretazione contraria, rappresentata dalla sentenza *Tosches*, viene ritenuta erronea per due fondamentali ragioni: (1) anzitutto, perché interpretando l'art. 97 Cost. come norma generale, o di principio, quella giurisprudenza ricorrerebbe alla distinzione ermeneutica tra *principi* e *regole*, che, però, «se riferita a norme costituzionali, pare riesumare l'antica distinzione tra norme programmatiche e norme precettive che, subito dopo l'entrata in vigore della Carta costituzionale, la dottrina e la giurisprudenza più retrive avevano coniato proprio al fine di non applicare gran parte della stessa Carta costituzionale»⁵³; (2) inoltre, perché potrebbe comportare «l'esclusione *tout court* dal raggio di azione dell'art. 323 delle norme procedurali», le quali però «non costituiscono "pura forma"», ma strumenti di «tutela di rilevanti situazioni giuridiche soggettive»⁵⁴.

Riprenderemo questi aspetti, in sede propositiva, quando ci concentreremo sul significato attribuibile all'attuale formulazione dell'art. 323 Cp, successiva all'ultima riscrittura della disposizione.

4. «In tempo di "formante giudiziario", che plasma la legalità» – scrive *Padovani* all'indomani dell'ultima riforma (*infra*, § 5) –, «è illusorio pensare ancora che la legge possa equiparare *quadrata rotundis* o fare *de albo nigrum*: anzi, più pretende di farlo, più ottiene

costituzionale sollevata in base all'art 3 Cost., per avere il legislatore ristretto eccessivamente l'ambito di tutela riservato all'art. 323 Cp con la riforma del 1997, si afferma che le esigenze costituzionali di tutela del buon andamento e dell'imparzialità non si esauriscono nella tutela penale, potendo essere soddisfatte con sanzioni non penali. Per questo richiamo, N. Pisani, *op. cit.*, 267.

⁵¹ Cass. 4.12.1997, cit.

⁵² Da ultimo, M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 147 s. In precedenza, tra gli altri: A. Manna, *Luci ed ombre nella nuova fattispecie d'abuso d'ufficio*, cit., 20 ss.; A. Pagliaro, *op. cit.*, 108; C.F. Grosso, *Condotte ed eventi nel delitto di abuso d'ufficio*, in *FI* 1999, 122/12, 329, 334, sottolineando la «ampia comprensività» della fattispecie come scritta; lo stesso M. Gambardella, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 276 ss.; S. Seminara, *op. cit.*, 1253; M. Parodi Giusino, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, in *RTrimDPenEc* 2009 (4), 902 s. Cfr. in argomento L. Stortoni, *L'abuso di potere nel diritto penale*, cit., 220 ss.

⁵³ Letteralmente, A. Manna, *Considerazioni in tema di abuso di ufficio*, cit., 89 s.; in senso analogo, C. Silva, *op. cit.*, 132 s.

⁵⁴ Ancora A. Manna, *Considerazioni in tema di abuso di ufficio*, cit., 89 s. V. ad es., di recente, Cass. 11.6.2018, n. 26610, che ha confermato l'abuso d'ufficio del responsabile unico del procedimento (RUP) di una Stazione Appaltante che, «in violazione di legge, frazionava artificiosamente il lavoro necessario ai fini del risanamento del lucernario di un magazzino, affidava i lavori attraverso la procedura del cottimo fiduciario, omettendo la doverosa procedura (...)), cioè «senza procedere alla consultazione di altre ditte».

l'effetto contrario»⁵⁵. In effetti, come abbiamo visto, alla *spinta* verso un maggior tasso di precisione/tassatività e frammentarietà esercitata dal legislatore, risponde puntualmente con *forza uguale (o maggiore) e contraria* parte della giurisprudenza, riallargando le maglie del reato e assecondando *esigenze di tutela* rispetto alle quali il diritto penale diventa chiaramente, in assenza o in carenza di altro, la prima *ratio* del sistema⁵⁶.

Pertanto, viene da chiedersi se la pretesa di cancellare «con un tratto di penna» la «deriva ermeneutica», cui il testo dell'art. 323 Cp sarebbe sottoposto, non sia illusoria di fronte al riconosciuto, e comunque inevitabile, ruolo ricostruttivo della giurisprudenza. D'altro canto, è pur vero che l'esigenza di tutela, in ottica general-preventiva, deve tenere conto degli incentivi «perversi» prodotti dalla giudiziariaizzazione dell'attività amministrativa.

Questo impone una valutazione in ordine alla razionalità del mezzo – la minaccia della sanzione e la sua irrogazione giudiziale – rispetto al fine in un diritto penale del bene giuridico. Infatti, se si tratta di tutelare il «normale funzionamento della pubblica amministrazione» e, quindi, non soltanto il profilo della *legalità*, ma anche il suo *buon funzionamento*⁵⁷, allora è evidente che lo stato attuale – preso per buono il nesso fra giudiziariaizzazione della funzione amministrativa e «amministrazione difensiva» – è sintomatico di una eterogenesi dei fini.

Da queste considerazioni, nonostante le predette perplessità, hanno preso le mosse alcune proposte di riscrivere nuovamente la tipicità dell'abuso d'ufficio.

Qualora infatti non si ritenga di dover eliminare *tout court* il reato di chiusura dal sistema dei delitti contro la PA⁵⁸, specialmente in ragione della «gravità che può raggiungere

⁵⁵ T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 8.

⁵⁶ Osserva al riguardo M. Donini, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in www.archiviopenale.it, 22.8.2020, 20, che la «troppa frammentarietà produce, invece di evitare, le analogie e le ermeneutiche di lotta. La giurisprudenza che fa analogia si trova spesso di fronte prassi che suscitano uno «schifo morale». Quando ciò avviene rimane solo il penale a fare da argine all'assenza di etica pubblica: perché «se non è penale si può fare» (...); «la ricerca della frammentarietà penalistica si rivela fallace o fittizia in assenza di «sostitutivi penali» adeguati (...), perché può funzionare come modello legislativo solo a fronte di una previa efficacia della sussidiarietà nei settori preventivi e giuridici che precedono l'intervento punitivo criminalizzante. L'*extrema ratio* penalistica si gioca sempre fuori campo». Dal che si comprende quanto osserva nuovamente T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 14, quando spiega «la deriva ermeneutica cui il testo dell'art. 323 c.p. è stato sottoposto» in base ad una «logica di sistema e alla natura delle cose che non possono essere cancellate con un tratto di penna».

⁵⁷ Nondimeno, sulle diverse posizioni espresse in dottrina in punto di interesse tutelato dall'art. 323 Cp, A. di Martino, *op. cit.*, 248 s.

⁵⁸ Come pure prospettato in dottrina. Di recente, S. Perongini, *op. cit.*, 20; L. Stortoni, *Intervento*, cit., 117 ss.; B. Romano, *Finalmente una spallata all'inutile totem dell'abuso d'ufficio*, in www.ildubbio.news, 1.8.2020. A queste posizioni si affiancano quelle che sostengono l'opportunità di rinunciare alla fattispecie «omnicomprensiva» dell'abuso d'ufficio, per puntare piuttosto su soluzioni più articolate: rivalutando la proposta, avanzata della «Commissione Morbidelli», di prevedere tre distinte ipotesi criminose: prevaricazione; favoritismo affaristico; sfruttamento privato dell'ufficio. Non ci dedicheremo ad esaminare questa soluzione in questa sede: cfr. comunque V. Manes, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, in *RIDPP* 1997 (4), 1202 ss., § 2.1; G. De Francesco, *op. cit.*, § 7; A. Manna, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, 25 ss.; T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 1 s., 13. Altra proposta prevede invece due fattispecie incriminatrici, una diretta a tutelare il bene dell'imparzialità della PA, l'altra a garantire il suo buon andamento (N. Gratteri - A. Mazzone, *Come delimitare l'abuso d'ufficio*, in www.ilsole24ore.com, 22.2.2012).

Autorevole dottrina, già citata nel testo, avverte però circa i limiti di qualunque nuova, eventuale ulteriore

la condotta affaristica o anche solo prevaricatrice», si tratta di valutare come poter meglio precisarne i confini⁵⁹.

In questa direzione, merita tuttora (nonostante la riforma appena attuata e che considereremo in seguito) particolare attenzione la proposta di riforma *Castaldo-Naddeo*, la quale si ripropone di riscrivere l'art. 323 Cp nei seguenti termini⁶⁰:

«Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio che nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di formali norme di legge o di regolamento inerenti la disciplina di forme, procedure e requisiti imposti per l'esercizio della funzione o del servizio stesso, ovvero omettendo di astenersi ogni qualvolta abbia un interesse, proprio o di un prossimo congiunto, in conflitto con quello pubblico, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni.»

Vi si aggiunge inoltre un paragrafo inedito, ma dal retroterra teorico ben riconoscibile: *«Il danno o il vantaggio ingiustamente prodotti devono costituire la concretizzazione di quanto la norma violata intende prevenire.»*

Si mantiene l'aumento di pena per l'ipotesi di risultato (danno o vantaggio) di «rilevante gravità». E si aggiunge infine una parte III (a chiusura del co. 1), che recita così: *«Non sono punibili le condotte che il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio adotti nel rispetto delle linee-guida e dei pareri formalmente resi dall'autorità regionale di controllo»*. Pareri motivati sulla legittimità dell'atto, si aggiunge nella proposta di riforma, potranno essere richiesti «nei casi di particolare complessità tecnica o di contrasto interpretativo della norma o delle procedure applicabili».

Questa proposta, come sottolineato da più parti, riflette una razionalità chiaramente *garantista*, volta cioè ad aumentare il tasso di *precisione* della definizione di entrambe le modalità tipiche dell'abuso⁶¹. In questo senso, il riferimento alle leggi «formali» si prefigge di

iniziativa di riforma. Allo scopo di evitare che «la valutazione giudiziale si svolga sovrapponendo alla discrezionalità amministrativa semplicemente un diverso modo di intenderla e di apprezzarne l'esercizio», infatti, la sola ristrutturazione, cioè la riscrittura della tipicità dell'abuso d'ufficio, «non può da sola soddisfare le esigenze di tassatività espresse da questo delicato settore della repressione penale, perché esse si correlano inevitabilmente al sostrato delle disposizioni amministrative che attribuiscono poteri o impongono doveri funzionali»: T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 15.

⁵⁹ Per quanto concerne l'opportunità di mantenere in piedi la figura delittiva in esame, cfr. A. Manna, *Profili storico-comparatistici dell'abuso d'ufficio*, cit., 1129.

⁶⁰ Il testo è tratto dalla medesima tabella comparativa utilizzata da M. Naddeo, *Abuso d'ufficio: tipicità umbratile o legalità crepuscolare del diritto vivente? Dogmatica di categorie e struttura del tipo nella prospettiva de lege ferenda*, in *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione*, cit., 34, e F. Coppola, *Abuso d'ufficio*, cit., 18. In corsivo, nel testo, sono evidenziate le principali modifiche rispetto alla redazione del 1997.

⁶¹ Cfr., fra i commenti sostanzialmente positivi, M. Donini, *Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo" di riforma dell'art. 323 c.p.*, cit., 95; F. Coppola, *Abuso d'ufficio*, cit., 18 ss. Osserva inoltre M. Naddeo, *Abuso d'ufficio: tipicità umbratile o legalità crepuscolare del diritto vivente?*, cit., 36 s., che l'opzione proposta «tiene in considerazione il dato evidenziato dalla semantica dell'*abuso*, che implica l'uso potenzialmente lecito del potere o della facoltà che lo Stato attribuisce all'organo ufficio nel quale è incardinato il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio. Affinché l'uso rimanga tale (lecito) e non sfoci, appunto, in *abuso*, è necessario che esso sia esercitato in conformità al fine tipico: l'interesse pubblico. Tanto nelle attività vincolate che discrezionali. In quest'ottica, la restrizione 'formalistica' è controbilanciata dalla specificazione del dato normativo sulla omessa astensione, che – nella prospettiva *de lege ferenda* – rileverà «ogni qualvolta (...) abbia in interesse, proprio o di un prossimo congiunto, in conflitto con quello pubblico», restando la precedente, astratta previsione degli "*altri casi prescritti*" evidentemente assorbita dalla violazione di legge o di regolamento».

impedire «il richiamo ermeneutico a principi costituzionali e ai riferimenti mediati alle fonti primarie»; fissando, o cercando si segnare, cioè, un limite invalicabile da ermeneutiche espansive, sia verso l'alto che verso il basso. «In tal modo, nel caos normativo, si fa una selezione *ratione materiae* delle fonti essenziali per il virtuoso esercizio della funzione, escludendo che *qualsiasi violazione* commessa dall'agente pubblico possa attivare l'art. 323 c.p.»⁶²

Vi si aggiunge inoltre quel requisito espresso, il “nesso di rischio”, idoneo a stabilire e a garantire l'esistenza, ai fini della tipicità del reato, di un rapporto di “causalità normativa” fra condotta ed evento. L'evento deve essere uno di quelli che la norma violata mirava a prevenire; il risultato appartiene allo “scopo di protezione” della norma.

Si tratta di un punto molto importante, non solo per il suo retroterra concettuale⁶³, ma anche perché ci consente di mettere a fuoco un problema inerente alla redazione del 1997, proprio con riguardo al requisito della “doppia ingiustizia”. Infatti, tale elemento di tipicità potrebbe essere aggirato in due modi opposti e alternativi: (a) ricavando l'*ingiustizia del risultato* (vantaggio o danno) in base alla illiceità della condotta (specie quando si tratti di atti vincolati); (b) oppure, al contrario, deducendo l'*antigiuridicità della condotta* (la violazione) in base alla oggettiva e autonoma ingiustizia del risultato (specie quando si tratti di atti discrezionali, e quindi si contesti uno “sviamento”).

Ciò si spiega anche per quanto si evidenzia mostrando le ragioni dell'inclusione del “nesso di rischio” nella proposta di riforma in commento. Chiarisce Naddeo che «non può essere trascurata la differenza tra attività vincolate e attività di tipo discrezionale». Infatti, mentre «nell'*attività strettamente vincolata* il parametro valutativo dell'antigiuridicità della condotta tende a coincidere con il referente normativo dell'ingiustizia del danno o vantaggio (...), in caso di *attività discrezionale*, dove il risultato è frutto di ponderazioni comparative fra interessi concorrenti, l'ingiustizia dell'evento implica la verifica della effettiva incidenza della violazione sul processo di determinazione dell'interesse pubblico concreto»⁶⁴.

Cosicché – ecco la *ratio* della modifica in esame –, il carattere «asimmetrico» del giudizio verrebbe «stabilizzato dalla esistenza di un nesso di causalità normativa, che consente di recuperare il disvalore di evento al disvalore della condotta, attenuando i rischi di amministrativizzazione del diritto penale dei funzionari»⁶⁵.

