

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

4/2021

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

LE VECCHIE INSIDIE DEL NUOVO ABUSO D'UFFICIO

Nota a [Cass., Sez. VI, sent. 9 dicembre 2020 \(dep. 8 gennaio 2021\), n. 442, Pres. Fidelbo, Rel. Giorgi](#)

di Andrea Alberico

Il lavoro analizza le prime problematiche che si sono poste nella prassi all'indomani della modifica della fattispecie di abuso d'ufficio. L'A., dopo aver ripercorso le principali criticità che hanno contraddistinto la storia dell'incriminazione, si sofferma sugli elementi che distinguono il precetto oggi vigente e, prendendo spunto dalla decisione annotata, segnala come persistano profonde incertezze nella esatta perimetrazione del fatto punibile. Preso atto, infatti, della parziale abolitio criminis realizzata dal d.l. 76/2020, traspare ancora la difficile convivenza nel rapporto tra i formanti extra-penalistici del tipo e le condizioni della responsabilità penale. La stessa sentenza annotata, pur dopo aver proposto un indirizzo particolarmente rigoroso nella definizione della portata dell'abolitio parziale – incentrato sul significato da conferire alla espressione “violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità” – risulta meno sicura nella posizione presa in relazione alla perdurante rilevanza penale dello sviamento di potere. Infine, si segnala come – prima della decisione in commento – la stessa Suprema Corte sembrava orientata a riconoscere un significato meno tranchant alla citata locuzione legislativa, abilitando anche la violazione di legge interposta tra le condizioni di sussistenza del tipo criminoso.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La vicenda oggetto di giudizio. – 3. Testo e contesto di una fattispecie alla perenne ricerca di sé: breve rassegna delle riforme passate. – 3.1. Le contromisure adottate e lo spettro dell'*amministrazione difensiva*. – 3.2. La riforma del 2020: tecnica normativa e coerenza politico-criminale. – 3.3. La “violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità”. – 4. Gli effetti di diritto intertemporale nella decisione in commento. – 4.1. *L'obiter* sullo sviamento di potere. – 5. Una notazione in punto di dolo intenzionale. – 6. Riflessioni conclusive.

1. Premessa.

La sentenza che si annota costituisce una delle prime occasioni di intervento del giudice di legittimità sulla novellata fattispecie di abuso di ufficio. La Corte, chiamata a sindacare gli effetti di diritto intertemporale connessi alla riscrittura dell'art. 323 c.p., si intrattiene sulle *modifiche strutturali* che hanno interessato una delle due modalità

alternative di integrazione del tipo criminoso, accreditando la tesi della *abolitio criminis* parziale già sostenuta dalla dottrina¹.

I numerosi commenti pubblicati all'indomani del d.l. 16 luglio 2020 n. 76 (convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120), oltre a ripercorrere le tribolate vicende dell'art. 323 c.p., hanno inevitabilmente colto come la riforma si sia mossa nella direzione della restrizione del recinto applicativo della fattispecie, ritenuta dal legislatore – a torto o a ragione – foriera di *tensioni decisionali* da parte dei pubblici funzionari e, dunque, di un complessivo rallentamento – ove non addirittura di una inerzia² – dell'agire amministrativo, viepiù intollerabile nella complessa epoca che il mondo intero sta attraversando.

La necessità di *far ripartire* il “sistema Paese”, messo a dura prova dal protrarsi della emergenza pandemica, ha indotto l'esecutivo, con l'ormai ricorrente formula della approvazione “salvo intese” del testo in Consiglio dei Ministri, ad abbandonare gli itinerari politico-criminali della repressione cieca e incondizionata, di recente sperimentati con orgoglio dal Governo precedente proprio nel settore dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (ma non solo) ad opera della l. 3/2019, per approdare sulla sponda esattamente opposta della restrizione dell'intervento penale e, quindi, della esclusione della pena.

Questo dato costituisce il primo mattone su cui edificare una seria riflessione sulla riforma. Si badi, gli spunti di approfondimento che il testo offre – a cominciare dalle procedure prescelte per innovare il sistema penale – sono molteplici e di matrice diversa. Ma ciò che colpisce di più è forse proprio l'inversione di tendenza che, a distanza di poco più di un anno e mezzo, viene operata nel medesimo ambito di intervento penale: si passa dall'incremento dei compassi edittali e dall'estensione delle disposizioni penitenziarie che impediscono l'accesso ai benefici in fase esecutiva alla parziale *abolitio* della fattispecie generale e residuale di quello stesso settore punitivo.

¹ T. PADOVANI, [Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio](#), in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 7-8; G.L. GATTA, [Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' \(e la riserva di legge?\)](#), in questa *Rivista*, 17 luglio 2020; M. GAMBARDELLA, [Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio](#), in questa *Rivista*, 2020, 7, pp. 133 ss.; G. INSOLERA, [Quod non fecerunt Barberini fecerunt Barbari. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76](#), in *disCrimen.it*, 31 luglio 2020; B. BALLINI, [Note minime sulla riformata fattispecie di abuso d'ufficio](#), in *disCrimen.it*, 10 agosto 2020; M. NADDEO, [I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.](#), in *penaledp.it* del 10.8.2020; A. PERIN, [L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza](#), in *legislazionepenale.eu* del 23 ottobre 2020; A. NISCO, [La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile](#), in questa *Rivista*, 20 novembre 2020; B. ROMANO (a cura di), *Il “nuovo” abuso d'ufficio*, Pisa, 2021. Da ultimo, N. PISANI, *L'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, in *Dir. pen. proc.*, pp. 9 ss.; A. MERLO, [Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione “neutralizzatrice” della giurisprudenza](#), in questa *Rivista*, 1° marzo 2021.

² Di necessità di «scongiorare l'inerzia» parla M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., p. 135, che però esprime forti dubbi circa la possibilità che l'abuso d'ufficio nella precedente formulazione potesse essere causa della «scarsa efficienza della nostra pubblica amministrazione» e «costituire un ostacolo alla ripartenza», p. 136.

Né vale opporre che l'abuso d'ufficio non sia stato interessato dalle modifiche indotte dalla "spazzacorrotti", atteso che *i*) l'art. 323 c.p. presenta comunque una cornice sanzionatoria non trascurabile; *ii*) essa costituisce molto spesso l'alternativa punitiva in tutte quelle vicende in cui si 'percepisce' la commissione di un fatto corruttivo ma non si riesce a fornirne la prova, nonché nelle ipotesi di distrazione non appropriativa del denaro pubblico³.

Insomma, l'abuso d'ufficio non era un corpo estraneo nell'arsenale repressivo dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, né un ramo secco, incapace di portare frutti alla difesa del bene protetto.

Certo, come è stato notato, era una fattispecie in cui statisticamente era possibile apprezzare uno iato significativo tra il numero di procedimenti penali iniziati ed il numero delle condanne inflitte⁴, ma questo non può automaticamente significare che si trattasse di una disposizione inutile.

2. La vicenda oggetto di giudizio.

La vicenda sottoposta al vaglio della Cassazione – dopo una "doppia conforme" di condanna – presenta tratti di precipuo interesse che inducono a ripercorrerne i passaggi essenziali.

Il fatto si inserisce nell'attività del servizio sanitario: all'imputato era contestato di aver illegittimamente dequalificato il Servizio Prevenzione e Protezione, portandolo da struttura complessa a struttura semplice. Tale 'trasformazione' aveva generato effetti pregiudizievoli in capo al Direttore di tale struttura, sia sul piano del trattamento economico, sia su quello operativo, confluendo sotto la gerarchia del dirigente del Servizio tecnico.

Sul versante dell'elemento soggettivo, nei gradi di merito si era ritenuto sussistente il dolo intenzionale in ragione di una serie di indicatori, tra i quali l'assenza della necessità di riorganizzare l'Azienda, la mancata adozione del cd. atto aziendale e, quanto ai rapporti intersoggettivi, il diniego di incontri per fornire chiarimenti all'interessato e finanche alle rappresentanze sindacali.

La difesa dell'imputato aveva però valorizzato la mancanza di un pregresso atto aziendale che avesse elevato il Servizio Prevenzione e Protezione a struttura complessa e nominato il relativo vertice Direttore di struttura complessa. Insomma, il Servizio in questione era stato 'promosso sul campo' circa un decennio addietro rispetto all'intervenuto ridimensionamento e per consuetudine gli si era mantenuta la qualifica di struttura complessa in assenza di una formale investitura.

Si verte, come è evidente, in un'ipotesi di abuso in danno⁵, per il quale pure deve sussistere il requisito della doppia ingiustizia: la condotta *contra ius* deve aver cagionato

³ Su tale aspetto, N. M. MAIELLO, *Determinatezza e offesa nel delitto di peculato: il banco di prova delle spese di rappresentanza*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 2759 ss.

⁴ M. GAMBARDILLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., p. 137 ed ivi per ulteriori riferimenti.

⁵ La conclusione pare sorretta anche dalla nozione molto ampia di danno accolta dalla giurisprudenza, che

un danno che a sua volta deve qualificarsi come ingiusto. Tale danno, infine, coerentemente con il dolo intenzionale che qualifica la tipicità soggettiva, deve rappresentare «lo scopo in vista del raggiungimento del quale il soggetto realizza la condotta abusiva»⁶.

Se queste sono le componenti minime della struttura portante della fattispecie, ci si dovrà interrogare anche sul rapporto tra discrezionalità – ritenuta sussistente e dirimente nel *decisum* di legittimità – e dolo intenzionale: sussistendo la volontà di conseguire un obiettivo funzionale agli scopi dell'azione amministrativa è lecito dubitare che si possa mai integrare il dolo intenzionale.

3. Testo e contesto di una fattispecie alla perenne ricerca di sé: una breve rassegna delle riforme passate.

Per procedere ad un compiuto commento della decisione che si annota è necessario approfondire i temi presentati in premessa: la riforma dell'art. 323 c.p., infatti, va esaminata al di là delle modifiche apportate al lessico della disposizione incriminatrice, indagandone le ragioni politico-criminali (anche in chiave storica) e le modalità di attuazione, tenuto conto del ruolo svolto dalla fattispecie nel sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione.

L'idea della criminalizzazione dell'abuso di potere, infatti, ha accompagnato tutte le codificazioni penali promosse a partire dal *secolo dei Lumi*⁷, al punto che può essere affermata la dipendenza logica tra la esistenza di un potere pubblico e il rischio del suo uso indebito.

Il rischio paventato è tanto tangibile quanto generico: in tutti i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione sussiste una componente di abuso di potere latamente intesa⁸, sicché la tipizzazione determinata del “mero abuso” si rivela operazione a tratti ardua.

I compilatori del Codice Rocco, consapevoli del difficile compito che li attendeva *in subjecta materia*, con una scelta comunque consona ad un ordinamento autoritario,

«non ricomprende le sole situazioni giuridiche attive a contenuto patrimoniale ed i corrispondenti diritti soggettivi, ma è riferita anche agli interessi legittimi, in particolare quelli di tipo pretensivo, suscettibili di essere lesi dal diniego o dalla ritardata assunzione di un provvedimento amministrativo» (Cass., Sez. 6, Sentenza n. 44598 del 18/07/2019 Ud. (dep.31/10/2019) Rv. 277380).

⁶ S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, in S. FIORE, G. AMARELLI, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2021, p. 298. In giurisprudenza, da ultimo, Cass., Sez. 6, Sentenza n. 12974 del 08/01/2020 Ud. (dep. 27/04/2020) Rv. 279264.

⁷ A. MANNA, *Abuso di ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, p. 4 ss.

⁸ Per la dottrina di inizio '900 l'illiceità amministrativa è presupposto di quella penale, e il penalista deve necessariamente comprendere gli estremi della prima per decifrare l'oggetto del reato nei delitti contro la pubblica amministrazione. In questo senso ART. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1910, p. 497 ss.

preferirono licenziare un *Tatbestand* “innominato”⁹, connotato da estrema vaghezza¹⁰ ed imperniato sul binomio prevaricazione/favoritismo, ma temperato da una clausola di sussidiarietà espressa altrettanto onnivora, tale da far soccombere la fattispecie al cospetto di qualsiasi altro reato (e da renderla nella sostanza del tutto marginale¹¹). Qualora, invece, l’abuso si fosse sostanziato nello sfruttamento del potere per fini privati, si sarebbe integrata la più grave e pregnante ipotesi dell’interesse privato in atti d’ufficio, scolpita dall’ormai abrogato art. 324 c.p.

L’assetto appena descritto, pur tra alterne vicende¹², è rimasto in vigore per ben sessant’anni, fino a che anche le figure in parola (e con esse quella correlata del peculato per distrazione) non furono interessate dalla poderosa riforma attuata con la l. 86 del 1990¹³. Come è noto, nel mutato assetto del Capo I del Titolo II scomparivano tanto l’art. 324 quanto la figura del peculato per distrazione, i cui *fatti* confluivano nel riscritto art. 323¹⁴, che acquisiva una portata applicativa sconosciuta in precedenza ed un ruolo centrale nel sistema dei delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.

Sotto certi aspetti la riforma del 1990 fece più danni di quanti ne volesse scongiurare. La fattispecie, infatti, ruotava attorno alla condotta – non meglio precisata – dell’*abusare* dell’ufficio (estesa anche all’incaricato di pubblico servizio), lasciando al dolo specifico il compito (fallito) di selezionare più analiticamente il confine del tipo ed autolimitando la propria incidenza attraverso la clausola di sussidiarietà espressa a favore di qualsiasi più grave reato.

L’indeterminatezza del precetto divenne il grimaldello attraverso cui la magistratura inquirente poté accedere al sindacato delle scelte dei pubblici funzionari¹⁵, adombrando il costante spettro dell’avvio di indagini in loro danno.

⁹ Già sotto la vigenza dell’abuso innominato si era posto il nodo del rapporto tra la fattispecie e l’autonomia decisionale dei funzionari pubblici. Cfr. V. PATALANO, *La sindacabilità dell’atto amministrativo e la configurazione del reato di abuso innominato di ufficio*, in *Foro pen.*, 1966, p. 63 ss.

¹⁰ Ma nondimeno passato indenne sotto la scure del giudizio di legittimità costituzionale: Corte cost. 19 febbraio 1965, n. 7, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 985 ss., con nota di F. BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell’art. 323*.

¹¹ A. DI MARTINO, *Abuso di ufficio*, in A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004, p. 237.

¹² Non è possibile soffermarsi in questa sede sugli orientamenti giurisprudenziali che avevano portato all’espansione applicativa della fattispecie di cui all’art. 324 c.p. Per gli opportuni approfondimenti, v. A. DI MARTINO, *Abuso di ufficio*, cit., p. 237 ss.