⁶² F. Coppola, *Abuso d'ufficio*, cit., 19.

⁶³ La tradizione dogmatica, non così diffusa ma comunque autorevolmente rappresentata in Italia, dell'imputazione oggettiva dell'evento, che porta con sé la categoria del “nesso di rischio”. Per tutti, A.R. Castaldo, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli 1989; A. Pagliaro, *Imputazione oggettiva dell'evento*, in *RIDPP* 1992, 779 ss.; M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento. «Nesso di rischio» e responsabilità per fatto proprio*, Torino 2006; da ultimo, per una prospettiva “compromissoria” nel metodo – ma minoritaria nel merito – in argomento, A. Perin, *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria. Argomenti a favore della «diminuzione di chances»*, in www.archiviopenale.it, 22.8.2018, 4 ss.

⁶⁴ M. Naddeo, *Abuso d'ufficio: tipicità umbratile o legalità crepuscolare del diritto vivente?*, cit., 39. Sul punto, A. Vallini, *L'abuso d'ufficio*, cit., 311 ss., con esempi utili a chiarirlo.

⁶⁵ M. Naddeo, *Abuso d'ufficio: tipicità umbratile o legalità crepuscolare del diritto vivente?*, cit., 39 s.; Di conseguenza, in base a tale “nesso di rischio”, «devono essere selezionate unicamente le violazioni di legge che possiedono una carica lesiva in grado di incidere sul processo di determinazione dell'interesse pubblico ovvero di alterare la legittima composizione degli interessi sostanziali da disciplinare attraverso l'esercizio del potere discrezionale». Valorizza questo profilo di collegamento funzionale condotta-evento già A. Tesauro, *op. cit.*, 195 ss., spec. 197 s., 200: «è ingiusto il vantaggio o il danno che costituisca il prodotto della trasgressione delle norme capaci di alterare la “regola degli effetti” contenuta nella decisione finale e, con essa, la legittima composizione degli interessi pubblici e privati convergenti sulla singola fattispecie oggetto di valutazione amministrativa»;

Di fronte all'impossibilità, in ragione del tipo di atto amministrativo, di verificare sempre la "doppia ingiustizia" come duplicità effettiva ed autonoma, il pericolo di aggiramento verrebbe scongiurato imponendo la verifica del "nesso di rischio". Ciò appare importante almeno laddove si tenda altrimenti a dedurre l'ingiustizia del risultato *in base* all'antigiuridicità dell'*atto vincolato*. Discorso più articolato si dovrà fare invece per gli *atti discrezionali*, sui quali ci soffermeremo in seguito, in sede propositiva (*infra*, § 6).

Altra novità della proposta è rappresentata dal meccanismo di controllo preventivo, suggerito per i casi di maggiore complessità, collegato ad una causa di "non punibilità" in favore del pubblico agente che abbia rispettato linee-guida o pareri formalmente resi da un'autorità di controllo su richiesta dello stesso agente.

L'idea viene chiaramente ispirata dalla riforma *Gelli-Bianco* in materia di colpa medica (L. n. 24 dell'8 marzo 2017, che ha introdotto il nuovo art. 590 *sexies* Cp), la cui logica è, in buona sostanza, quella dell'arretramento dell'intervento punitivo realizzato attraverso la valorizzazione di linee-guida e buone pratiche e, quindi, la standardizzazione (pre-definizione) dei processi decisionali ed operativi⁶⁶. In quel contesto si prevede una causa di "atipicità" (limitata dalle Sez. un. *Mariotti*, nel 2018, allontanandosi dalla lettera della riforma, al fine di evitare problemi di incostituzionalità, in caso di colpa per *imperizia grave*, che resta punibile) nel caso in cui il medico *sbagli pur attenendosi* alla prassi o alle indicazioni consolidate⁶⁷.

Tale *ratio* si comprende purché si tratti di *colpa*, cioè fondamentalmente di *errore*, quindi di eventi *non voluti* dall'agente. E la soluzione normativa si spiega se si considera, oltre al regime di (parziale) non punibilità, la previsione di un sistema di certificazione per quelle linee-guida che potranno essere considerate, dai medici e dai giudici, come fonti di eterointegrazione del *dovere di diligenza* (art. 5, co. 1 e co. 3, L. 24/2017). Si tratta di una tutela, predisposta in chiave "difensivista", dell'affidamento nella prassi o nell'indicazione certificata attraverso quel sistema, che si capisce – si condivide o meno – proprio perché il titolo d'imputazione disciplinato (la colpa) non contempla l'ipotesi dell'infrazione volontaria.

La stessa logica viene condotta e applicata al terreno dell'abuso d'ufficio in base ad un evidente – ma, a mio giudizio, fragile e discutibile – parallelismo.

L'inefficienza dei processi decisionali della PA si spiegherebbe in certa misura per il timore di procedimenti penali che immobilizza il pubblico agente ("timore della firma" e "amministrazione difensiva"); si procede pertanto a costruire – o ad incentivare la costruzione di – un analogo sistema di linee-guida e pareri formali idonei a fornire all'agente sicuri ed affidabili parametri di condotta (predefinire dunque il processo decisionale). La violazione non potrebbe essere quindi ascritta (pur sussistendo, in ipotesi) a posteriori dal magistrato,

pertanto, il «collegamento funzionale tra violazione di norme e ingiustizia del risultato espressamente stabilito a livello di descrizione astratta dei fatti punibili servirebbe (...) a rendere penalmente perseguibili le sole violazioni che (...) siano risultate concretamente idonee a strumentalizzare in senso privatistico l'esercizio della funzione».

⁶⁶ Su *standardizzazione, automazione* (Intelligenza Artificiale) e responsabilità penale, cfr. gli avvertimenti espressi in A. Perin, *Standardizzazione, automazione e responsabilità medica. Dalle recenti riforme alla definizione di un modello d'imputazione solidaristico e liberale*, in *rivista.biodiritto.org*, 1.3.2019, spec. 227 ss., rispetto alla colpa medica, con la più ottimistica prospettiva auspicata da F. Coppola, *Abuso d'ufficio*, cit., 23 s., pensando all'abuso d'ufficio.

⁶⁷ Per un esame critico della riforma e dell'interpretazione delle citate Sez. un. *Mariotti* (Cass. S.U. 21.12.2017 – 22.2.2018, n. 8770), da ultimo e per ulteriori riferimenti, A. Perin, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli 2020, 137 ss., 141 ss.

stante l'osservanza dell'indicazione applicativa (parere *ad hoc* o linea guida).

Ma il limite del parallelismo sta e cade proprio qui, avendo riguardo all'atteggiamento psicologico che presumibilmente accomuna il medico e il pubblico agente.

Il titolo di responsabilità e il coefficiente di colpevolezza in base al quale s'imputa l'abuso d'ufficio è ben diverso dall'errore (colposo), eventualmente grave o inescusabile. Dovrebbe trattarsi di un *dolo* persino *intenzionale* rispetto all'evento (vantaggio o danno), affiancato da un altro elemento di colpevolezza concorrente di – però – discussa definizione: (i) un *dolo generico* (per alcuni), o (ii) anche una *colpa iuris* sub-specie di *evitabilità dell'errore* (per altri), rispetto all'elemento *lato sensu* normativo della «violazione di legge o di regolamento» (rispetto alla prima modalità tipica della condotta, come definita prima dell'ultima riforma, alla quale si è riferito fino ad ora il dibattito dottrinale)⁶⁸.

Ecco, quindi, il problema, ed il motivo che ad un tempo consente di capire ma non condividere questo profilo specifico della proposta *Castaldo-Naddeo*. Essa dovrebbe riferirsi ad un'imputazione di abuso d'ufficio sostanzialmente dolosa, dove l'errore non è sufficiente a fondare la colpevolezza, ma presuppone una logica più adatta all'errore *evitabile* (sulla legge-extra-penale, cioè ad una specie di *culpa iuris*)⁶⁹. Svela quindi un'ambiguità di non poco momento.

Chiariremo la questione in seguito, concentrandoci sull'elemento della violazione di legge extra-penale rilevante, e quindi sul rapporto problematico fra i regimi generali di cui all'art. 5 e all'art. 47, co. 3, Cp (*infra*, § 6.3). Ma possiamo anticipare che la soluzione dovrebbe trovarsi, non tanto nell'adozione di un sistema di linee-guida idonee a “schermare” il pubblico agente di fronte al “rischio penale”, quanto nel richiedere, ai fini dell'imputazione per abuso d'ufficio, un serio accertamento circa la *consapevole inosservanza* della regola di legge che disciplina l'esercizio della funzione amministrativa (oltre agli altri requisiti della fattispecie).

Ulteriori aspetti critici, al netto dei pregi – che sottolineeremo anche in seguito –, della proposta di riforma in commento sarebbero i seguenti: (i) la dubbia funzionalità della riscrittura rispetto all'obiettivo di «arginare quegli approcci ermeneutici funzionali all'espansione del penalmente rilevante, i quali costituiscono a tutti gli effetti delle armi di *lotta contro la frammentarietà* del diritto penale incoercibili con strumenti di *drafting* e anzi storicamente accentuati in opposizione al testo di legge, in un clima di creatività interpretativa preoccupante»⁷⁰; (ii) la discutibile idoneità dell'osservanza di tali fonti a far cadere la tipicità del fatto doloso (anche per le ragioni anzidette)⁷¹; (iii) la possibile

⁶⁸ Per riferimenti su entrambe le posizioni dottrinali cennate, *infra*, § 6.3.

⁶⁹ Pur quando si affermi che il rispetto delle linee-guida verrebbe inteso come indizio di assenza del dolo sull'evento: in questo senso, M. Naddeo, *Abuso d'ufficio: tipicità umbratile o legalità crepuscolare del diritto vivente?*, cit., 40: «L'idea sottesa alla integrazione proposta (...) attiene al profilo psicologico dell'illecito, in quanto le modalità di condotta *ivi* descritte escluderebbero la intenzionalità che la norma attualmente richiede ai fini della punibilità dell'abuso. (...) il pubblico agente che in casi *border line* (soprattutto nell'ambito di attività di natura discrezionale) si assumesse l'onere di evidenziare (all'Autorità Regionale di Controllo) le difficoltà ermeneutiche riferibili al caso che si trova a decidere, sollecitando una interpretazione 'superindividuale' cui allinearsi con la condotta successiva, dovrebbe fugare ogni dubbio quantomeno in sede di accertamento del dolo (intenzionale)». Analogamente, ma non senza ambiguità, F. Coppola, *Abuso d'ufficio*, cit., 20 s., il quale, «fermo restando la necessità di approfondire l'esatta sistemazione dogmatica di alcuni elementi della riforma, come le linee-guida», senza dunque escludere altre opzioni, sottolinea l'idoneità del sistema proposto ad «offrire un sicuro riparo sin dalle indagini preliminari dalla contestazione della intenzionalità dell'elemento soggettivo (...)».

⁷⁰ M. Donini, *Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo" di riforma dell'art. 323 c.p.*, cit., 100 s.

⁷¹ M. Donini, *Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo" di riforma dell'art. 323 c.p.*, cit., 101, benché si ammetta che «l'estensione (interpretativo-giurisprudenziale) della violazione di legge a casi di eccesso di potere

sottovalutazione della complessità organizzativa che già caratterizza la PA⁷²; (iv) e, quindi, il dubbio legittimo che «un tale meccanismo, ove preso per sistema generalizzato, possa determinare il contrario rischio di un inciampo della macchina della Pubblica Amministrazione, già afflitta da un eccesso di indicazioni comportamentali»⁷³.

5. Ma, come anticipato, in un'Italia scossa e paralizzata dalla pandemia, interviene la quarta riscrittura, operata dall'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 («Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale»), in vigore dal 17 luglio 2020 ed ora convertito in legge (L. 11 settembre 2020, n. 120).

La riforma dell'art. 323 Cp sostituisce le parole «di norme di legge o di regolamento» con le seguenti: «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

Sulla *ratio legis* non possono esserci dubbi: *bloccare* definitivamente le già ricordate ermeneutiche espansive, in base all'auspicio che ciò possa favorire lo *sblocco* della macchina della PA. Si assume, quindi, che in effetti buona parte dei ritardi e delle inefficienze siano dovute alle iniziative delle Procure consentite dalla precedente scrittura dell'art. 323 Cp; un ostacolo oggi ancor più intollerabile e dannoso, vista la necessità di *ripartire* e di *farlo in fretta*.

Al riguardo, la dottrina ha già espresso vibranti critiche di metodo e di merito⁷⁴.

Nel *merito*, si contesta il «chiaro intento di “neutralizzare”» l'ambito applicativo dell'art. 323 Cp, sottraendo «all'autorità giudiziaria penale il controllo sull'attività discrezionale dell'agente pubblico, così svuotando di fatto la previsione normativa e riducendola ai soli casi marginali e meno importanti», cioè all'ambito dell'attività vincolata⁷⁵. «L'idea di erigere una cinta immunitaria intorno alla discrezionalità amministrativa» rappresenterebbe «una flagrante violazione del principio di uguaglianza»⁷⁶.

Per quanto attiene al *metodo* – cioè con specifico riguardo all'aspetto già evidenziato in sede introduttiva –, si mostra come, «anziché rafforzare il costruito positivizzato all'art. 323 Cp, il legislatore focalizza l'attenzione sul diritto vivente e sulle disfunzioni ermeneutiche che lo caratterizzano, tentando di contenerne il progressivo slabbramento con una rimodulazione *per specificazione*», peraltro, «rivolta esclusivamente al primo livello di un reato a *doppia*

potrebbe essere esclusa, là dove si sia *esercitato il potere per un fine o un movente non consentito (per es. di favoritismo), ma nel rispetto delle linee-guida*».

⁷² V. D'Ascola, *op. cit.*, 105; S. Perongini, *op. cit.*, 21.

⁷³ A. Fiorella, *Riflessioni sulla c.d. amministrazione pubblica difensiva: l'abuso d'ufficio come 'spauracchio'?*, in *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione*, cit., 109, che ritiene «positiva» invece l'idea dei pareri preventivi: «assegnare un ruolo selettivo al parere preventivo, richiesto dall'amministratore che lo consideri dirimente. Se positivo, il parere potrebbe escludere il reato, sotto i diversi profili: oggettivi e/o soggettivi».

⁷⁴ Con diverse sfumature circa la *ragionevolezza* di questa *razionalità legislativa* e la *tecnica* impiegata per attuarla, cfr. G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit.; M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit.; T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., *passim*.

⁷⁵ M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 159; analogamente, M. Donini, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto*, cit., 4. Sul punto, già M. Donini, *Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo" di riforma dell'art. 323 c.p.*, cit., 97 ss.