¹³ F. BRICOLA, *La riforma dei reati contro la pubblica amministrazione: cenni generali*, in F. COPPI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993, p. 18 ss.

¹⁴ In dottrina, tra i tanti contributi, si vedano A. M. STILE, *Commento all’art. 16, l. 24/6/1990, n. 86*, in *Leg. pen.*, 1990, p. 331 ss.; C. F. GROSSO, *L’abuso di ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 320 ss.; T. PADOVANI, *L’abuso d’ufficio*, in M. C. Bassiouni, A. R. Latagliata, A. M. Stile (a cura di), *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, I, Milano, 1991, p. 584 ss.; A. SESSA, *Osservazioni sul nuovo delitto di abuso di ufficio*, in *Arch. pen.*, 1993, p. 356 ss.; M. PARODI GIUSINO, voce *Abuso di ufficio*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII (app. agg.), Torino, 1994, p. 600 ss. Per una puntuale ricognizione delle “metamorfosi” dell’abuso d’ufficio, G. DI VETTA, [L’abuso d’ufficio: cronaca di un «ritorno»](#), in *Criminalia*, 2016, p. 457 ss.

¹⁵ C. CUPELLI, *L’abuso d’ufficio*, in B. Romano, A. Marandola (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2020, p. 274 e bibliografia ivi riportata.

È dunque nella riforma del 1990 che il problema (ormai atavico) del “monitoraggio penale” dell’agire amministrativo affonda le proprie radici, al punto da spingere il legislatore, nemmeno un decennio dopo, a riscrivere la fattispecie¹⁶ proprio al fine di ridefinire lo spazio di sicurezza decisionale dei pubblici funzionari.

Nacque in tale contesto il problema di quella che oggi viene definita ‘burocrazia difensiva’: una costante di lungo periodo nel difficile equilibrio tra tutela penale e discrezionalità amministrativa.

La riforma del 1997, alla quale «sarebbe ingeneroso non riconoscere il merito di un apprezzabile progresso»¹⁷, venne salutata con favore da una parte della dottrina, che ravvisò in essa terreno fertile per il superamento della «paura della firma»¹⁸ che dal 1990 aveva attanagliato i pubblici funzionari: l’abuso, che prima costituiva il nucleo essenziale della tipicità, rimaneva confinato nella rubrica della disposizione, mentre la condotta si concentrava sulla violazione di legge o di regolamento; al dolo specifico si sostituiva quello intenzionale; veniva infine richiesto il verificarsi dell’evento di danno o di vantaggio¹⁹.

Anche l’enfasi nei confronti della riforma del 1997²⁰ fu breve, spegnendosi a poco a poco sotto i colpi ben assestati della giurisprudenza di legittimità.

Le questioni sono ben note, ed in questa sede possono essere solo rapidamente accennate²¹. Il primo fendente fu inferto riconducendo l’art. 97 Cost. – “nella sua parte precettiva”²² – nell’ambito della “violazione di legge” necessaria a qualificare la condotta del funzionario²³.

Altro squarcio nella tela del *tipo* è venuto dall’impiego della teoria della “norma interposta” (o della “violazione mediata”) tutte le volte in cui non fosse apprezzabile una diretta violazione di legge o di regolamento. Il caso più discusso è stato quello dell’emanazione di titoli abilitativi in violazione delle previsioni di Piano. Tutt’oggi – lo chiariremo meglio in seguito – la Cassazione afferma che la violazione del Piano (fonte non regolamentare) integra, in via interposta, la violazione delle disposizioni di legge

¹⁶ Sui propositi riformatori, V. MANES, *Abuso d’ufficio e progetti di riforma: i limiti dell’attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1219 ss.

¹⁷ M. ROMANO, *Comm. sist., I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2020, pp. 351-352.

¹⁸ V. PATALANO, *Amministratori senza paura della firma con i nuovi vincoli alle condotte punibili*, in *Guida dir.*, 1997, n.29, p. 18 ss.

¹⁹ Sulla riscrittura della fattispecie, tra i tanti, C. CUPELLI, *L’abuso d’ufficio*, in A.A. Dalia, M. Ferraioli (a cura di), *La modifica dell’abuso di ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997, p. 236 ss.; A. D’AVIRRO, *L’abuso di ufficio. Le legge di riforma 16 luglio 1997 n. 234*, Milano, 1997, p. 154 ss.; V. MANES, *Abuso di ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro it.*, II, 1998, p. 393 ss.; S. SEMINARA, *sub art. 323*, in A. Crespi, F. Stella, G. Zuccalà (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2003, p. 938 ss.; E. INFANTE, *Abuso di ufficio*, in *Trattato di diritto penale. I delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, Torino 2008, p. 320 ss.

²⁰ Si veda ad esempio Cass., Sez. 2, Sentenza n. 877 del 04/12/1997 Ud. (dep. 22/01/1998) Rv. 210224.

²¹ Per approfondimenti, v. S. MASSI, *Parametri formali e “violazione di legge” nell’abuso d’ufficio*, in *Arch. pen.*, 5 febbraio 2019.

²² Indirizzo sostanzialmente costante nel nuovo millennio, e ribadito di recente in Cass., Sez. 2, Sentenza n. 46096 del 27/10/2015 Ud. (dep. 20/11/2015) Rv. 265464.

²³ Ampiamente, A. MERLO, *L’abuso d’ufficio tra legge e giudice*, Torino, 2019, p. 82 ss.

che affidano a tale atto (il piano appunto) il compito della definizione dell'assetto del territorio (nella fattispecie gli artt. 12-13 d.P.R. 380/2001)²⁴.

Questione ancora controversa, invece, è quella che attiene alla capacità integratrice delle linee guida ANAC: secondo una interpretazione, trattandosi di disposizioni adottate secondo la procedura di cui all'art. 213, comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, anche rispetto ad esse sarebbe praticabile la logica della norma interposta²⁵; secondo altri, invece, le linee guida resterebbero meri atti amministrativi generali, in quanto atti di regolazione di un'Autorità indipendente²⁶.

Infine, l'apertura della violazione di legge allo sviamento di potere da parte delle Sezioni unite "Rossi"²⁷. Come è stato correttamente rilevato in dottrina, aderendo a questa impostazione la violazione di legge si trasforma in «violazione della legalità amministrativa *tout court*»²⁸, riportando la fattispecie in una dimensione che aveva conosciuto «sessanta o settant'anni fa»²⁹.

In definitiva, gli effetti della riforma del '97 – che si era mossa nella direzione di restringere «l'area penalmente rilevante dello sfruttamento dell'ufficio»³⁰ e di contenere le invasioni del giudice penale nella sfera di discrezionalità dell'azione amministrativa³¹ – sono stati sostanzialmente annullati dalla giurisprudenza, che ha intercettato e coltivato le «pressanti esigenze di moralizzazione dell'azione amministrativa»³², stigmatizzando con l'azione penale tutti i comportamenti ritenuti non consoni.

3.1. Le contromisure adottate e lo spettro dell'amministrazione difensiva.

La flessibilizzazione del tipo ottenuta dal diritto vivente ha suscitato reazioni diverse.

Taluna giurisprudenza di merito, pur se in modo non ineccepibile, ha imboccato la strada maestra del sindacato di legittimità costituzionale³³, ed in effetti La Corte

²⁴ Da ultimo, Cass., Sez. 6, sent. 12 novembre 2020 n. 31873.

²⁵ V. NERI, *Disapplicazione delle linee guida ANAC e rilevanza penale della loro violazione*, in *Urb. appalti*, 2018, p. 145 ss.

²⁶ V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, p. 22 ss., le cui riflessioni trovano riscontro nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, Parere n. 855/2016.

²⁷ Cass., Sez. un., Sentenza n. 155 del 29/09/2011 Ud. (dep. 10/01/2012) Rv. 251498. Sul rapporto tra eccesso di potere ed abuso d'ufficio, A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 139 ss.; di recente A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., p. 7 ss.

²⁸ C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, in B. Romano, A. Marandola (a cura di), cit., p. 283.

²⁹ Il giudizio è di T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 8, il quale però lo rivolge specificamente sulla massima riportata nel testo, piuttosto che sulla fattispecie.

³⁰ M. ROMANO, *Comm. sist.*, cit., p. 359.

³¹ Per ampie riflessioni anche sull'evoluzione storica del problema, A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, Napoli, 2012; ID., [Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio](#), in *Dir. pen. cont.*, 16 novembre 2012.

³² M. ROMANO, *Comm. sist.*, cit., p. 358.

³³ Corte cost., ord. 1° giugno 2016 n. 177.

costituzionale, pur dichiarando la manifesta inammissibilità della questione³⁴, ha aperto qualche spiraglio nella direzione di un'interpretazione restrittiva del precetto, invitando implicitamente a patrocinare interpretazioni del precetto conformi a Costituzione.

Una parte della dottrina, invece, si impegnò in maniera molto seria ad avanzare al legislatore proposte di riscrittura della fattispecie³⁵. Il riferimento è alla cd. proposta Castaldo-Naddeo, che suggeriva di arricchire il testo dell'art. 323 c.p. con l'esplicita previsione di un nesso di rischio tra condotta ed evento dannoso-vantaggioso per evitare di punire infrazioni puramente formali³⁶. Inoltre, il progetto prevedeva (in linea con l'attuale disciplina dell'art. 590^{sexies} co. 2 c.p.) la non punibilità del pubblico agente che si fosse attenuto alle linee guida o ai pareri formalmente resi dall'autorità regionale di controllo.

Il ricorso a linee guida nell'azione amministrativa è stato da più parti giudicato come una mera suggestione, essendo comunque un settore non governato da leggi scientifiche né dalla ripetibilità – anche solo statistica – dei fenomeni. In ogni caso, è sembrato discutibile attingere a stereotipi comportamentali, ove mai ipostatizzabili, per decidere della punibilità di un delitto accompagnato dal dolo intenzionale³⁷.

I pubblici funzionari, dal canto loro, hanno prediletto atteggiamenti di estrema prudenza ove chiamati a decidere su pratiche che li avrebbero esposti a future censure in ragione delle valutazioni date e delle conseguenti decisioni prese. Questa 'resistenza decisoria', foriera di un complessivo rallentamento dell'azione amministrativa, e della conseguente perdita di *chances* del cittadino, talvolta condannato ad interminabili attese di una decisione favorevole, ha suscitato nella mente di alcuni Autori³⁸ il rinvio *per analogia* alla medicina difensiva: anche nella pubblica amministrazione si sarebbe attuato un movimento difensivo contro il perenne "attenzione" da parte degli Uffici inquirenti, che si è concretizzato nelle ritardate definizioni dei procedimenti amministrativi più delicati. E proprio per ovviare all'inefficienza dell'azione amministrativa, il legislatore di riforma si sarebbe orientato nel senso della contrazione dello spazio della punibilità.

³⁴ Perché «dall'ordinanza di rimessione non si comprende per quale delle condotte indicate sia ipotizzabile la fattispecie criminosa».

³⁵ A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018; 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, p. 94 ss., nonché 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*, ivi, p. 31 ss. Da ultimo, anche in prospettiva comparatistica, F. COPPOLA, [Abuso d'ufficio: appunti per una possibile riforma dai lavori della Law Commission sulla common law offence of Misconduct in Public Office](#), in *Arch. pen.*, n. 2/2020, *passim*, nonché G. SALCUNI, *La "disciplina altrove". L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, Napoli, 2019, spec. p. 205 ss.

³⁶ A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 11.

³⁷ A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., p. 16.

³⁸ C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, in B. Romano, A. Marandola (a cura di), cit., p. 291 ss.

3.2. *La riforma del 2020: tecnica normativa e coerenza politico-criminale.*

La riforma del 2020 ha inteso restringere il perimetro applicativo della fattispecie di abuso d'ufficio, elevando, almeno nelle intenzioni del legislatore, la discrezionalità amministrativa ad elemento negativo del fatto. L'esercizio di potere discrezionale, in altri termini, segnerebbe il limite della condotta di abuso, di modo che fin dove sussista discrezionalità non ci sarà esercizio abusivo del potere³⁹.

Prima di verificare se gli obiettivi prefissati possano dirsi raggiunti, va svolta qualche riflessione sulla scelta di procedere alla riforma con decreto legge⁴⁰ ed in ordine alla complessiva coerenza del messaggio di politica-criminale offerto dallo stesso legislatore che, nell'anno precedente, aveva licenziato la "terribile" riforma che avrebbe dovuto "spazzare via" i funzionari infedeli.

Il ricorso (quasi spasmodico) alla decretazione d'urgenza in materia penale negli ultimi decenni è un dato tanto censurabile quanto consolidato. Nonostante, infatti, la dottrina segnali costantemente come quasi mai le ragioni *extra ordinem* di necessità ed urgenza, volta a volta addotte, giustifichino la rinuncia alla riserva d'organo, la prassi raramente restituisce episodi di freno ad una simile deriva, e comunque solo grazie all'intervento postumo della Corte costituzionale⁴¹.

Se poi, come accaduto nell'*iter* del D.L. "Semplificazioni", la conversione in legge avviene previa proposizione della "questione di fiducia", il Parlamento viene definitivamente esautorato dal compito di valutare nel merito le scelte operate dal Governo.

Nel caso di specie viene da dire che, al netto della necessità e dell'urgenza di far ripartire il "sistema Paese", ma anche dell'eterogeneità di materia tra l'emergenza sanitaria e la disciplina della fattispecie di abuso d'ufficio, il tema della riforma dell'art. 323 c.p. fosse tutt'altro che *extra ordinem*, benchè necessario.

La necessità di ridefinire la portata del precetto, infatti, può farsi risalire proprio (ed almeno) agli interventi giurisprudenziali che hanno consentito di sussumere nel modulo di tipicità dell'art. 323 c.p. tanto la violazione dell'art. 97 Cost., quanto lo sviamento di potere (*supra*, cfr. Sez. Un., sentenza n. 155/2012).

³⁹ M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *Arch. pen.*, 2020, 2, p. 4.

⁴⁰ Sulla compatibilità tra l'impiego del decreto legge in materia penale ed il principio di riserva di legge, *ex multis* e con diversi accenti, F. BRICOLA, *Il II ed il III comma dell'art. 25*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, XXI, Bologna, 1981, p. 238 ss.; L. CARLASSARE, voce *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, Roma, XVIII, 1990, p. 1 ss.; V. MAIELLO, *'Riserva di codice' e decreto-legge in materia penale: un (apparente) passo avanti ed uno indietro sulla via del recupero della centralità del codice*, in A.M. Stile (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2003, p. 167 ss.; M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2008, p. 32; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, p. 27-32; M. RONCO, *Il principio di legalità*, in *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2010, p. 23, p. 58; C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, p. 27 ss.