⁷⁶ «Si tratta, né più né meno, di attribuire all'agente pubblico un potere dispositivo assoluto sottratto al vaglio giudiziale: il sindaco potrebbe, ad es., proclamare orgogliosamente di avere disposto, discrezionalmente, una certa autorizzazione al solo ed esclusivo scopo di favorire un proprio clan elettorale, con la spavalda sicurezza che il cancello dell'immunità non potrà essere infranto»: T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 9.

ingiustizia (...), vale a dire sul *disvalore d'azione*»⁷⁷.

Due gli *errori di metodo*, quindi: (a) riscrivere la fattispecie nell'intento di contrastare *con forza uguale e contraria* la giurisprudenza; (b) concentrandosi, per di più, su di un aspetto parziale della configurazione tipico-oggettiva del reato. In effetti, questa nuova riscrittura coinvolge esclusivamente la prima metà della dimensione *obiettiva* della fattispecie, attinente al *disvalore della condotta*, e solo la sua *prima modalità tipica*.

Seguendo il medesimo ordine già adottato dai primi commentatori, occorre dunque soffermarsi sui *tre "segni rossi"* realizzati sul fatto-tipico.

(1) Primo segno rosso: *non rileverebbero più le norme di condotta contenute nei «regolamenti», ma solo quelle indicare in «leggi o atti aventi forza di legge».*

A questo riguardo, a parte il carattere superfluo del riferimento agli «atti aventi forza di legge», l'irragionevolezza del ritaglio starebbe nel fatto che *proprio nei regolamenti*, «frutto di processi di delegificazione, si rinvencono (...) *regole di condotta espresse e specifiche*, relative alla funzione o al servizio esercitato in una determinata amministrazione pubblica e, pertanto, *più vicine al caso concreto e capaci di orientare e uniformare l'operato degli amministratori*»⁷⁸. Le leggi, invece, sono per definizione generali ed astratte, pertanto in linea di principio inidonee a rispettare l'ulteriore requisito di specificità (*infra*).

Retoricamente, ci si chiede come potrebbe uscirne sufficientemente tutelato il buon andamento della PA qualora si consentisse, come apparentemente si consente, di «violare impunemente, con dolo intenzionale di ingiusto profitto patrimoniale o di danno ingiusto, i regolamenti che le amministrazioni si danno» per regolare precisamente il proprio funzionamento⁷⁹. Ciò potrebbe peraltro costituire un potenziale incentivo perverso, quindi irragionevole in ottica *lato sensu* politico-criminale (cioè di razionalità del mezzo rispetto al fine), potendo portare, a seconda degli scopi e delle prospettive, ad una «ri-legificazione» (per consentire il sindacato penale) o ad una «de-legificazione» (per escluderlo), comunque inopportune o strumentali, della normativa in materia di funzionamento della PA⁸⁰.

(2) Secondo segno rosso: *rileverebbe la sola inosservanza di regole di condotta «specifiche» ed «espressamente previste» dalle indicate fonti primarie.*

La *specificità* della regola dovrebbe escludere definitivamente la rilevanza dell'art. 97 Cost. quale disposizione immediatamente precettiva. Parte della dottrina, già in sede di primo commento, avverte tuttavia non potersi radicalmente escludere che tale valorizzazione possa ancora essere sostenuta, nonostante la riforma, continuando a individuare nell'art. 97 Cost. una *espresa e specifica regola di condotta*⁸¹. Come scritto, infatti, nella richiamata norma costituzionale, «che pure detta principi di natura programmatica», sarebbe comunque

⁷⁷ M. Naddeo, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in www.penedp.it, 10.8.2020.

⁷⁸ G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., § 4.1.

⁷⁹ G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., § 4.1. Questo specifico aspetto della riforma potrebbe tradursi in una «grave deresponsabilizzazione dai contorni addirittura criminogeni», secondo S. Grosso – E. Di Fiorino, *Decreto semplificazioni e modifica del reato di abuso d'ufficio*, in ilsole24ore.com, 21.7.2020.

⁸⁰ Cfr. già M. Donini, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto*, cit., 4.

⁸¹ Cfr. G. Amato, *Abuso d'ufficio: meno azioni punibili, così la nuova riforma "svuota" il reato*, in *GD 2020* (34-35), 30, 32; G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., § 4.2, aveva auspicato che in sede di conversione in legge del decreto un simile obiettivo fosse perseguito dando «rilievo non solo alla fonte delle regole di condotta, ma anche al loro contenuto». Si sarebbe allora dovuto inserire un inciso che desse «rilievo alle regole «attinenti alle funzioni e al servizio esercitato»». Escludono espressamente la rilevanza dell'art. 97 Cost., subito dopo la riforma, S. Grosso – E. Di Fiorino, *op. cit.*; V. Valentini, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, in discrimen.it, 14.9.2020, 10.

individuabile un «residuale significato precettivo (“specifico”) relativo all'imparzialità dell'azione amministrativa e, quindi, un parametro di riferimento per il reato di abuso d'ufficio»: tale parametro si concretizzerebbe, *specificandosi*, nel «divieto di favoritismi» e, quindi, «nell'obbligo per la pubblica amministrazione di trattare tutti i soggetti portatori di interessi tutelabili alla stessa maniera»⁸².

D'altra parte, siccome non mancano e non mancheranno opinioni in senso contrario (anzi, saranno prevedibilmente prevalenti, a maggior ragione in seguito alla riforma in commento), nel senso di ritenere l'art. 97 una disposizione *inidonea a riempire la fattispecie di messaggi precettivi*, continuerebbe a riproporsi l'acceso dibattito circa l'effettiva portata normativa, in sede penale, del riferito canone costituzionale⁸³.

Meno dubbio è che, qualora previste in norme primarie, possa invece attribuirsi rilievo ad altre regole pur oggetto di discussione nel precedente dibattito, quali ad es. quelle sulla competenza o che prevedono pareri – eventualmente vincolanti – in fase di procedimento⁸⁴. Anche su questo torneremo comunque in seguito, poiché è aspetto che si lega inevitabilmente al terzo profilo della riforma.

(3) Terzo segno rosso: *rileverebbero solo regole di condotta «dalle quali non residuino margini di discrezionalità»*.

Data questa modifica, in presenza di *atto discrezionale*, si è osservato, verrebbe comunque meno il fatto tipico⁸⁵. L'abuso d'ufficio non dovrebbe più poter colpire l'eccesso di potere, cioè l'esercizio *finalisticamente deviato ma formalmente regolare* del potere pubblico. Infatti, se la regola di condotta è «priva di discrezionalità non può essere affetta da uno sviamento di potere, essendo quest'ultimo un vizio di legittimità collegato necessariamente all'esercizio di una attività discrezionale»⁸⁶.

A questo riguardo occorre però distinguere ancor più chiaramente *merito* e *metodo* della specifica soluzione in commento.

Benché, *nel merito*, a parere di alcuni, possa vedersi con relativo favore lo scopo di *eliminare lo “sviamento” dalla giurisdizione del giudice penale* (quantomeno quando si tratti di discrezionalità *politica*, non anche quando si tratti di discrezionalità *tecnica* o *amministrativa*)⁸⁷, potrebbe ritenersi criticabile la tecnica legislativa impiegata per realizzarlo. Infatti, la «limitazione degli spazi censori ai soli “atti vincolati”, privi di discrezionalità» finirebbe col «neutralizzare praticamente gli spazi di applicabilità della norma incriminatrice, essendo la stragrande maggioranza degli atti e delle attività dell'amministrazione comunque caratterizzate dalla necessità di una scelta, quanto meno sotto il profilo dell'apprezzamento e della comparazione degli interessi in gioco (...)»⁸⁸.

Ma la modifica potrebbe essere osteggiata, ancora prima, per una questione propriamente di *merito*. In questo senso, si è evidenziato che la «rottura del nesso inscindibile tra sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa e delitto di abuso d'ufficio» determinerebbe una «evidente stortura nella operatività del reato *ex art. 323 c.p.*»,

⁸² G. Amato, *op. cit.*, 32 s.

⁸³ V. *supra*, § 3.3., spec. la dottrina richiamata nelle nt. 49 e 52.

⁸⁴ G. Amato, *op. cit.*, 32. Cfr. *supra*, la dottrina indicata nelle nt. 33 ss.

⁸⁵ T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 10.

⁸⁶ M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 142, 146.

⁸⁷ Particolarmente critico verso l'esclusione financo della discrezionalità tecnica, M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 143.

⁸⁸ «I casi di “atto vincolato” sono praticamente inesistenti e, se vogliamo, proprio la doverosità della determinazione esclude concettualmente il rischio dell'abusività della condotta»: G. Amato, *op. cit.*, 33.

escludendo dal suo campo applicativo proprio «le condotte maggiormente lesive per il bene della imparzialità e del buon andamento dell'attività della P.A.», lasciando invece «all'interno del perimetro dell'incriminazione le ipotesi minori, bagatellari»⁸⁹.

La scelta del legislatore potrebbe inoltre provocare ulteriori incentivi perversi (e, quindi, irragionevoli sul piano politico-criminale), favorendo una ricerca fittizia e strumentale della discrezionalità, proprio per evitare di ricadere nell'orbita dell'art. 323 Cp, eliminando, laddove invece sarebbero opportuno mantenerle, indicazioni criteriologiche (discipline) più specifiche e vincolanti.

Vi è poi, su di un terzo ma parimenti fondamentale livello di riflessione, il profilo della *critica sistematica*, sia intrinseca che estrinseca.

Da un punto di vista *intrinseco* – cioè attinente alla medesima fattispecie di abuso –, si osserva che rispetto alla seconda modalità della condotta tipica, la violazione dell'*obbligo di astensione* «in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti» (erede dell'abrogato art. 324 Cp), non valgono né potrebbe valere i limiti imposti alla prima sottospecie di abuso. Essa continuerebbe quindi ad operare a prescindere dal fatto che si tratti di una violazione di una specifica regola di astensione espressamente previste per legge⁹⁰, quindi rispetto ad «un atto o ad un'attività che, ovviamente, possono essere meramente discrezionali; anzi, *debbono* essere discrezionali, perché, se si trattasse di condotta assolutamente vincolata, l'obbligo risulterebbe privo di senso»⁹¹.

Pertanto, si osserva, qualora «la giurisprudenza si orientasse per una lettura della prima condotta tipica nel senso di ricomprendere in quest'ultima soltanto le violazioni connesse all'attività vincolata della pubblica amministrazione, non è da escludersi che la stessa giurisprudenza potrebbe per altro verso far rientrare, nella seconda condotta tipica relativa alla violazione dell'obbligo di astensione, sia alcuni casi di eccesso di potere nello svolgimento dell'attività discrezionale sia le violazioni di norme di fonte regolamentare»⁹².

⁸⁹ «I casi di abuso più eclatanti e più macroscopici resterebbero sostanzialmente impuniti proprio perché si tratta di casi di abuso collegati all'attività discrezionale»: M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 161; analogamente, M. Naddeo, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi*, cit., per cui si «rischia di escludere dal perimetro dell'art. 323 c.p. proprio l'area dell'attività amministrativa più esposta ai casi di abuso d'ufficio degni di penale rilevanza. Di contro, la miopia dell'operazione di 'alleggerimento' lascerebbe ancora esposta a rischio l'attività del pubblico agente attuata in violazione di regole di condotta puramente formali o procedurali, eppure dotate di un sostrato vincolante positivizzato in una *legge* o in un *atto avente forza di legge*, con conseguenze paradossali». Insomma, così facendo il legislatore riserverebbe ad una «improbabile minutaglia il destino dei sommersi e gli strali della sanzione penale (per giunta piuttosto consistente)» assumendo invece «nell'empireo dei salvati coloro che, detenendo il potere di scegliere discrezionalmente se, come, quando o cosa decidere, sono – secondo la natura delle cose – nella condizione "ontologica" per abusarne, e recare i vantaggi e i danni ingiusti in cui si esprime l'evento lesivo»: T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 9. Per un'indicazione più dettagliata di alcuni casi eventualmente non più sussumibili sotto l'abuso d'ufficio, di nuovo M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 149 s.

⁹⁰ Per tutti, M. Romano, *op. cit.*, 267 s.

⁹¹ Infatti, «(...) sarebbe assurdo che un amministratore dovesse essere tenuto a non rilasciare ad un parente un atto che la legge gli impone di rilasciare a chiunque nelle stesse tassative condizioni, prive (...) di "margini di discrezionalità"»: T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 10 s.

⁹² M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 151; analogamente, G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit.: «Valorizzando quest'ultima locuzione si potrebbe dare rilievo tanto ai regolamenti, quanto alle norme che esprimono principi generali, quanto, soprattutto, alle regole di condotte caratterizzate da più o meno ampi margini di discrezionalità»; T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 12 s. Cfr. però M. Donini, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto*, cit., 4.

Da un punto di vista *estrinseco* – cioè rispetto ad altre fattispecie di reato contro la PA –, si è inoltre posta la questione della riemersione o riespansione dell'*omissione di atti d'ufficio* (art. 328 Cp)⁹³; nonché la rideterminazione dei confini con il *delitto di peculato* (art. 314 Cp); e, in particolare, con alcune forme di c.d. *peculato per distrazione*. Queste, dopo la riforma del 1990, erano state in parte – anche qualora si trattasse di un uso indebito del bene, ma senza perdita e conseguente lesione patrimoniale a danno dell'ente, secondo alcuni; o solo qualora si trattasse di finalità perseguita diversa da quella prescritta, ma comunque riconducibile alle finalità della pubblica amministrazione, secondo altri – ricondotte all'abuso d'ufficio⁹⁴. Ora, specie nel primo caso, «se prevarrà l'interpretazione meramente letterale della disposizione suffragata dall'intenzione del legislatore-Governo, potrebbero trovare spazio – per il futuro (...) – nuovamente nell'art. 314 c.p. sotto però l'autonoma ipotesi meno grave di peculato d'uso»⁹⁵.

6.1. Il legislatore ha riscritto più volte la fattispecie cercando di restringerne le maglie e l'ambito applicativo, ma la giurisprudenza si è dimostrata comunque capace – lo si prevede anche a seguito dell'ultima riscrittura dell'art. 323 Cp – di reagire sfruttando l'irriducibile ambiguità semantica degli elementi *lato sensu* normativi della fattispecie obiettiva.