⁴¹ Per un esempio recente, Corte cost., sentenza 5 marzo 2014, n. 32.

La scelta di sottrarre al Parlamento il compito di definire ponderatamente il volto della nuova fattispecie ci pare discutibile per due ulteriori ordini di ragioni. In primo luogo, il messaggio mandato si è rivelato non del tutto attendibile (al pari di quanto accaduto per altre “riforme” varate nel corso della legislatura, come ad esempio in tema di legittima difesa⁴²), sgretolandosi, come vedremo, fin dalla prima pronuncia di legittimità sul “nuovo” abuso d’ufficio. L’impunità promessa non trova al momento – né è certo che troverà in futuro – riscontro, con seri problemi in punto di accessibilità del precetto⁴³.

Inoltre, il mancato coordinamento con la precedente “spazzacorrotti” reca con sé il rischio di generare un certo disorientamento negli uffici dell’amministrazione.

Attraverso testi normativi autonomi e non coevi vengono mandati messaggi antitetici: tranquillizzanti rispetto all’art. 323 c.p., allarmanti nel resto.

3.3. *La “violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità”.*

Il cuore della riforma sta nella sostituzione dell’inciso “in violazione di legge o di regolamento” con l’articolata formula “in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità”.

Il primo dato che colpisce è il richiamo espresso agli atti aventi forza di legge. Trattasi di evidente pleonaso, non residuando dubbi sul fatto che il rinvio alla *fonte* legge sia esteso a tutti gli atti normativi di rango primario. Né, del resto, si era mai dubitato in passato che l’oggetto della violazione potesse essere un atto equipollente alla legge.

Ben più serio il dubbio che suscita la locuzione “regole di condotta espressamente previste dalla legge”⁴⁴, che si presta a due letture antitetiche.

In un senso, molto restrittivo, si può sostenere che il legislatore pretenda che sia la legge a contenere la regola di condotta specifica⁴⁵; nell’altro, espansivo, è sufficiente che la regola di condotta specifica sia il frutto di un potere autorizzato dalla legge. In effetti, il testo della nuova fattispecie non impone che la regola di condotta sia prevista *direttamente* dalla (o ancor meglio contenuta nella) legge.

⁴² In argomento, G. L. GATTA, [Legittima difesa nel domicilio: considerazioni sui profili di legittimità costituzionale, a margine della lettera con la quale il presidente della repubblica ha comunicato la promulgazione della legge n. 36 del 2019](#), in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2019; in giurisprudenza cfr. Cass., Sez. I, sentenza 20 febbraio 2020 – 21 luglio 2020, n. 21794 in *Foro it.*, 2020, con nota di F. PARISI, “La difesa non è sempre legittima”. La Cassazione si pronuncia sulla legittima difesa domiciliare dopo la legge n. 36 del 2019.

⁴³ Come denunciato da A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., p. 21 ss.

⁴⁴ Interessanti considerazioni in N. PISANI, *L'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, cit., p. 15.

⁴⁵ Così A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 7.

Il primo indirizzo – a quanto è dato apprendere da fonti giornalistiche⁴⁶ – è stato convalidato in alcune recentissime decisioni di merito (rese addirittura nella fase predibattimentale delle indagini ovvero dell’udienza preliminare)⁴⁷.

La seconda lettura, invece, ha trovato riscontro nella giurisprudenza di legittimità⁴⁸. La questione si è posta – prima ancora della sentenza in commento – in relazione al caso del rilascio di un permesso di costruire illegittimo per violazione degli strumenti urbanistici. La Corte, ribadendo la vitalità della tesi della violazione di legge interposta, ha concluso che il permesso di costruire costituisce l’epigono della regola di condotta specifica prevista dalla legge, dovendo conformarsi alle indicazioni degli artt. 12-13 T.U.E., con conseguente *perpetuatio* della responsabilità penale⁴⁹.

Il requisito appena discusso viene arricchito di un ulteriore elemento qualificativo, atteso che dalle regole di condotta *de quibus* non devono residuare *margini di discrezionalità*.

In sede di primo commento, autorevole dottrina⁵⁰ ha rilevato come il legislatore abbia «inteso proclamare con irta tassatività che l’abuso si deve risolvere nell’inosservanza di un dovere vincolato nell’*an*, nel *quid* e nel *quomodo* dell’attività», precisando immediatamente, però, che «i casi in cui la legge determina il *se*, il *cosa* e il *come* di una condotta imposta ad un agente pubblico sono non solo rari, ma attinenti ad una sfera minuta dell’attività amministrativa: quella di mera esecuzione».

Provando a fornire una ricostruzione dell’*intentio legis*, sembrerebbe ipotizzabile che il legislatore abbia voluto escludere dal fatto tipico le decisioni prese dal funzionario a fronte di alternative di pari dignità, tutelando la scelta discrezionalmente effettuata⁵¹. Tale iniziativa, finalizzata a limitare il sindacato del giudice penale sulle decisioni dell’amministrazione, pare determinare un esito esattamente opposto. Sul punto si tornerà in seguito; qui basti anticipare che anche nella sentenza in commento, con una sorta di *obiter* preliminare, la Suprema Corte ribadisce che in caso di sviamento di potere continuerà a trovare applicazione l’art. 323 c.p.

⁴⁶ Si veda l’articolo pubblicato sul quotidiano “La Repubblica” del 21 gennaio 2021, a firma di Corrado Zunino “[La riforma dell’abuso d’ufficio pietra tombale per i concorsi falsi](#)”, ove si indicano tre decisioni concernenti indagini su concorsi celebrati presso le Università di Foggia, Pescara e Macerata.

⁴⁷ G.U.P. Pescara, sentenza 23 dicembre 2020, citata nell’articolo di stampa di cui alla nota che precede, secondo cui “*L’inosservanza delle regole contenute nel bando di concorso non può avere rilievo per la configurabilità del reato all’articolo 323 del codice penale atteso che trattasi di violazione di un mero atto amministrativo*”.

⁴⁸ Cfr. la già citata Cass., Sez. 6, sent. 12 novembre 2020 n. 31873. La decisione è segnalata anche da A. MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., p. 5.

⁴⁹ In argomento, M. GAMBARDELLA, *Abuso d’ufficio e concessione edilizia illegittima: il problema delle norme di legge a precetto generico o incompleto*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 350 ss.

⁵⁰ T. PADOVANI, *op. cit.*, pp. 8-9, che aggiunge: «L’idea di erigere una cinta immunitaria intorno alla discrezionalità amministrativa rappresenta, di per sé, una flagrante violazione del principio di uguaglianza. Si tratta, né più né meno, di attribuire all’agente pubblico un potere dispositivo assoluto sottratto al vaglio giudiziale».

⁵¹ Il problema è affrontato anche da M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., p. 142, che segnala proprio come l’eccesso di potere possa configurarsi solo al cospetto di una attività discrezionale.

Ma volendo anche prescindere dal tema del sindacato penale sulle scelte di esercizio del potere da parte dei funzionari⁵², il rinvio a *residui margini* di discrezionalità appare scivoloso per via delle incertezze che accompagnano il concetto stesso di discrezionalità amministrativa.