Come abbiamo visto, la tesi secondo cui la *violazione di specifiche regole di condotta, previste in norme di legge, dalle quali non residuino margini di discrezionalità* potrebbe riferirsi anche all'art. 97 Cost. è già stata ribadita⁹⁶. Tanto basterebbe a dar ragione a chi, dall'opposto versante della discussione, sostiene oramai l'opportunità di abrogare questa figura di reato. Il problema non sarebbe la fattispecie in sé e per sé (la disposizione), quanto l'interpretazione che ne viene data (la norma) svalutandone i requisiti di tipicità, dal punto di vista oggettivo (la violazione di legge), ma anche talvolta da quello soggettivo (l'intenzionalità che qualifica il dolo sull'evento alternativo di danno o vantaggio e, come vedremo, la consapevolezza della violazione di legge).

Legiferare *contro* la giurisprudenza, è stato scritto più volte, non porta lontano⁹⁷. Inoltre, continuando in questo modo, ai vecchi problemi ne se aggiungono altri, fra i quali quelli legati alle complesse questioni di diritto intertemporale che potranno porsi (cenni *infra*). Oltretutto – giusto puntualizzarlo –, «non sarebbe un atto di onestà intellettuale quello del legislatore che scrive una norma penale incriminatrice affinché non sia applicabile»⁹⁸. D'altra parte, una “spallata” definitiva all'abuso d'ufficio lascerebbe scoperte forme di prevaricazione non tutelabili per via amministrativa.

⁹³ Cfr. sul punto M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 152 s.; T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 8 s.

⁹⁴ Mentre le altre ipotesi di distrazione, qualora logicamente riconducibili all'appropriazione, resterebbero comprese nel peculato; in ipotesi di diversa destinazione, ma comunque compatibile con le finalità dell'ente, il fatto diverrebbe invece irrilevante. Cfr., sui diversi orientamenti, G. Fornasari, *Peculato*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. Bondi, A. di Martino e G. Fornasari, Torino 2008, 119 s.; A. di Martino, *op. cit.*, 261. Sui confini fra abuso d'ufficio (previgente) e peculato (d'uso), in giurisprudenza, v. ad es. Cass. 30.5.2016, n. 22800, commentata da S. Corbetta, *Utilizzo del fax dell'ufficio per fini personali: peculato o abuso d'ufficio?*, in *DPP* 2016 (8), 1047 ss.; P. Pisa, *Trasmissione indebita di fax tra peculato d'uso, abuso di ufficio e irrilevanza penale del fatto*, in *DPP* 2017 (2), 221 ss.

⁹⁵ M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 153 s., facendo poi riferimento al caso indicato nella nt. precedente.

⁹⁶ *Supra*, nt. 81 s.

⁹⁷ Si veda ancora S. Seminara, *op. cit.*, 1251 s.

⁹⁸ S. Perongini, *op. cit.*, 20.

Si tratterebbe allora, piuttosto, di meglio identificare il *quid pluris* che giustifica la sussidiarietà penale.

Questo scenario ed il relativo dibattito, come anticipato in introduzione, riflettono anche la compresenza di diverse *culture della legalità penale*: da una parte, una sensibilità *genuinamente liberale* e quindi – tuttavia – *positivistica*, secondo cui la concreta definizione degli elementi della fattispecie penale da parte della giurisprudenza costituirebbe «una grave distorsione», uscendone «completamente alterato il rapporto fra funzione legislativa e funzione giurisdizionale»⁹⁹; dall'altra, una cultura “realista” che assume l'espressione del diritto per mezzo del formante giurisprudenziale (il «diritto penale giurisprudenziale») come un dato fisiologico con cui, entro certi limiti, è necessario fare i conti; entrambi i formanti, quello legislativo e quello giurisprudenziale, partecipano al processo di “co-produzione” della “norma” penale, nel senso che, come scrive *Donini*, la «norma giudiziale» è inevitabilmente «il contenuto interpretato della disposizione», cioè «il risultato dell'interpretazione» che «trova applicazione in concreto, effetto dell'operazione che tra le diverse letture delle parole della legge ne sceglie una (...)»¹⁰⁰.

D'altro canto, è considerazione frequente – e trasversale – in dottrina quella secondo cui non si può dire che la fattispecie scritta dalla riforma del 1997 soffrisse di un *deficit* intollerabile di precisione/determinatezza¹⁰¹. Sarebbe invece, appunto, l'interpretazione «seguita in certe impostazioni della magistratura inquirente» ad averne «dilatato i confini, specie in sede di contestazione»¹⁰². Non così spregiudicata, come visto in introduzione, sarebbe invece l'interpretazione data alla fattispecie, almeno generalmente, dalla magistratura che svolge la funzione giudicante.

Pertanto, parte del problema dato dall'eccessiva “pressione” investigativa e giudiziaria sul pubblico funzionario “in buona fede” potrebbe risolversi, non tanto o non soltanto sul piano della riscrittura della fattispecie, quanto su quello degli *strumenti ermeneutici e applicativi* rimessi al *prudente* utilizzo del giudicante; strumenti che varrebbero a rendere ancora più determinata e prevedibile la norma (più che ad evitare il necessario espletamento delle indagini).

In altre parole: piuttosto che insistere sulla strada della *mera riscrittura* della fattispecie, ci si potrebbe continuare ad adoperare per indicare ragioni credibili (altrimenti

⁹⁹ In questo contesto argomentativo, S. Perongini, *op. cit.*, 20.

¹⁰⁰ M. Donini, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto*, cit., 7 ss., da ultimo e per altri riferimenti al medesimo aspetto svolto già in altre occasioni dallo stesso autore. Per quanto concerne invece il concetto di “co-produzione”, nel testo ne faccio un *uso analogico e suggestivo*, riferendomi precisamente alla cooperazione diacronica legge-interprete che porta come risultato l'elaborazione della “norma”. In senso stretto, invece, il concetto di “co-produzione” si riferisce alle «dinamiche semantiche e sintattiche che hanno origine dal mescolarsi di concetti scientifici e giuridici» e che portano alla concreta definizione della norma giuridica: sia consentito di nuovo il rinvio ad A. Perin, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, cit., 207 s., 224, 350 ss., ed *ivi* i riferimenti alla dottrina.

¹⁰¹ V. la dottrina cit., *supra*, nt. 23.

¹⁰² Il problema riguarderebbe «l'atteggiamento culturale di molti p.m., che spesso contestano l'abuso d'ufficio sulla base di un mero riscontro di una violazione di legge o di regolamento (...), senza verificare con la dovuta attenzione (...) la sussistenza degli ulteriori elementi – come il peculiare elemento psicologico doloso – che danno sostanza penalistica alla speciale illiceità della condotta»: V. Manes, come riportato in www.ilfoglio.it (cit. *supra* in nt. 3). Sulla necessaria considerazione, da parte delle Procure, di criteri di controllo volti ad evitare iscrizioni *ab initio* innecessarie, e in particolare sulla prospettiva di fissare obblighi più stringenti per i P.M., F. Pinelli, *Riflessioni sul reato dell'abuso d'ufficio*, in *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione*, cit., 129, 133. Cfr. le osservazioni di M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 137.

oppugnabili, se riversate nella motivazione giudiziale) per l'una o per l'altra interpretazione della disposizione. Talune puntuali soluzioni potranno poi tradursi in elementi di tipicità per via legislativa, ma solo una volta che, anche da parte del formante giurisprudenziale (nella sua massima espressione, la Cassazione), se ne comprendano e condividano le ragioni sostanziali di fondo.

6.2. Il primo problema che dobbiamo porci sul piano interpretativo – considerando non solo il dibattito sorto all'indomani della riscrittura del 1997, ma ora anche il testo vigente e le prime impressioni della dottrina – concerne i limiti del sindacato del giudice penale rispetto all'esercizio discrezionale della funzione amministrativa.

Questa riflessione potrebbe ormai apparire fuori luogo stante la riduzione *testuale* dello “scopo di protezione” dell'attuale art. 323 Cp alle sole regole di legge «dalle quali non residuino margini di discrezionalità». Tuttavia, oggettivamente, cioè alla luce della letteratura anteriore ed anche dei primi commenti all'ultima riforma, come già cennato, non è da escludersi che si possa continuare a trovare nell'art. 97 Cost. una norma immediatamente precettiva in quanto idonea ad indicare uno “specifico” *dovere di imparzialità* (non residuerebbe cioè “discrezionalità”, com'è stato sostenuto, nel dover essere imparziali nell'esercizio delle pubbliche funzioni). Inoltre, l'esclusione *tout court* del sindacato sugli atti discrezionali potrebbe portare ad ulteriori, future questioni di costituzionalità per violazione dei principi di uguaglianza e ragionevolezza, imparzialità e buon andamento della PA¹⁰³.

Nondimeno, in seguito all'ultima riscrittura, lo scenario non può certo dirsi immutato. La storia della fattispecie ci mostra come ad una spinta molto forte del legislatore in una certa direzione possa rispondere una forza uguale (o maggiore) e contraria della giurisprudenza. Pertanto, invece di sancire la fuoriuscita definitiva del sindacato del giudice penale sugli atti discrezionali della PA, dobbiamo (continuare a) riflettere su quali potrebbero essere utili criteri orientativi idonei ad impedire *eccessi di creatività* nel giudizio sul corretto svolgimento delle funzioni pubbliche e a garantire una *definizione ragionevole* della portata normativa della fattispecie.

Possiamo anzitutto riconoscere che non è sempre agevole tracciare una linea di demarcazione netta fra esercizio *vincolato* ed esercizio *discrezionale* della funzione amministrativa.

Discrezionalità esiste, in senso proprio, quando chi *decide* lo fa *scegliendo* fra un *ventaglio di opzioni possibili* oppure adottando una *decisione qualsiasi* all'interno di uno *spazio libero* ma *circoscritto*, segnato da un *perimetro* oltre il quale la decisione sarebbe illegittima.

¹⁰³ Cfr. infatti G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., che, dopo essersi chiesto se «ha senso escludere l'abuso d'ufficio in caso di violazione» delle regole che disciplinano l'attività amministrativa «realizzata con l'intento di perseguire un ingiusto vantaggio patrimoniale o di recare un danno ingiusto», osserva come tale esito «non sia ragionevole, in chiave di prevenzione e repressione delle offese ai beni, di rango costituzionale, del buon andamento e dell'imparzialità» (corsivo aggiunto). In senso analogo, già A. Pagliaro, *op. cit.*, 110, quando rispetto alla riscrittura del 1997 osserva che «se interpretiamo l'art. 323 c.p. come se escludesse l'eccesso di potere dai propri presupposti di applicazione, ne deriva una disciplina del tutto *priva di razionalità*. Sarebbero penalmente perseguite soltanto le condotte illecite macroscopiche ed appariscenti, di fronte a cui il cittadino può tutelarsi facilmente con ricorso al giudice civile od amministrativo, e sarebbe assicurata invece l'impunità alle condotte più subdole, e quegli atti illeciti posti in essere con maneggi, per interposta persona, con scambi di favori e favoritismi, a tutte le manifestazioni più squallide del potere. Inoltre, *sarebbero violati i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, posto che la norma consentirebbe (...) quei medesimi maneggi e favoritismi» (corsivo aggiunto).

La scelta discrezionale, orientata dall'orizzonte teleologico dell'interesse pubblico, non è quindi una scelta arbitraria: vuoi per la presenza di *criteri e regole di disciplina*, più o meno aperte, più o meno elastiche, e quindi idonee a concretizzarsi per mezzo dell'assimilazione di regole d'esperienza apprese da chi svolge la funzione; vuoi per la possibilità di tracciare quel *perimetro*, in maniera più o meno netta o rigida. E la *discrezionalità amministrativa*, come efficacemente ricordato in sede di primo commento alla quarta riscrittura, è «pervasiva e multiforme», poiché può assumere le sembianze di tre specie di discrezionalità: *amministrativa* (in senso proprio), *tecnica* e *politica*.

Escludendo dall'ambito e dall'oggetto del sindacato del giudice penale la vera e propria discrezionalità politica¹⁰⁴, il problema riguarderebbe la discrezionalità *amministrativa* in senso proprio, che, pur basandosi su tali criteri e parametri di esercizio, implica una scelta basata sulla «comparazione tra l'interesse pubblico primario e gli interessi secondari»; e quella *tecnica*, che si risolve in una «valutazione di fatti alla stregua di canoni scientifici e tecnici», implicando parimenti un residuale profilo di «giudizio», cioè una deliberazione non del tutto vincolata, ma slegata dalla logica del bilanciamento di interessi¹⁰⁵.

Alla luce di queste premesse di ordine generale, la tesi interpretativa che andremo a considerare è la seguente: la constatazione dell'esistenza di parametri legali e norme idonee a disciplinare discrezionalità tecnica e propriamente amministrativa consente di legittimare il sindacato del giudice penale sulle scelte inerenti a tali ambiti; nonché il mantenimento, altrimenti vano, della figura dell'abuso d'ufficio¹⁰⁶. Tali parametri e discipline possono infatti permettere di tracciare *limiti interni* e *perimetri esterni* entro i quali *qualunque atto o decisione* è legittima espressione del potere discrezionale (non quindi necessariamente *un comportamento legittimo*, ma una classe o categoria più o meno definita di *opzioni possibili*).

Pertanto: l'irrelevanza, sancita dall'attuale redazione dell'art. 323 Cp, delle *regole dalle quali residuino margini di discrezionalità* non determina l'esclusione *tout court* degli *atti discrezionali* dall'ambito applicativo dell'abuso d'ufficio. Infatti, anche la funzione amministrativa preordinata all'adozione di *atti discrezionali* può essere disciplinata da *regole "rigide"* e quindi, a rigore, non escluse dalla lettera della disposizione vigente (che non si riferisce agli atti discrezionali, ma, appunto, a regole).

L'operazione interpretativa fondamentale consiste nel tracciare il confine fra, da un lato, lo spazio riservato al momento valutativo che distingue la discrezionalità dall'atto vincolato (cioè il merito amministrativo "intangibile"); e, dall'altro, le regole sulle quali è possibile eventualmente cogliere il dato della "violazione di legge" richiesto dall'art. 323 Cp, e quindi sanzionabile dal giudice penale, proprio perché non attinenti al nucleo della discrezionalità in senso stretto.

Vediamo alcuni esempi paradigmatici – pur senza pretesa di esaustività, data l'estrema eterogeneità dei casi riconducibili all'abuso d'ufficio –, allo scopo di concretizzare la nostra riflessione e cercare di definire l'attuale dimensione obiettiva della fattispecie.

Caso 1. Si pensi all'ipotesi della commissione giudicatrice che svolga una valutazione comparativa dei candidati violando la regola che stabilisce l'obbligo di considerare, per ciascun candidato, i medesimi titoli. Supponiamo che alla commissione spetti stabilire quali

¹⁰⁴ Che ha «carattere assoluto e riguarda il merito delle scelte di indirizzo»: G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit.

¹⁰⁵ Cfr. M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 143; G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit.

¹⁰⁶ Da ultimo, M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 158-161. Già lo stesso M. Gambardella, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 21 ss.; cfr. A. Merli, *op. cit.*, 89 ss., 260 ss.

titoli selezionare e valutare, ai fini della selezione comparativa, entro un elenco più ampio fissato dall'atto avente forza di legge che stabilisce il bando di concorso e le prerogative della commissione giudicatrice; una volta deciso quali titoli varranno ai fini della valutazione, essi dovranno – in virtù di tale regola di esercizio – essere considerati per l'assegnazione del punteggio di tutti i candidati.

La *violazione di legge*, nonostante l'esercizio di un potere *complessivamente discrezionale*, può essere colta *oggettivamente* dal giudice nella specifica inosservanza di quella disciplina di esercizio. Se tale modalità non viene rispettata, perché, ad es., il medesimo titolo viene considerato favorevolmente per chi poi risulta vincitore, ma non viene invece valutato per calcolare il punteggio di un altro candidato, poi escluso dalla graduatoria, i membri della commissione “eccedono” le loro prerogative: non in virtù di uno sviamento puramente psicologico – supponiamo, comunque accertato – sotteso ad una scelta comunque appartenente al novero delle scelte discrezionali legittime (spazio libero e di merito), ma in ragione della *violazione oggettiva – non discutibile – dei limiti di esercizio*, e quindi di una scelta *oggettivamente, puntualmente irregolare*.

Pur trattandosi di un atto complessivamente discrezionale, il sindacato del giudice penale si regge sulla possibilità, consentita dalle regole che ne disciplinano l'esercizio, di porre dei “paletti” e di tracciare idealmente un perimetro di scelte discrezionali legittime, entro quegli stessi paletti. Il punto di equilibrio fra astensione del giudice e sovrapposizione illegittima al merito amministrativo, quindi, si coglie nella possibilità di accedere a quel *perimetro di scelte legittime* (cioè “possibili” in base ai parametri e alle discipline di riferimento), *non* per indicare a posteriori *la migliore* (ciò che costituirebbe un'intromissione nel cuore del *merito amministrativo*), quanto piuttosto per accertare che *la decisione presa e giudicata non vi rientra* (nel nostro esempio, supera i margini della discrezionalità legittima la graduatoria stilata violando la regola che impone di valutare gli stessi titoli per tutti i candidati).

L'atto è discrezionale, nonostante la regola violata investa un *modus operandi vincolato* che, infatti, non attiene al “merito” delle scelte, cioè del residuale profilo di “giudizio”. *Non residuano margini di discrezionalità* – per ripetere la formula del legislatore contemporaneo – nella regola modale che impone la valutazione degli stessi titoli per tutti i candidati. La violazione di tale regola, se posta da un atto avente forza di legge, resta dunque rilevante.

Giova inoltre ricordare che il sindacato sull'atto o provvedimento adottato, avendo accesso a quel perimetro di scelte possibili e comunque legittime, non avverrebbe “alla cieca”, ma rispetto ad un determinato risultato – danno o vantaggio patrimoniale – che la fattispecie di abuso vuole *intrinsecamente ingiusto*. La c.d. “doppia ingiustizia” richiederebbe sempre una duplice, autonoma e distinta valutazione in ordine alla illegittimità della condotta e all'ingiustizia del danno, non potendosi di regola far discendere l'ingiustizia del secondo dall'illegittimità della condotta, né viceversa¹⁰⁷.

Il requisito in parola, nonostante pronunce non del tutto conformi¹⁰⁸, viene

¹⁰⁷ In dottrina, M. Romano, *op. cit.*, 270 ss., 274; A. Segreto - G. De Luca, *op. cit.*, 534 s. In senso difforme, S. Seminara, *op. cit.*, 1258 ss.; G. Di Vetta, *op. cit.*, 415; F. Coppola, *La persistente ambiguità dell'abuso d'ufficio*, cit., 35 ss.; M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 141.

¹⁰⁸ Ad es., Cass. 4.11.2015, n. 48913, in cui si è «ritenuto responsabile di abuso d'ufficio il Direttore della ASL che aveva affidato, in violazione dell'obbligo di astensione, un incarico alla propria moglie nell'amministrazione, anche se il compenso era in linea con quanto imposto dai criteri regolamentari» (caso e giudizio così sintetizzati da F. Coppola, *La persistente ambiguità dell'abuso d'ufficio*, cit., 43).

sostanzialmente rispettato dalla giurisprudenza¹⁰⁹. Tuttavia, come pure è stato puntualizzato, mentre rispetto alle *attività vincolate* è quasi inevitabile derivare l'ingiustizia del danno da quella dell'atto (l'atto vincolato illegittimo renderebbe di per sé ingiusto il risultato)¹¹⁰, rispetto a quelle *discrezionali* può avvenire il contrario: cioè *dedurre il disvalore della condotta dall'ingiustizia del danno*. In altri termini: si stabilisce – ciò che non dovrebbe ora più avvenire, vigente l'attuale formulazione dell'art. 323 Cp – che la scelta compiuta, pur *appartenente al novero delle scelte possibili* all'interno di quel perimetro tracciato dai parametri di esercizio, è illegittima *in virtù dell'ingiustizia intrinseca del danno*. Problema che si aggrava quando l'ingiustizia del risultato si giustifica, a propria volta, in base al parametro costituzionale di imparzialità (art. 97 Cost.)¹¹¹.

Il giudizio da evitare è quindi quello che consiste nel *dedurre il disvalore della condotta in base ad un disvalore dell'evento*. Invece – questo è un punto centrale –, l'ingiustizia dell'evento dovrebbe richiedere comunque «la verifica della effettiva incidenza della violazione sul processo di determinazione dell'interesse pubblico concreto»¹¹².

Pertanto, anche qualora si tratti di atto discrezionale, il giudizio sulla violazione ex art. 323 Cp potrebbe sostenersi in base all'individuazione dei limiti interni ed esterni, in sé stessi vincolanti (e quindi idealmente immuni alla sforbiciata dell'ultimo legislatore). L'imputazione dell'abuso d'ufficio si reggerebbe, quindi, *non sindacando l'opportunità della scelta*, ma la sua *fuoriuscita dal novero di tutte quelle possibili* in base alle regole di disciplina (previste dalla legge, stante l'attuale redazione dell'art. 323 Cp).

Altrimenti, qualora la scelta amministrativa si collochi all'interno del novero di quelle possibili, perché non viola alcuna regola specifica di esercizio e non ne travalica i confini, lo “sviamento”, pur in ipotesi deducibile da un dolo accertato e attinente ad un evento in sé ingiusto, è penalmente irrilevante; ora per decisione esplicita del legislatore. Si pensi al seguente esempio.

Caso 2. La commissione giudicatrice ammette un candidato, che poi risulta vincitore, che non presenta tutti i necessari requisiti per concorrere; la commissione applica però correttamente le regole modali che disciplinano la fase della valutazione comparativa. L'intenzione di favorire il candidato vincitore non si “esprime” mediante l'inosservanza di una regola “rigida”, che avviene per errore, ma *nello spazio definito dal merito della scelta* – ad es., il giudizio comparativo circa la qualità o il valore intrinseco dei titoli presentati ed il relativo punteggio –, cioè alla *discrezionalità in senso stretto*. In questo caso, qualora l'ingiustizia del danno – l'esclusione di altro candidato, in possesso dei titoli necessari – *non sia dovuta all'esercizio del potere discrezionale* (ad es., perché, come detto, la violazione di legge è inconsapevole e concerne la considerazione dei requisiti di ammissione del candidato, non invece la valutazione *discrezionale* dei titoli) non si avrebbe abuso d'ufficio (nemmeno in base alla scrittura del 1997). Infatti, non sarebbe individuabile una violazione di legge consapevole

¹⁰⁹ Ad es., Cass. 13.5.2014 – 25.8.2014, n. 36125: «è necessario verificare se l'evento di vantaggio o di danno sia ingiusto in sé e non soltanto come riflesso della violazione di norme da parte del pubblico ufficiale»; analogamente, Cass. 11.12.2009, n. 2754.

¹¹⁰ Il principio della “doppia ingiustizia” viene rispettato anche qualora sia inevitabile fare riferimento alla stessa norma violata: a questo riguardo, anche per altri riferimenti, A. di Martino, *op. cit.*, 266, il quale osserva che «si potrà ricorrere *alle stesse norme che disciplinano l'attività di volta in volta in considerazione, senza che ciò rappresenti necessariamente una duplicazione, posto che, se “applicate all'evento”, muta la prospettiva di valutazione*» (corsivo originale).

¹¹¹ Cfr., sul punto, la critica di S. Seminara, *op. cit.*, 1259.

¹¹² M. Naddeo, *Abuso d'ufficio: tipicità umbratile o legalità crepuscolare del diritto vivente?*, cit., 39.

(*infra*, § 6.3) in rapporto di “causalità normativa” con l'evento, cioè l'elemento di tipicità opportunamente inserito nella proposta *Castaldo-Naddeo* (*supra*, § 4). In altri termini: la violazione, pur accertata, non sarebbe rilevante; e nessun'altra violazione potrebbe essere scovata o dedotta a posteriori scrutando all'interno delle maglie della discrezionalità valutativa.

La richiesta di quel nesso potrebbe dunque servire a “disciplinare” ulteriormente il sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa, evitando eccessi punitivi o raggiri della “doppia ingiustizia”. Concretamente: consentirebbe di evitare che il giudice possa dedurre l'ingiustizia della condotta (come “sviamento” del potere discrezionale, all'interno dello spazio riservato al merito insindacabile della scelta) in base all'ingiustizia del risultato (il danno sofferto dal candidato concorrente in possesso dei titoli).

Il criterio selettivo dello “scopo di protezione” della norma tende a non funzionare correttamente – non essendo in grado di esprimere una reale o significativa virtualità selettiva degli eventi ascrivibili alla condotta – proprio quando il disvalore della condotta non è definibile *ex ante* con sufficiente precisione, cioè quando non si individui una regola violata con uno scopo di protezione più o meno definibile.

In materia di reati colposi, dove più spesso si coglie questo delicato punto dogmatico, l'esperienza mostra che quando l'ambito di protezione della norma rimane “aperto”, sostanzialmente indeterminato, esso è in grado di accogliere svariate classi di eventi, e si risolve per questo nel ritorno alla *culpa in re ipsa* (per il fatto stesso di aver cagionato o non evitato l'evento) e, quindi, nella necessità di esasperare l'elaborazione e applicazione di criteri ascrittivi o interruttivi (dell'imputazione oggettiva dell'evento) *ex post*, tuttavia, essi stessi non sempre in grado di svolgere la funzione selettiva per cui sarebbero chiamati ad intervenire nel giudizio d'imputazione¹¹³. Quando si tratti di reati dolosi, specialmente se a forma vincolata, il discorso può valere in termini analoghi. Nel caso dell'abuso d'ufficio, infatti, la norma incriminatrice «esige un rapporto *eziologico*, e dunque, *prima ancora, di rischio*, che è *particolare*. Non un danno e un'intenzione di produrlo *accanto a* una violazione di legge (...), ma anche un'obiettivo “ingiustizia” del danno stesso che materializza l'orientamento lesivo della condotta illecita»¹¹⁴. La condotta illecita, in violazione di legge, deve quindi esprimere tale orientamento lesivo, oggettivamente, indicando uno spettro di rischio (che poi dovrà concretizzarsi nel risultato).

Per questa ragione, il “nesso di rischio” svolgerebbe la funzione di obbligare l'interprete a identificare con precisione la regola violata, sia essa una disciplina dell'atto vincolato, o un limite all'esercizio di un potere discrezionale. Si eviterebbe così il pericolo di cadere in una sorta di doppia e vicendevole deduzione giudiziale, *dall'evento alla condotta e viceversa*, vanificando così del tutto la portata selettiva della fattispecie obiettiva (resterebbero solo le cattive intenzioni...).

Insomma, lo si ripete: qualora la condotta del pubblico agente resti all'interno delle possibili opzioni che la disciplina attributiva del potere discrezionale gli consentiva, non potrà sanzionarsi lo sviamento di potere (eccesso di potere *intrinseco*: Caso 2); a tal fine sarà invece

¹¹³ Sui rischi e gli effetti indesiderabili dovuti allo sbilanciamento in favore dell'imputazione dell'evento *ex post*, a discapito della valutazione della liceità o illiceità della condotta secondo giudizi *ex ante*, generalmente prodotto dell'influenza «imperialista» della cultura dell'imputazione oggettiva dell'evento o della causalità giuridica, anche per ulteriori riferimenti, A. Perin, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, cit., 302 ss., spec. 312-314 (nt. 231 e 233), 402 s.

¹¹⁴ M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 127 ss., spec. 136 ss., poi in generale, sull'applicabilità della sistematica in parola ai reati dolosi.

necessario che la condotta fuoriesca chiaramente dal perimetro o che travalichi i limiti interni delle scelte rese possibili dalla disciplina di esercizio (eccesso di potere *estrinseco*: Caso 1)¹¹⁵.

Quindi: il sindacato giudiziale sull'eccesso di potere sarebbe illegittimo quando basato sulla pretesa di desumere il disvalore della condotta richiesto dalla fattispecie (allegando ad es. la violazione del parametro di "buon andamento e imparzialità") da una – sia pur dimostrata – intenzione antiggiuridica, ancorché si riscontri un evento autonomamente ingiusto. Tali forme di "sviamento", benché possano svelare una odiosa strumentalizzazione della funzione pubblica, non dovrebbe poter assumere rilevanza penale.

Invece, *atti discrezionali* disciplinati da regole di legge che *non siano regole di esercizio che implicino margini di discrezionalità* resterebbero comunque compresi nel raggio d'azione dell'art. 323 Cp. Come detto, la persistente rilevanza dell'abuso d'ufficio in questi casi risiederebbe nei profili di vincolatività che possono caratterizzare l'atto amministrativo disciplinato da parametri di esercizio, i quali non investono, ma "circo-scrivono", il cuore del merito amministrativo¹¹⁶. L'interesse del giudice riguarderebbe quindi soltanto il momento "disciplinato", i cui margini di legittimità siano predeterminabili (non discrezionali in senso stretto), dell'atto pur discrezionale.

Questo limite di tipicità, con riguardo agli atti discrezionali, è probabilmente il profilo di maggior rilevanza, anche in ottica di diritto intertemporale. Qualora l'interpretazione proposta sia ritenuta accettabile, ciò consentirebbe di tracciare un confine – più nitido e prevedibile di quanto non fosse possibile fare in precedenza – fra fatti tipici e fatti che, ancorché parte della giurisprudenza precedente li considerasse rilevanti, dovrebbe ora fuoriuscire dallo spettro applicativo della disposizione, stante la parziale *abolitio criminis* operata dalla riforma, con conseguente applicabilità dell'art. 2, co. 2, Cp, e dell'art. 673 Cpp¹¹⁷.