Il primo aspetto da considerare è che la discrezionalità non costituisce una categoria uniforme; al contrario, essa è *agita* in modi diversi a seconda dei contesti in cui si opera. Basti menzionare le ipotesi di discrezionalità *tecnica*⁵³, ovvero di discrezionalità *vincolata* per dubitare della precisione dell'iniziativa del legislatore di riforma.

Inoltre, ove anche esista un potere discrezionale del funzionario, questo non può essere esercitato in violazione dei presupposti normativi del potere stesso, a partire dall'imparzialità, pena la trasformazione della discrezionalità in arbitrio.

Infine, vi è da considerare che il rinvio ai margini di discrezionalità rende il precetto in parte "bianco". Trattandosi, a nostro avviso, di un elemento di reale integrazione⁵⁴ (seppur negativo⁵⁵), il giudice penale sarà ancor più incentivato ad intervenire nelle scelte amministrative, indagando il fondamento del potere discrezionalmente esercitato. Essendo la disposizione incriminatrice resa "bianca" in relazione ad un elemento extra-penale di incerta definizione, si rischia di far derivare la tassatività del precetto dalla interpretazione giudiziale delle disposizioni extra-penali che attribuiscono e regolano poteri discrezionali connessi alla funzione.

In sintesi, ove si imponga l'indirizzo interpretativo che continua a riconoscere rilevanza alla violazione di legge interposta, la riforma potrebbe segnalarsi per una singolare eterogenesi dei fini, dando la stura ad un intervento ancor più penetrante della giurisdizione penale in ambito amministrativo. Come acutamente rilevato da Massimo Donini, ragionando su una *riforma imposta da una prassi giudiziale deviante*, «Non si può pensare di eliminare il penale con semplici eccessi di frammentarietà, perché così facendo esso ritornerà per altre vie, ermeneutiche o legislative. 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". E la supplenza giudiziaria è espressione di una malattia della società, prima che del sistema giuridico»⁵⁶.

⁵² Su cui, ampiamente, M. GAMBARDILLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002.

⁵³ Esclusa dall'area del penalmente rilevante secondo M. GAMBARDILLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., p. 143.

⁵⁴ Non essendo possibile attingere alla *sfera parallela dei laici* per colorare di significato l'elemento, specie in ragione dell'esistenza di molteplici diramazioni della discrezionalità amministrativa. Sui presupposti del fenomeno di reale integrazione del precetto, G.L. GATTA, *Abolition criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008, p. 92 ss.

⁵⁵ T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 10.

⁵⁶ M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto*, cit., p. 20.

4. Gli effetti di diritto intertemporale nella decisione in commento.

Il principale punto di interesse della sentenza che si annota è rappresentato dalla componente del *decisum* afferente agli effetti intertemporali della modifica del tipo di cui all'art. 323 c.p. Nonostante l'intervenuta prescrizione del reato, la Corte ha proceduto alla verifica della sussistenza della continuità normativa per l'eventuale pronuncia di una sentenza ampiamente liberatoria nei confronti del ricorrente, anche in ragione della presenza di una parte civile costituita.

A nostro avviso l'opera di chiarificazione diacronica proveniente dalla Corte si muove su due piani distinti: uno, che potrebbe definirsi *principale*, è quello che procede al raffronto strutturale tra le disposizioni in avvicendamento; l'altro, che risulta *apparentemente secondario* ai fini della decisione, attiene invece alla continuità interpretativa di taluni elementi della tipicità.

Per introdurre il piano *principale* del giudizio, la Corte ricorda che l'abuso di ufficio è fattispecie posta a presidio dei «valori fondanti dell'azione della Pubblica amministrazione, che l'art. 97 della Costituzione indica nel buon andamento e nella imparzialità», per poi inquadrare «i nuovi elementi di fattispecie (...) introdotti dalla più recente riforma»: «si pretende oggi che la condotta produttiva di responsabilità penale del pubblico funzionario sia connotata, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, dalla violazione di regole cogenti per l'azione amministrativa, che per un verso siano fissate dalla legge (non rilevano dunque i regolamenti, né eventuali fonti subprimarie o secondarie) e per altro verso siano specificamente disegnate in termini completi e puntuali. Di qui il lineare corollario della limitazione di responsabilità penale del pubblico funzionario, qualora le regole comportamentali gli consentano di agire in un contesto di discrezionalità amministrativa, anche tecnica: intesa, questa, nel suo nucleo essenziale come autonoma scelta di merito - effettuata all'esito di una ponderazione comparativa tra gli interessi pubblici e quelli privati - dell'interesse primario pubblico da perseguire in concreto». Su queste basi, la Corte conclude che la nuova disposizione ha un ambito applicativo ben più ristretto di quella previgente, «sottraendo al giudice penale tanto l'apprezzamento dell'inosservanza di principi generali o di fonti normative di tipo regolamentare o subprimario (neppure secondo il classico schema della eterointegrazione, cioè della violazione "mediata" di norme di legge interposte), quanto il sindacato del mero "cattivo uso" - la violazione dei limiti interni nelle modalità di esercizio - della discrezionalità amministrativa».

Questi due passi della sentenza sono decisivi sia perché costituiscono il prelude all'affermazione dell'effetto di parziale *abolitio criminis*, sia proprio tra i due capoversi virgolettati si colloca l'*obiter* che definisce il piano della decisione prima qualificato come *apparentemente secondario*.

Condividendo una impostazione già avanzata dalla dottrina⁵⁷, la Corte individua i tre aspetti che segnalano l'intervenuto ridimensionamento dell'estensione del fatto

⁵⁷ G. L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit.,

tipico: la fonte (la legge), l'oggetto (le regole specifiche) e il contenuto (l'assenza di discrezionalità) della violazione commessa dal pubblico funzionario.

Nessun dubbio sulla linearità e correttezza del raffronto strutturale: effettivamente i profili di specialità della nuova disposizione sono tanto evidenti da non dare adito a dubbi.

Si può concludere, dunque, che il piano *principale* della decisione si muova lungo un tracciato incontrovertibile: la novella ha restituito una disposizione unilateralmente speciale rispetto a quella generale previgente, determinando un'*abolitio criminis* parziale⁵⁸.

Il secondo dei due passi prima riportati contiene un'ulteriore indicazione interpretativa di particolare interesse, che attiene proprio alla *fonte* della violazione comportamentale del pubblico funzionario. La Corte, infatti, si pronuncia per la sopravvenuta irrilevanza penale dell'inosservanza *dei principi generali* (alludendo evidentemente all'art. 97 Cost.) e di tutte le fonti di rango subprimario, la cui inosservanza non sarà più punibile neppure secondo lo schema della *violazione di norme di legge interposte*. Se rispetto ai principi generali la conclusione appare salutare e coerente con il testo della disposizione, specie considerando che dall'art. 97 Cost. non «possano ricavarsi espresse e specifiche regole di condotta a carattere vincolante»⁵⁹, più controversa risulta la moratoria nei confronti della violazione di norme interposte.

Come segnalato in precedenza, la non inequivoca stesura del precetto si apre a due letture opposte e dunque la sentenza che si annota mostra di aderire a quella più restrittiva, valorizzando l'avverbio *espressamente* che campeggia nella disposizione riformulata.

Ci sembra una presa di posizione forte, specie ribadendo come, pochi mesi prima, la Corte aveva patrocinato un epilogo interpretativo diametralmente opposto e favorevole alla perdurante rilevanza della violazione di legge interposta, qualificando la violazione della fonte subprimaria (nella specie, il regolamento edilizio definito come un *atto amministrativo generale*) come «presupposto di fatto della violazione legale».