Pochi dubbi dovrebbero porsi quando si tratti di violazione di regolamenti o di "discipline" comunque non riconducibili agli atti aventi forza di legge. E si tratta, per le ragioni già evidenziate in letteratura, di un aspetto censurabile della riforma (*supra*, § 5); anche se non va disconosciuto il problema interpretativo legato alla nozione di "regolamento" e alla espansione "verso il basso" della fattispecie (*supra*, § 3.2). A ciò si riferisce l'esempio che segue.

¹¹⁵ Soluzione sostenuta, tra gli altri, da N. Pisani, *op. cit.*, 264; S. Massi, *op. cit.*, 5 ss., 20. Cfr., vigente l'abuso "innominato", le riflessioni di L. Stortoni, *L'abuso di potere nel diritto penale*, cit., 220 ss.

¹¹⁶ Soluzione – a mio giudizio opportuna, oltre che coerente con l'attuale formulazione dell'art. 323 Cp – paventata invece non troppo favorevolmente da V. Valentini, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, cit., 11 s.

¹¹⁷ In questo senso, in sede di primo commento, G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., § 5; M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 154 ss., per il quale, qualora prevalga un'interpretazione restrittiva nel senso di ritenere davvero ridotta la portata applicativa dell'art. 323 Cp (scenario che l'autore mette però in dubbio, a cominciare dalla possibile perdurante rilevanza prescrittiva dell'art. 97 Cost., invece esclusa dall'interpretazione proposta in questo studio), si porranno inevitabilmente difficoltà di accertamento e discernimento. Sui criteri che consentono di stabilire l'applicabilità del regime di cui all'art. 2, co. 2, Cp, specie in relazione al «rapporto di contenenza» tra nuova e vecchia fattispecie, tale per cui possa instaurarsi una «relazione di genere a specie» tra di esse, per tutti, G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2019, 101 s. Tale requisito di verificherebbe, anzitutto, quando «la fattispecie successiva sia pienamente contenuta nella precedente». In questo caso, la riforma dell'art. 323 Cp avrebbe in effetti stabilito una fattispecie di abuso d'ufficio idealmente "contenuta" in quella previgente, in virtù del "ritaglio" e dell'esclusione delle violazioni delle discipline dell'attività amministrativa non stabilite da atti aventi forza di legge e comunque, anche se previste da leggi, non «specifiche» e «dalle quali residuino margini di discrezionalità». Quanto detto vale però qualora, come invece già ipotizzato (*supra*, § 5) e come annotato da G.L. Gatta, *ivi*, taluni fatti relativi ad atti discrezionali esclusi dalla prima parte del 323 Cp non vengano ritenuti riconducibili alla seconda modalità tipica di abuso (per omessa astensione).

Caso 3. Si pensi al fatto, ora chiaramente escluso dalla portata applicativa dell'art. 323 Cp, commesso nell'assegnazione di procedimenti fallimentari in violazione dei criteri di distribuzione automatica degli affari e delle prassi interne ad un ufficio giudiziario, da cui fosse derivato un vantaggio nell'aver garantito ai soggetti interessati ad una procedura fallimentare, tramite la nomina di un giudice delegato "di comodo", spazi di gestione della procedura consoni all'interesse della debitrice fallita¹¹⁸.

Quando invece si ipotizzi una violazione di legge, l'esclusione dalla portata applicativa dell'art. 323 Cp riguarda i fatti caratterizzati da "sviamento" di potere. I casi espunti dall'incriminazione sarebbero quelli in cui, trattandosi di un atto discrezionale, l'agente si sia comunque mosso all'interno dell'area della discrezionalità legittima, data l'impossibilità di indicare una *specifica regola di disciplina violata*, e non essendo più sostenibile far leva sull'inosservanza dell'art. 97 Cost. rispetto allo spazio riservato al merito amministrativo.

Caso 4. Un esempio indicativo in questo senso è offerto dal cd. "caso termovalorizzatore", giunto in sede di legittimità e risolto con la conferma dell'assoluzione dell'imputato¹¹⁹. La Cassazione, confermando la sentenza di appello, afferma che il fatto non sussiste in virtù dell'esclusione della "doppia ingiustizia", pertanto, l'ipotetica violazione di legge e il profilo dell'ingiusto vantaggio patrimoniale. Questa vicenda mostra, come già sottolineato in precedenza, che il disvalore del fatto in atto discrezionale, qualora non sia rilevabile una specifica violazione di esercizio, non è facilmente sostenibile se non *per deduzione dal disvalore di evento*. Una volta escluso quest'ultimo (proprio in mancanza di qualsivoglia violazione di legge), il quadro accusatorio si riduce a ipotesi di "sviamento" di potere (in questo caso, nomina del *project manager* a scopo di favoritismo) configurabile soltanto sindacando il merito amministrativo (cioè imputando, in questa vicenda, l'intenzione – non dimostrata, né oggettivamente, per assenza di evento tipico, né soggettivamente, se non per deduzione da determinati *indici sintomatici* – di avvantaggiare il soggetto nominato attribuendogli una retribuzione – altrimenti – non dovuta).

Per vero, si conferma in questo modo la *sicura irrilevanza penale* di fatti già *di dubbia rilevanza* – stante la compresenza di diversi orientamenti in giurisprudenza – in base alla precedente formulazione dell'art. 323 Cp. L'esclusione dal raggio d'azione dell'attuale fattispecie di categorie casistiche di "sviamento", prima, talvolta, ricondotte all'abuso d'ufficio (*supra*, § 3.3), si conferma anche qualora la tesi accusatoria dell'eccesso di potere si basi sull'effettivo accertamento di un dolo di "favoritismo". Si pensi al seguente esempio¹²⁰.

Caso 5. I componenti di una commissione di valutazione favoriscono intenzionalmente

¹¹⁸ Fatto analogo è stato deciso da Cass. 15.3.2013, n. 12370, che conferma il proscioglimento dell'imputato per prescrizione e non pronuncia sentenza pienamente assolutoria, facendo leva però anche sull'inosservanza del principio di imparzialità ex art. 97 Cost. (coniugando quindi espansione verso l'alto e verso il basso della portata normativa della «violazione» del previgente art. 323 Cp).

¹¹⁹ L'ex sindaco del Comune di Salerno (attuale presidente della Regione Campania), Vincenzo De Luca, assolto da Cass. 21.2.2017, n. 8395, commentata da F. Coppola, *La persistente ambiguità dell'abuso d'ufficio*, cit., 36 ss., poiché «non costituisce violazione di legge (nella specie l'art. 10, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163), l'atto di nomina di un "project manager" da parte del sindaco, quale commissario delegato alla realizzazione di un impianto di termodistruzione in relazione allo stato di emergenza rifiuti decretato per la Campania, in quanto, tale figura, benché non prevista dalla legge, non determina la duplicazione delle funzioni attribuite al responsabile unico del procedimento (RUP) né uno svuotamento dei suoi poteri, limitandosi a svolgere una funzione di supporto, espressamente prevista dall'art. 8, comma quarto, d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, vigente all'epoca dei fatti, all'attività di tale ufficio».

¹²⁰ Già prospettato da M. Donini, *Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo" di riforma dell'art. 323 c.p.*, cit., 101, prima dell'ultima riforma, proprio allo scopo di chiarirne l'irrilevanza penale.

un concorrente in possesso dei titoli richiesti dal bando assegnandoli un contratto (vantaggio patrimoniale), restando però, dal punto di vista oggettivo, all'interno dell'ambito – del perimetro – di discrezionalità consentito (non v'è quindi violazione di nessuna specifica regola di esercizio). Ancorché l'intenzione di favorire il vincitore venga accreditata, poniamo, da un'intercettazione telefonica, non vi sarebbe altra "ingiustizia" se non quella data dall'elemento volitivo contrastante con il dovere di imparzialità (art. 97 Cost.).

In un'ipotesi di questo genere, il "disvalore" è riflesso soltanto dall'elemento soggettivo (l'intenzione di favorire), mentre è di nuovo del tutto assente l'elemento della doppia ingiustizia. Non c'è violazione perché, come detto, i commissari agiscono all'interno del perimetro della discrezionalità possibile. E non c'è nemmeno risultato ingiusto se il candidato rispetta i requisiti formali richiesti dal bando. Non si coglie alcun profilo di anti giuridicità di azione o di risultato.

L'eccesso di potere, nonostante la manifesta intenzione di strumentalizzare lo spazio attinente al merito valutativo a fini di favoritismo, è dunque penalmente irrilevante (poteva esserlo, escludendo la rilevanza direttamente precettiva dell'art. 97 Cost., anche in base alla previgente disciplina)¹²¹. Infatti, oggettivamente, non si integrerebbe il requisito tipico della "doppia ingiustizia", nemmeno per deduzione *dall'evento alla condotta* (la cui ingiustizia intrinseca, come detto, non può ricavarsi a sua volta dalla sia pur esplicita intenzionalità non imparziale).

Il limite invalicabile dal giudice penale, nello svolgimento del sindacato sull'attività amministrativa discrezionale, s'identifica quindi, anzitutto, con «la barriera della legittimità oggettiva del fatto». Altrimenti, si raggiungerebbe un esito «non compatibile con i principi, per i quali se il fatto è oggettivamente legittimo, non dovrebbe affatto procedersi alla verifica dell'elemento soggettivo per decretare l'esistenza del reato». Insomma: «la legittimità oggettiva dell'atto non può essere revocata in dubbio ricorrendo all'elemento psicologico»¹²².

6.3. Altra parte del problema, e quindi anche della *soluzione interpretativa*, riguarda il versante soggettivo dell'imputazione del reato.

A questo proposito, seppur sia vero che, «nella realtà del processo penale, attaccare un'accusa con argomenti di matrice subiettivistica è una strategia che raramente coglie nel segno»¹²³, è almeno altrettanto vero che, come pure abbiamo già osservato – ora lo vedremo meglio –, alcune confusioni interpretative sorgono proprio dall'ambiguità che caratterizza il profilo della colpevolezza dell'abuso d'ufficio.

La scarsa sensibilità che può talvolta manifestare parte della giurisprudenza per la colpevolezza non giustifica un atteggiamento remissivo sul punto, né in teoria né in pratica.

¹²¹ Come infatti avvenuto, ad es., in un caso che aveva coinvolto il Presidente della Regione Lombardia, Attilio Fontana, commentato da M.C. Ubiali, *op. cit.*, in cui la richiesta di archiviazione si spiega perché dalla natura della procedura non si possono ricavare «preesistenti indici di valutazione a cui ancorare la scelta da parte della Giunta regionale, ed *ex post* sindacarne l'operato»; «in assenza di sicuri parametri, se non quelli molto generici (requisiti di ammissione e *curriculum vitae*) scaturenti dalla norma attributiva del potere amministrativo di scelta» il giudice penale non può «sostituire il proprio opinabile apprezzamento a quello dell'amministrazione, invadendo la c.d. *riserva di merito*, ovvero quella parte della scelta discrezionale che risponde unicamente a criteri di opportunità insindacabili e rimessi unicamente alla valutazione dell'amministrazione procedente (il c.d. merito amministrativo)».

¹²² In questi termini, A. Fiorella, *op. cit.*, 111; analogamente, M. Donini, *Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo" di riforma dell'art. 323 c.p.*, cit., 101.

¹²³ V. Valentini, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC*, cit., 26.

È allora lecito chiedersi: perché mai un pubblico agente dovrebbe essere terrorizzato dall'inizio delle indagini, e sperare soltanto di incrociare un giudice che pratichi una «ermeneutica delle sussidiarietà»¹²⁴, se non commette il fatto – l'intero fatto – dolosamente?

Spiego il senso della domanda, non solo retorica.

Come anticipato, l'argomento del "timore" di fronte al "rischio penale", se si comprende rispetto ad una categoria di responsabilità come quella colposa (medicina difensiva), non si adatta altrettanto bene a quella dolosa, men che meno se qualificata dal dolo intenzionale. Salvo che – ecco il punto che occorre chiarire – la fattispecie a dolo intenzionale di cui si tratta non venga, di fatto, imputata anche *a titolo di colpa*, almeno per un segmento importante della sua fattispecie obiettiva, cioè l'antigiuridicità della condotta.

In effetti, il versante dell'imputazione soggettiva è duplice e riflette la "doppia ingiustizia" richiesta. La rimproverabilità dell'abuso d'ufficio richiede quindi: (1) il *dolo intenzionale sull'evento* di danno o vantaggio, espressamente richiesto dalla fattispecie; (2) ma anche un *coefficiente di colpevolezza* rispetto al *disvalore della condotta*, particolarmente per quanto attiene alla violazione di legge.

Il dolo sull'evento, dopo la riforma del 1997, non pone particolari problemi dal punto di vista del *grado* richiesto. In dottrina viene tendenzialmente escluso anche il dolo diretto, per cui assumono rilevanza penale soltanto le condotte «dirette, come conseguenza immediatamente perseguita, a procurare un ingiusto vantaggio patrimoniale, proprio o altrui, o ad arrecare un ingiusto danno altrui»¹²⁵. Nondimeno, il profilo dell'*oggetto* può generare dubbi interpretativi quando l'*interesse particolare* coesiste con un *interesse pubblico*, qualora cioè l'intenzione appaia diretta al raggiungimento di entrambi gli obiettivi¹²⁶. Mentre su quello dell'*accertamento*, come già cennato, genera rischi presuntivi il ricorso da parte della giurisprudenza ad «indici sintomatici», qualora non sia possibile la prova effettiva dell'intenzione dell'agente (ad es., attraverso un'intercettazione telefonica o ambientale)¹²⁷.

¹²⁴ Ancora V. Valentini, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC*, cit., 26.

¹²⁵ A. di Martino, *op. cit.*, 267 ss.; più articolata e problematica, in ordine al confine concettuale e probatorio fra dolo diretto e intenzionale, ferma restando l'irrelevanza sicura del dolo eventuale, la riflessione di A. Vallini, *L'abuso d'ufficio*, cit., 321 ss.; per altri riferimenti sul punto, da ultimo, M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 139.

¹²⁶ Sul punto si possono distinguere tre orientamenti: (a) se viene perseguito *anche un interesse pubblico*, cade l'elemento soggettivo, il fatto non costituisce reato (Cass. 17.11.2009, Ratti, commentata da M. De Bellis, *Abuso d'ufficio e concorso pubblico: la formulazione di un bando di concorso in modo tale da assicurare l'aggiudicazione del posto ad un candidato non comporta necessariamente la commissione di reato* (Nota a: Cassazione penale, 17 novembre 2009, n. 4979, sez. VI), in *CP* 2010 (10), 3452 ss.); (b) il reato si realizza anche quando la condotta persegua, insieme all'interesse particolare, un fine pubblico; (c) si deve valutare se il *fine prevalente* dell'azione del funzionario pubblico sia quello pubblico o quello privato, e, ove si accerti che il fine primario perseguito dall'agente è quello pubblico, si dovrebbe escludere la sussistenza del reato. Sul *giudizio di prevalenza* (in caso di compresenza di un interesse pubblico, si escluderebbe il dolo *soltanto se il suo perseguimento* costituisse l'*obiettivo principale dell'agente*), accolto anche in giurisprudenza, e sui rischi che ciò determina in termini, persino, di inversione dell'onere probatorio dell'elemento soggettivo (la difesa sarebbe chiamata a sostenere detta prevalenza, ai fini di escludere il dolo), cfr. criticamente G. Di Vetta, *op. cit.*, 419; F. Coppola, *La persistente ambiguità dell'abuso d'ufficio*, cit., 46; C. Silva, *op. cit.*, 169.

¹²⁷ Difficoltà già indicate da A. Manna, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, cit., 64-66; S. Perongini, *op. cit.*, 12 ss., 14 s., sottolinea che tale supplenza nell'accertamento del dolo, per mezzo di indizi sintomatici, spiegherebbe almeno in parte il sovraccarico di lavoro delle Procure. Per la giurisprudenza, v. ad es. Cass. 9.11.2006, Fabbri, riportata da M. De Bellis, *Abuso d'ufficio e concorso pubblico*, cit., nt. 21, che propone quali indici sintomatici del dolo i seguenti: a) l'evidenza della violazione di legge, come tale perciò

Ma il punto che interessa approfondire in questa sede concerne, come anticipato, l'altro "momento" dell'imputazione soggettiva del reato, che attiene – cioè, che ha ad oggetto – la "violazione di legge", la condotta antiggiuridica.

Tale segmento di colpevolezza potrebbe essere inteso in due modi:

(a) in termini di *culpa iuris*, con esclusione del rimprovero solo in ipotesi di *errore inevitabile*, valorizzando eventualmente, come si propone nel modello *Castaldo-Naddeo*, l'affidamento nelle *best practices* (linee-guida generali o pareri formali *ad hoc*);

(b) in termini dolosi, richiedendo la effettiva consapevolezza della violazione di legge ai fini dell'integrazione del reato, dovendosi escludere la punibilità in *qualunque ipotesi di errore* (evitabile o inevitabile che sia).

Sullo sfondo si staglia la discussione sui rapporti fra l'art. 5 e l'art. 47, co. 3, Cp¹²⁸

L'art. 5 Cp, come notoriamente reinterpretato dalla Corte Costituzionale nel 1988¹²⁹, stabilisce, come *regola*, la irrilevanza dell'errore, *salvo* che sussista un *errore di diritto inevitabile*; nel qual caso, il giudice può "scusare" la condotta tipica e antiggiuridica, escludendone la colpevolezza (in pratica, per la rimproverabilità, sotto il profilo dell'errore di diritto, basta la cd. "*culpa iuris*").

L'art. 47, u. co., Cp, invece, stabilisce che «*L'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce il reato*». Pertanto, l'imputazione di responsabilità richiederebbe coscienza e volontà dell'infrazione, prefigurando una soluzione più garantista: per avere responsabilità occorre accertare la consapevolezza dell'elemento normativo di "fatto" in cui consiste la "violazione di legge".

Come lamenta da tempo parte della dottrina, l'interpretazione secondo cui occorrerebbe distinguere le *norme extra-penali che integrano la norma penale incriminatrice*, riconducibili al regime dell'art. 5 Cp, e *norme extra-penali la cui ignoranza si risolverebbe in un errore sul fatto*, in base al regime dell'art. 47 Cp, si traduce in una sostanziale abrogazione del co. 3 di quest'ultimo¹³⁰: ogni qual volta si tratti di errore su norma extra-penale integratrice

immediatamente riconoscibile dall'agente; b) la specifica competenza professionale dell'agente, tale da rendergli anch'essa senza possibile equivoco riconoscibile la violazione; c) la motivazione del provvedimento, nel caso in cui essa sia qualificabile come meramente apparente o come manifestamente pretestuosa; d) i rapporti personali eventualmente accertati tra l'autore del reato ed il soggetto che dal provvedimento illegittimo abbia tratto ingiusto vantaggio patrimoniale. V. ad es., di recente, Cass. 11.6.2018, n. 26610, cit., 7, dove si deduce il dolo intenzionale dalla «macroscopica illegittimità della procedura seguita» dall'agente.

¹²⁸ In argomento, bastino in questa sede i fondamentali riferimenti a D. Pulitanò, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano 1976, spec. 241 ss.; A. Vallini, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino 2003, spec. 71 ss., 342 ss.; più di recente, M. Lanzi, *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive*, Torino 2018. Per un quadro di sintesi delle posizioni dottrinali e ulteriori riferimenti, G. Fiandaca - E. Musco, *op. cit.*, 398 ss.

¹²⁹ C. Cost., 24.3.1988, n. 364, che dichiara costituzionalmente illegittimo l'art. 5 Cp, «nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità della ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile».

¹³⁰ Sul punto, già A. Melchionda, *Colpevolezza ed errore nell'attuale sistema del diritto penale tributario*, in *DirPratTrib* 1988, spec. 589, anche per altri riferimenti (nt. 21 s.). Più di recente e con specifico riferimento all'abuso d'ufficio, A. Fiorella, *op. cit.*, 112: «L'art. 47, u. co., c.p., per come è interpretato dalla giurisprudenza, rappresenta una delle più gravi forme di mancata osservanza del nostro attuale livello di garanzie, anche costituzionali, dimenticando del diritto penale la sua funzione di orientamento del destinatario (...). È un problema di imponente rilievo nella Pubblica Amministrazione, là dove il funzionario, dinanzi a norme amministrative di difficile interpretazione, si richiami a prassi amministrative o a decisioni del giudice amministrativo che corroborino il suo comportamento. Non è ragionevole (art. 27, comma 1, Cost.) che un errore sulla norma *extra-penale*, quando sia credibile, persino attestato da fatti oggettivi, non escluda la punibilità».

della fattispecie, si tratterebbe di errore di diritto riconducibile al più restrittivo (meno liberale) regime di cui all'art. 5.

Per questo, alcuni autori propendono per una maggior valorizzazione del regime codicistico in materia di dolo, nel senso di ritenere che l'art. 47, u. co., esprimerebbe una regola di giudizio sempre operante, e non una mera eccezione al regime dell'art. 5 Cp. «Posto infatti che il dolo presuppone la conoscenza di tutti gli elementi del fatto corrispondenti alla fattispecie astratta, ove sia la stessa fattispecie astratta a contenere elementi giuridicamente qualificati da norme extra-penali (elementi c.d. normativi) è giuocoforza, allora, concludere che tali elementi debbano riflettersi nella mente dell'agente nel loro esatto significato giuridico (...)»¹³¹.

Il problema si è posto, in letteratura, anche con specifico riguardo all'abuso d'ufficio, sottolineando peraltro le conseguenze sistematiche derivanti dalla qualificazione dell'elemento "violazione di legge" in un senso o nell'altro.

Autorevole dottrina ha qualificato l'abuso per violazione di legge come una norma penale «parzialmente in bianco», la cui struttura prevede che per la condotta le caratteristiche di illiceità si ricavano dalle norme extra-penali integratrici del precetto¹³². Da ciò ne deriverebbe, ai fini dell'imputazione soggettiva dell'elemento normativo, l'applicazione del regime dell'art. 5 Cp, che, come già ricordato, fa salva la colpevolezza dell'agente nonostante l'errore "sul divieto", qualora venga giudizialmente ritenuto *evitabile* (cioè sostanzialmente *colposo*). Così, si sostiene, si eviterebbe la punibilità di chi abbia violato una norma di legge «se, ad es., non conosceva detta disciplina extrapenale, ma non fino a ricomprendere anche l'ipotesi in cui lo stesso non si sia attivato per conoscerla»¹³³. La *mancata attivazione* a scopo di approfondimento e/o chiarimento sul significato della regola costituirebbe per l'appunto quella *culpa iuris* in cui si sostanzia il giudizio di *evitabilità dell'errore*, intesa come *inosservanza di un dovere di conoscenza*.

Ulteriore conseguenza, si è sostenuto, sarebbe quella di consentire la retroattività favorevole della nuova disciplina data dalla legge extra-penale intervenuta successivamente alla condotta, per l'applicabilità dell'art. 2 Cp (almeno in teoria¹³⁴). Infatti, si è osservato, la sussistenza del requisito andrebbe ricercata e valutata con riferimento al momento in cui il reato è stato commesso, essendo altrimenti irragionevole l'eventuale sanzione della «mera disubbidienza ad una norma di condotta non più esistente»¹³⁵.

All'atto pratico, il giudizio di *inevitabilità* incontra, però, come noto, notevoli resistenze in giurisprudenza, poiché, chiaramente, un riconoscimento disinvolto della scusabilità dell'errore di diritto metterebbe in crisi la tenuta del sistema fondato sulla

¹³¹ G. Fiandaca - E. Musco, *op. cit.*, 401.

¹³² A. Manna, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, cit., 38 s. (ulteriori riferimenti dottrinali conformi in nt. 10); più di recente, F. Rotondo, *op. cit.*, 305-307; M. Donini, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto*, cit., 2 s. Critici, C. Benussi, *op. cit.*, 990 ss.; A. Tesauro, *op. cit.*, 261 ss.

¹³³ Il che consentirebbe di «coniugare nel modo più equilibrato gli aspetti dogmatici con quelli politico-criminali»: A. Manna, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, cit., 40.

¹³⁴ Poiché, come annota F. Rotondo, *op. cit.*, 312, le Sezioni Unite indicano una risposta negativa all'applicazione dell'art. 2 Cp proprio con riguardo all'abuso di ufficio, operando l'art. 323 Cp, a giudizio della Corte (Cass. S.U. 27.9.2007, n. 2451, Magera), «un rinvio "di un'ampiezza così smisurata" da rendere arduo sostenere che qualunque modificazione di tali norme, intervenuta dopo la loro violazione, possa costituire una parziale *abolitio criminis*».

¹³⁵ F. Rotondo, *op. cit.*, 304-306. Eppure, lo stesso problema potrebbe porsi ragionevolmente anche rispetto alla ingiustizia del risultato, rispetto al quale si applicherebbe, invece, senza riserve il regime del dolo (l'errore di fatto o di diritto extrapenale lo esclude): M. Romano, *op. cit.*, 277.

colpevolezza (pilastro del reato che svelerebbe tutta la sua debolezza)¹³⁶. Nondimeno, la prospettiva che subordina la sanzione penale alla *possibilità di conoscere* o almeno *prevedere il confine fra agire lecito e non* si amplia notevolmente quando si “traduce”, ancor prima, in requisito di legalità, specificatamente di irretroattività in *malam partem*, ad opera della Corte EDU (in base all'art. 7, co. 1, Cedu). Lo spazio tradizionalmente riservato soltanto all'art. 5 Cp, angusto ancorché reinterpreto in chiave costituzionale nel 1988, viene quindi interessato da nuove esigenze di legalità; “nuove” perché basate sul riconoscimento del diritto giurisprudenziale come “co-produttore” del diritto. Pertanto, laddove parrebbe porsi un problema di *conoscibilità del precetto* (quasi sempre confermata), potrebbe trattarsi invece di *irretroattività della norma* – eventualmente *giurisprudenziale* – *sfavorevole*¹³⁷.

Ad ogni modo, la soluzione che qualifica la “violazione di legge” come elemento integratore del precetto, ancorché possa apparire ragionevole sul piano delle soluzioni che ne deriverebbero, secondo alcuni autori, soprattutto in punto di retroattività in *bonam partem* – applicabilità dell'art. 2, co. 2, Cp, in ipotesi di abrogazione della legge violata¹³⁸ –, pone seri dubbi per quanto concerne la natura dell'elemento normativo in questione. Da questo punto

¹³⁶ Cfr. ad es.: Cass. 24.6.2004, n. 28397, la quale esprime in questo modo un criterio che potremmo definire – per analogia con la colpa per l'evento – *simil-precauzionista*: «La esclusione di colpevolezza per errore di diritto dipendente da ignoranza inevitabile della legge penale può essere giustificata da un complessivo e pacifico orientamento giurisprudenziale che abbia indotto nell'agente la ragionevole conclusione della correttezza della propria interpretazione normativa; ma in caso di giurisprudenza non conforme o di oscurità del dettato normativo sulla regola di condotta da seguire non è possibile invocare la condizione soggettiva di ignoranza inevitabile, atteso che in caso di dubbio si determina l'obbligo di astensione dall'intervento e dell'espletamento di qualsiasi utile accertamento per conseguire la corretta conoscenza della legislazione vigente in materia». Ma vi sono pronunce che esprimono una più coraggiosa “cultura della colpevolezza” (coraggiosa perché riconosce l'opportunità di *non* riversare sul singolo la confusione del sistema giuridico, e quindi rivolge indirettamente un monito al legislatore: non puoi pretendere di punire ciò che non sei in grado di definire o ciò che la giurisprudenza non è in grado di ordinare chiarendo criteri rappresentabili di giudizio). Cfr. ad es. Cass. 27.5.1996, n. 5244.

¹³⁷ Quando si tratti di «analogie vietate», «difetti di tipicità delle fattispecie o manipolazioni indebite del loro contenuto (...) non può e non deve trovare applicazione l'art. 5 c.p. (...). Se la norma non era legittimamente vigente o non poteva esigersi *oggettivamente* la sua osservanza *ex ante*, c'è un problema di responsabilità dell'ordinamento, e dunque di irretroattività, oggi ancorato all'art. 7 Cedu (...), non a ipotesi scusanti (...). Il *divieto di retroattività*, imposto dall'art. 7 Cedu ed esteso ai mutamenti giurisprudenziali imprevedibili, è infatti *un limite alla legalità (nel suo doppio formante legislativo e giudiziale)* e dunque un correttivo alla sua applicazione *oggettiva*. Attualmente, la *riconciliabilità del precetto* è un principio che riguarda sia la legalità e sia la colpevolezza e l'elemento soggettivo in una reciproca interazione di effetti»: M. Donini, *Reati contro la P.A. e riconciliabilità del precetto*, cit., 10-11. Sul principio di legalità elaborato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e il suo rapporto con la prevedibilità soggettiva come limite di colpevolezza, da ultimo, J. Correcher Mira, *El desarrollo subjetivo del concepto de previsibilidad en relación con la prohibición de retroactividad: ¿confusión entre legalidad y culpabilidad?*, in *Imputación penal y culpabilidad*, a cura di A. Perin, Valencia 2020, 181, spec. 197 ss.