Simile impostazione suggerisce un confronto con alcune nozioni di diritto amministrativo. Gli *atti amministrativi generali* sono quegli atti capaci di produrre effetti nei confronti di una generalità di soggetti, titolari di determinati rapporti cui l'atto stesso si riferisce (si pensi ai bandi di concorso, o agli atti di aggiornamento dei canoni di concessione di beni demaniali). Gli atti amministrativi generali «sono ricollegabili allo schema *norma-potere-effetto*: la legge non produce direttamente l'effetto in quanto attribuisce il relativo potere all'amministrazione», ma la produzione dell'effetto «non necessita di un ulteriore esercizio di poteri»⁶⁰. In sostanza, la produzione dell'effetto non risale immediatamente alla legge, ma questa attribuisce ad un soggetto il potere di

⁵⁸ Per le ulteriori indicazioni di metodo funzionali all'accertamento dell'*abolitio*, G.L. GATTA, [Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis](#), in questa *Rivista*, 2 dicembre 2020.

⁵⁹ A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 8.

⁶⁰ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2004, p. 330.

emanare atti che determinino quell'effetto. La legge attribuisce il potere, il cui esercizio mediante provvedimenti amministrativi produce l'effetto che la legge vuole.

Ne dovrebbe conseguire che dove c'è un atto amministrativo generale non può essere la legge a individuare le specifiche regole di condotta che il funzionario deve seguire.

Proprio in ambito urbanistico, la legge (artt. 12-13 d.P.R. 380/2001) si limita a individuare il soggetto (art. 13, il dirigente o responsabile dello sportello unico) titolare del potere al rilascio di un determinato provvedimento (il permesso di costruire), che produrrà l'effetto, prescrivendo che quel potere sia esercitato secondo le indicazioni di atti diversi dalla legge stessa (art. 12, gli strumenti urbanistici e i regolamenti edilizi, nonché la disciplina urbanistico-edilizia vigente). In altri termini, non è certo la legge a definire le specifiche regole di condotta; essa piuttosto individua gli atti cui è demandato tale compito.

Ora, se la giurisprudenza intende qualificare questi atti come "presupposti" della violazione di legge da una parte coglie certamente nel segno, perché è innegabile che solo violando l'atto generale (incaricato dalla legge di dettare la disciplina) si possa violare (indirettamente) la legge; dall'altra, però, travisa il precetto, poiché abilita la rilevanza penale della violazione di regole di condotta non previste in via espressa dalla legge.

In attesa della maturazione di un indirizzo interpretativo affidabile vi è comunque da dire che molto difficilmente la fonte primaria contiene regole specifiche dell'azione amministrativa, sia per la tendenza alla delegificazione che è tipica del diritto pubblico, sia perché è fisiologico che la legge lasci a fonti subordinate il compito della definizione minuta delle modalità di esercizio del potere. Breve: l'adesione all'indirizzo restrittivo, per quanto in linea con la costruzione lessicale del precetto, lo confinerebbe all'inapplicabilità.

Per concludere sul punto, però, non si può trascurare di segnalare che, proprio nel caso oggetto di giudizio nella sentenza in commento, la Corte non precisi se la delibera oggetto di censura sia stata resa "in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge": è bensì accertato che la riorganizzazione aziendale realizzata dal ricorrente difettesse della preventiva adozione del cd. atto aziendale, ma la Corte non chiarisce se questo fosse espressamente richiesto dalla legge. Ed infatti la decisione vira sulla esistenza (nel caso oggetto di ricorso) di un margine residuo di discrezionalità "oggi sottratto al sindacato di rilievo penale".

Anche questa impostazione appare incongruente: se la Corte ha premesso che oggi rilevano solo le violazioni di regole di condotta contenute nelle fonti primarie, è quanto meno singolare che non si sia preoccupata di indagare se la irregolarità contestata al ricorrente rinvenisse o meno nella legge la propria disciplina.

4.1. *L'obiter sullo sviamento di potere.*

Si è volutamente posticipato l'approfondimento dell'*obiter dictum* della decisione dedicato al giudizio di perdurante rilevanza penale dello sviamento di potere e collocato incidentalmente tra i due passaggi salienti prima riportati⁶¹.

La scelta espositiva non ci pare casuale, nella misura in cui la Corte collega la puntualizzazione in discorso alla riflessione sulla discrezionalità amministrativa e la antepone all'affermazione di parziale *abolitio*: il residuo di discrezionalità impedisce l'attivazione della risposta penale «*sempreché l'esercizio del potere discrezionale non trasmodi tuttavia in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici – c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità – laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito*»⁶².

Lo sviamento di potere, dunque, rappresenta l'eccezione generale all'*abolitio*.

Chiaro come la Corte intenda ribadire la validità dell'orientamento sancito dalle Sezioni unite "Rossi"; meno evidenti i referenti testuali a sostegno di questa opzione. La precisazione, in effetti, appare a tratti apodittica, poiché non ulteriormente argomentata, ed a tratti contraddittoria, nella misura in cui essa rimanda alla violazione dei principi dell'imparzialità e del buon andamento dei quali, nel capoverso precedente, la Corte aveva sancito la sopravvenuta inutilizzabilità nella ridefinizione del precetto.

Anche in questo ambito non appare superfluo un confronto con il diritto amministrativo, specie considerando che la dottrina di settore ritiene che il tema dell'eccesso di potere «è di una vastità tale da risultare nella sua pienezza intrattabile»⁶³. Nella manualistica si insegna che «il vizio di eccesso di potere è il risvolto patologico della discrezionalità. Esso sussiste quando la facoltà di scelta spettante all'amministrazione non è correttamente esercitata»⁶⁴. Trasferendo queste nozioni nel giudizio sull'art. 323 c.p., si accresce il sospetto di trovarsi innanzi ad una contraddizione. L'eccesso di potere, infatti, «è predicabile soltanto con riferimento agli atti discrezionali. (...) Classica forma dell'eccesso di potere è lo sviamento, che ricorre allorché l'amministrazione persegue un fine differente da quello per il quale il potere le è stato conferito»⁶⁵. Se si condividono queste premesse, l'*obiter* in discorso si colloca ben oltre l'interpretazione *praeter legem* con funzione di compatibilità costituzionale recentemente avallata dalla giurisprudenza delle Sezioni unite⁶⁶, ma appare addirittura *contra legem*, nella misura in cui abilita l'applicazione della fattispecie in un contesto

⁶¹ Sull'eterno problema dell'eccesso di potere, A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., p. 62 ss.

⁶² Cfr. sentenza in commento, p. 5. L'altra eccezione, che qui non prendiamo in considerazione perché non direttamente rilevante e soprattutto perché figlia dell'applicazione ordinaria della disciplina della successione delle leggi penali nel tempo, attiene alla possibilità di riqualificare il fatto nei termini di cui alla seconda parte dell'art. 323 c.p., e dunque sotto forma di omessa astensione. Il passaggio in questione è sottolineato anche da A. MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., p. 7.

⁶³ E. CARDI, S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo) (I agg.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2012, 1 ss.

⁶⁴ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 491.

⁶⁵ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 492.