¹³⁸ Cfr. però sul punto A. Vallini, *L'abuso d'ufficio*, cit., 282, per cui non necessariamente intendere l'elemento della “violazione di legge” come integratore del precetto incide sull'applicabilità del regime generale *ex art. 2 Cp*. Oltretutto, sostenere la bontà della soluzione che identifica la violazione di legge con una norma integratrice del precetto in base alla preferibilità delle conseguenze giuridiche che ne deriverebbero (ad es., considerare ai fini dell'art. 2 Cp la modifica della regola amministrativa successiva al fatto storico come una modifica mediata del precetto penale) significherebbe incorrere in un errore metodologico. L'attinenza dell'elemento normativo al precetto (art. 5) o al fatto (art. 47, u.co.) va invece valutata in base a considerazioni intrinseche, cioè riguardanti la natura giuridica dell'elemento in esame all'interno della fattispecie.

di vista, la soluzione concettualmente più appropriata appare quella di intendere la “violazione di legge” come elemento normativo *attinente al fatto del reato di abuso*, da ricondurre pertanto al regime generale di cui all'art. 47 Cp.

Detta soluzione si conferma in virtù dalla valorizzazione della *logica strutturale della fattispecie* di abuso d'ufficio come *fattispecie integralmente dolosa*. In questo senso, in modo condivisibile, si afferma in dottrina che l'abuso d'ufficio è imputabile soltanto qualora vi sia una «deliberata volontà del pubblico ufficiale di agire *contra legem* per procurare un vantaggio o causare un danno ingiusto»¹³⁹. Del resto, la violazione di legge avviene «allo scopo» di raggiungere il risultato ingiusto¹⁴⁰. Pertanto, l'agente «deve essere consapevole della illegittimità della propria condotta»¹⁴¹.

Questa soluzione è peraltro già riconoscibile sul piano del diritto vivente¹⁴².

La consapevolezza della violazione e dell'abuso è *incompatibile con qualunque ipotesi di errore* o persino di *dubbio*. Il dolo intenzionale si riferisce espressamente al risultato (e, del resto, solo rispetto al risultato ha senso richiedere un dolo di grado massimo per quanto attiene alla dimensione della “volontà”), ma *tutti gli elementi che caratterizzano il fatto tipico* devono essere sorretti (o coperti) dal dolo, anche nel versante del disvalore della condotta¹⁴³.

¹³⁹ F. Pinelli, *op. cit.*, 124.

¹⁴⁰ A. di Martino, *op. cit.*, 267.

¹⁴¹ S. Seminara, *op. cit.*, 1257 s., il quale, pur sottolineando la distinzione concettualmente non scontata fra dolo diretto e dolo intenzionale, mostra l'unitarietà del dolo di abuso d'ufficio affermando che «non appare certo agevolmente ipotizzabile che nella condotta di un funzionario sia riscontrabile la coscienza della violazione di legge o di regolamento, la volontà di un evento di vantaggio o di danno, la consapevolezza dell'ingiustizia di quest'ultimo e nondimeno permangano dubbi in ordine all'intenzionalità del risultato»; per un ragionamento analogo, A. Tesauro, *op. cit.*, 266 ss., spec. 268, che rappresenta la incompatibilità strutturale della *culpa iuris* rispetto alla violazione di legge con il dolo intenzionale di risultato. Cfr., sul piano comparatistico, l'esempio, riportato da A. Manna, *Profili storico-comparatistici dell'abuso d'ufficio*, cit., 1226, della figura di *Abuse of office* prevista nella *section 243.1* del *Model Penal Code* statunitense del 1962, richiedente, sul piano dell'elemento soggettivo, la *coscienza dell'antigiuridicità della condotta*.

¹⁴² Così, ad es., Trib. Roma, 8.10.2014 – 24.9.2014, D.M. e altro, 72 s., 79: «Soggettivamente (...) l'illecito si configura come reato di evento poiché l'elemento soggettivo consiste nella *coscienza e volontà del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio di abusare dei poteri inerenti alle sue funzioni* ed il danno altrui o l'ingiusto vantaggio patrimoniale debbono essere, alternativamente o congiuntamente, presi di mira dall'agente e non semplicemente cagionati come risultato accessorio della condotta»; «il dolo intenzionale riguarda soltanto l'evento del reato, mentre gli altri elementi della fattispecie relativi alla condotta, quali la violazione di norme di legge, sono oggetto di dolo generico», così richiamando giurisprudenza conforme della Cassazione.

¹⁴³ Nel senso di doversi ritenere la fattispecie *interamente dolosa*, A. Tesauro, *op. cit.*, 266 ss., spec. 271-274, il quale sottopone a vaglio critico anche la teorizzata possibilità di applicare un regime diverso a seconda che si tratti di errore *sull'esistenza* (art. 5 Cp) o errore sul *contenuto* (art. 47 Cp) delle regole sull'esercizio della funzione amministrativa, per cui solo l'inesatta interpretazione della disciplina extrapenale agirebbe come scusante a prescindere dall'indagine sulla evitabilità; C. Silva, *op. cit.*, 159, che propende però per un dolo *intenzionale* esteso a tutti gli elementi del reato, scartando quindi la configurabilità del reato in ipotesi non solo di dubbio (dolo eventuale), ma anche di mera consapevolezza non anche intenzionale (dolo diretto) rispetto alla violazione di legge; N. Pisani, *op. cit.*, 272, secondo cui il dubbio esclude il dolo di inosservanza. Invece, M. Romano, *op. cit.*, 276, pur rimarcando la «volontà di violare una norma di legge o di regolamento» come elemento indispensabile del dolo, ritiene sufficiente il dolo eventuale rispetto alla violazione di norme: «basterà cioè che l'agente, versando in dubbio su di esse, ne abbia poi conclusivamente accettato il rischio»; in questo senso anche A. Vallini, *L'abuso d'ufficio*, cit., 321. Tuttavia, data la strumentalità della violazione rispetto all'evento, non sembra rivestire particolare rilevanza la distinzione del grado del dolo al di là della necessaria “consapevolezza” della

Così intesa e interpretata, la fattispecie non dovrebbe generare timori di sorta al pubblico agente che “colposamente” agisca al di fuori dei parametri di legge. E non dovrebbe essere quindi necessario “schermarlo” attraverso la predisposizione di un sistema di linee guide. L'agente meramente imperito o negligente, che incorra eventualmente in errore – persino – evitabile sulla legge extra-penale – e quindi sul fatto –, non potrebbe commettere un abuso d'ufficio.

L'idea di un sistema di pareri e linee-guida a scopo difensivo nasce invece, mi sembra, dal fragile parallelismo fra il medico imperito e il pubblico agente che incorre in *culpa iuris* rispetto alla legge che ne disciplina le funzioni. Il problema dell'abuso giudiziale dell'abuso d'ufficio potrebbe invece risolversi rinunciando a perseguire le condotte carenti sul piano della colpevolezza rispetto alla condotta, abbandonando quindi la prospettiva dell'errore di diritto su norma extra-penale e interpretando la fattispecie come intrinsecamente *dolosa dall'inizio alla fine*.

Perseguibile sarebbe quindi chi abbia agito *violando consapevolmente una regola vincolata o agendo coscientemente al di fuori dei parametri di discrezionalità*, e con dolo intenzionale di danno o vantaggio patrimoniale (risultato che oggettivamente si realizza).

7. Per concludere, non resta che offrire una sintesi delle principali considerazioni e proposte interpretative indicate nel corso dell'analisi.

Sul versante della *fattispecie obiettiva*, avuto riguardo anche al dibattito maturato anteriormente all'entrata in vigore dell'ultima riforma, l'elemento di maggior utilità appare l'inserimento – solo eventualmente per diritto positivo – del “nesso di rischio”, così come indicato nella proposta di riforma *Castaldo-Naddeo*¹⁴⁴. Esso si rivelerebbe utile soprattutto a non “disperdere” il requisito della “doppia ingiustizia”, a imporre un maggior onere di motivazione al giudicante in ordine alla rilevanza effettiva della violazione rispetto al risultato dato dalla composizione ingiusta degli interessi in gioco¹⁴⁵; anche rispetto agli *atti discrezionali* del pubblico agente.

Tale sindacato potrebbe apparire escluso alla luce del testo vigente, ma, come abbiamo visto, non mancano argomenti per sostenere il suo legittimo esercizio: argomenti che alludono a principi costituzionali (art. 3 e 97 Cost.); ma anche alle considerazioni svolte, proprio alla luce della lettera dell'attuale art. 323 Cp, in ordine alle regole di “disciplina” delle funzioni discrezionali della PA.

Trattandosi di *atti discrezionali*, si prospettino quindi due situazioni generali.

(1) La prima è quella in cui si possa valutare la illegittimità *estrinseca* dell'atto discrezionale, poiché il potere è stato esercitato *al di fuori dei parametri di discrezionalità* (eccesso di potere “estrinseco”); cioè quando, pur trattandosi di atto discrezionale, il pubblico agente ne ha *chiaramente travalicato confini e limiti interni*.

In questo caso, come visto, esiste un'analogia con l'abuso in atto vincolato (qualora perimetro e limiti delle azioni legittime siano sufficientemente definiti). L'eccesso di potere che il giudice penale sarebbe autorizzato a sanzionare riguarderebbe – ancora – la violazione dei confini disciplinati (da leggi) del potere discrezionale.

(2) La seconda situazione è quella in cui si tratti invece di valutare la illegittimità

violazione (cioè un dolo comunque “pieno” sul piano intellettuale-cognitivo); sul punto, E. Infante, *Disciplina intertemporale delle fattispecie di abuso d'ufficio*, in *IP* 1998, 831 ss., 867 s.

¹⁴⁴ Ma già valorizzato *de iure condendo* da A. Tesauro, *op. cit.*, nt. 65; e, in una prospettiva di teoria generale, da M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 136 ss.

¹⁴⁵ Lo spiega bene A. Tesauro, *op. cit.*, 201 ss., anche in ottica di razionalità politico-criminale.

intrinseca attinente allo “sviamento di potere”, per cui, pur avendo agito il pubblico agente *all'interno del perimetro tracciato* dai parametri di riferimento, si ipotizzi una strumentalizzazione finalistica degli stessi in relazione ad un risultato ingiusto.

In questo secondo scenario sarebbe tendenzialmente inevitabile dedurre la violazione di legge (disvalore della condotta) dall'ingiustizia del danno (e questo, talvolta, dall'intenzione di favoritismo), nonostante il contrappeso – di dubbia efficacia, quando la norma violata resti “aperta” – del “nesso di rischio”, e nonostante pure si accerti, in ipotesi, l'elemento soggettivo di non imparzialità. Pertanto, specie alla luce dell'attuale art. 323 Cp, l'eccesso di potere *intrinseco* non potrebbe integrare l'abuso d'ufficio. Qui, infatti, si coglie il nucleo valutativo dal quale il legislatore ha voluto estromettere il giudice penale, mancando nel caso concreto una *regola specificatamente violata*¹⁴⁶.

Per quanto riguarda il *versante soggettivo del giudizio d'imputazione*, si è sostenuta la necessità di accreditare la *consapevolezza della violazione*, oltre al *dolo intenzionale di evento*. Questa composizione della colpevolezza dell'abuso d'ufficio, se presa sul serio dagli interpreti, consentirebbe di ridurre notevolmente il problema (reale o percepito che sia) della cd. “amministrazione difensiva”, poiché importerebbe la necessità di verificare, fin dalle indagini, se il funzionario pubblico ha *consapevolmente violato le regole poste a disciplina dell'attività amministrativa*.

La sanzione del reato di abuso d'ufficio servirebbe a segnare la meritevolezza della sanzione del fatto del pubblico agente che esprima *la consapevolezza dell'infrazione delle leggi che ne disciplinano la funzione, intenzionalmente diretta alla produzione del danno o del vantaggio ingiusto* che si realizza come conseguenza dell'infrazione medesima.

Questa soluzione appare preferibile per tre ragioni complementari:

(i) perché coerente con la teoria e con la disciplina codicistica del dolo e dell'errore su legge extra-penale;

(ii) per una ragione di coerenza intrinseca, cioè inerente alla struttura della fattispecie, che si intende *interamente dolosa*.

(iii) inoltre, per una ragione *lato sensu* politico-criminale: essa rende infondato o comunque meno irresistibile il “timore della firma” (e l'argomento che lo rappresenta).

Così interpretato, con l'aggiunta del requisito del “nesso di rischio” e richiedendo l'accertamento della consapevolezza della violazione (senza dover metter mano al testo di legge), non si vedono ragioni sufficienti per abrogare *definitivamente* l'abuso d'ufficio.

Solo qualora si ritenga di poter reintrodurre la rilevanza dei regolamenti, come già

¹⁴⁶ Queste conclusioni, sui limiti del sindacato del giudice penale, appaiono coerenti con quanto già autorevolmente osservato, ben prima di questa riforma, da A. Pagliaro, *op. cit.*, 110 s., per cui mantenere l'abuso d'ufficio anche per *eccesso di potere* «non significa affatto consentire al giudice penale di controllare il merito dell'atto amministrativo». Al contrario, «il giudice penale, quando accerta un delitto di abuso d'ufficio commesso mediante eccesso di potere, rileva che il potere discrezionale non è stato affatto esercitato (...)». Infatti, come visto, il «concetto chiave è quello della violazione delle regole inerenti all'uso del potere discrezionale. Il potere discrezionale non è libertà assoluta: la facoltà di scelta del pubblico ufficiale incontra limiti precisi». Perciò, quando li violi, «egli “eccede” il potere discrezionale, ne sta al di fuori. Quello che esercita è un potere di fatto, che affonda le sue radici nel potere discrezionale, ma non è più tale. Ecco allora l'eccesso di potere». Analogamente, sul rapporto fra merito amministrativo e abuso di potere, T. Padovani, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *RIDPP* 1989, 88: «“merito” amministrativo e abuso di potere non si collocano (...) in terreni separati, in modo che il secondo possa cominciare là dove finisce il primo». Ulteriormente, A. Vallini, *L'abuso d'ufficio*, cit., 301, secondo il quale, se le norme violate riguardano in qualche misura l'esercizio della discrezionalità amministrativa, non dovrebbe accadere «niente di drammatico», sempre che «l'interprete sia soggetto al rigido vincolo di una disposizione determinata» (anche per altri riferimenti in senso analogo).

opportunamente suggerito in dottrina, potrebbe cogliersi l'occasione per inserire quell'elemento tipico-oggettivo nel testo dell'art. 323 Cp.

ILP