⁶⁶ Cass., Sez. un., Sentenza n. 8770 del 21/12/2017 Ud. (dep. 22/02/2018).

ontologicamente caratterizzato dalla presenza della discrezionalità, condizione che, proprio secondo il testo della disposizione, dovrebbe impedirne l'operatività. In altri termini, se il presupposto dello sviamento di potere è la presenza di discrezionalità e se l'art. 323 c.p. non dovrebbe trovare applicazione ogniqualvolta residui un margine di discrezionalità in capo al funzionario agente, lo sviamento di potere dovrebbe collocarsi al di fuori del recinto di tipicità dell'abuso d'ufficio.

L'*obiter* in esame, dunque, rafforza il sospetto che il nuovo assetto della disposizione codicistica favorisca un intervento ancor più penetrante della giurisprudenza penale nell'azione dei pubblici funzionari, approfittando delle peculiari criticità che il nuovo testo presenta. Basterà, infatti, andare alla ricerca dello sviamento di potere per garantire la persistente vitalità dell'abuso d'ufficio.

5. Una notazione in punto di dolo intenzionale.

Il caso oggetto di giudizio suggerisce un'ultima considerazione, che guarda alla componente soggettiva del tipo criminoso.

Come è noto, la giurisprudenza affida l'accertamento del dolo ad una serie di «indici fattuali»⁶⁷ tra i quali assume rilievo principale la «macroscopica illegittimità dell'atto»⁶⁸.

Una delle più interessanti questioni che si pongono in argomento attiene al giudizio di sussistenza del dolo intenzionale qualora l'agente persegua anche una finalità pubblicistica. La giurisprudenza si mostra particolarmente sensibile al problema, precisando che non sarà integrato il dolo di fattispecie qualora «il perseguimento dell'interesse pubblico costituisca l'obiettivo esclusivo o primario dell'agente»⁶⁹: in simili ipotesi, infatti, si assisterà alla «degradazione del dolo di danno o di vantaggio da dolo di tipo intenzionale a mero dolo diretto od eventuale»⁷⁰.

Muovendosi lungo siffatte coordinate, il giudizio sul caso di specie appare ancor più singolare. Nelle fasi di merito, infatti, gli indici sintomatici della sussistenza del dolo intenzionale erano stati individuati «nella assenza di una seria ed urgente finalità riorganizzativa dell'Azienda», nel «difetto del necessario presupposto dell'adozione del cd. atto aziendale» e nel «diniego di incontri per chiarimenti» con il soggetto (che poi sarebbe stato) danneggiato dall'atto di riorganizzazione aziendale.

Come si ricorderà, però, la dequalificazione del Servizio Prevenzione e Protezione rispondeva alla necessità di ripristinare la legalità violata: quello stesso Servizio, infatti, era stato elevato a struttura complessa senza alcun atto aziendale.

A fronte di questi elementi, la Corte conclude che la delibera resa dall'imputato, non sussistendo conflitto di interessi, né una «oggettiva distorsione dai fini pubblici di buon andamento, efficienza ed economicità perseguiti dallo stesso ente», «rientra tra

⁶⁷ Così da ultimo Cass., Sez. 5, Sentenza n. 37517 del 02/10/2020 Ud. (dep. 28/12/2020) Rv. 280108.

⁶⁸ Cass., Sez. 6, Sentenza n. 52882 del 27/09/2018 Ud. (dep. 23/11/2018) Rv. 274580.

⁶⁹ Ancora Cass., Sez. 5, Sentenza n. 37517 del 02/10/2020 Ud. (dep. 28/12/2020) Rv. 280108.

⁷⁰ Cass., Sez. 6, Sentenza n. 51127 del 17/09/2019 Ud. (dep. 18/12/2019) Rv. 278938.

quelle scelte di merito che, nel contesto della discrezionalità amministrativa, la nuova formulazione dell'art. 323 cod. pen. sottrae al giudice penale».

Ora, se è sempre preferibile che l'assoluzione dell'imputato intervenga per l'insussistenza degli elementi della fattispecie oggettiva, a nostro avviso nel caso di specie risultava altresì palese la mancanza del dolo intenzionale, e forse la Corte avrebbe dovuto spendere qualche parola al riguardo.

Il ricorrente, infatti, aveva agito per rimediare ad una decennale violazione della legalità amministrativa, perseguendo un fine pubblico destinato a prevalere rispetto a qualsiasi movente privato eventualmente sottostante.

6. Riflessioni conclusive.

La sentenza in commento lascia trasparire tutta la difficoltà che accompagna la dimensione *in action* del nuovo art. 323 c.p. Se, infatti, *in the books* l'effetto di *abolitio criminis* parziale è di immediata percezione, la prudenza con cui la Corte approccia al tema dello sviamento di potere e le incertezze che accompagnano l'indagine su violazione di regole di condotta e residui di discrezionalità destano più d'una perplessità.

Le affermazioni di principio, infatti, non appaiono sorrette dal metodo del giudizio: la sentenza non si interroga sulla tipologia di violazione sussistente nel caso di specie, ma concentra le proprie attenzioni sulla presenza di un margine di discrezionalità che viene peraltro affermato senza ulteriori spiegazioni. Non viene menzionata la fonte di siffatta discrezionalità, venendone piuttosto sancita la sussistenza in fatto, peraltro attraverso una formula dubitativa: la Corte, invero, afferma solo che «non sembra estraneo alla sfera dei poteri di riorganizzazione dell'Azienda ospedaliera (...) un margine consentito di discrezionalità amministrativa».

Eppure, dietro questa affermazione c'è un giudizio sul merito amministrativo di particolare pervasività, oltre che di sospetta arbitrarietà in assenza di ulteriori chiarimenti a sostegno del convincimento espresso.

Allo stesso tempo, l'esistenza di un orientamento di legittimità meno rigido di quello adottato dalla decisione annotata, e fondato sul giudizio – operato dal giudice penale – circa il rapporto tra fonte suprema e precetto, contribuisce a rafforzare la preoccupazione di future tensioni tra la legalità della *disposizione* e il vissuto della *norma*⁷¹.

Per negare l'*abolitio* e piegare il nuovo precetto dell'art. 323 c.p. alle ragioni della punibilità dei funzionari pubblici sarà sufficiente inquadrare il fatto nello sviamento di potere, ovvero riconoscere la violazione di un presupposto di fatto della violazione di legge, inteso quale qualsivoglia atto cui la legge rimanda per la definizione dell'assetto degli interessi in gioco.

⁷¹ Per una recente ricostruzione storica del *diritto penale giurisprudenziale*, A. MANNA, [La storia del diritto penale "giurisprudenziale"](#), in [dirittodididifesa.eu](#) del 14 febbraio 2021. Per approfondimenti nel rapporto tra riserva di legge e 'diritto dei giudici', V. MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Napoli, 2020.

Il paventato sospetto di una eterogenesi dei fini della riforma rischia, dunque, di concretizzarsi ove non intervenga una seria e definitiva presa di posizione della giurisprudenza a favore della rigida interpretazione letterale della disposizione.

Infine, come pure rimarcato nella sentenza in commento, la seconda modalità realizzativa dell'abuso d'ufficio – ossia l'omessa astensione in presenza di un conflitto di interessi – è rimasta insensibile all'ultima riforma, le cui limitazioni operano esclusivamente per la condotta di violazione di legge.

Anche sotto questo profilo, vanno condivisi i timori della dottrina circa il possibile recupero interpretativo di quello spazio di tipicità per colmare il vuoto lasciato dalla intervenuta *abolitio criminis* parziale.