

## ANTICIPAZIONI

---

**MARCO NADDEO**

### **La nuova struttura dell'art. 323 c.p.\***

L'abuso di ufficio è stato profondamente modificato dall'art. 23, decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76. La riforma ha ristrutturato l'art. 323 c.p. incidendo in maniera significativa sul *disvalore di azione* al fine di contenere la espansione applicativa della *norma*. Restano tuttavia inalterati il profilo del *disvalore di evento* e l'inosservanza dell'*obbligo di astensione* che rendono la fattispecie asimmetrica, esponendola al rischio di un'ermeneutica incontrollata. Le prime pronunce della Cassazione evidenziano la precarietà del recente assetto, lasciando già presagire prospettive *de lege ferenda*.

*The reform of art. 323 c.p.*

*Office abuse has been profoundly modified (ex art. 23, D.L. no. 76 of July 16, 2020). The reform restructured art. 323 c.p. and modified the share value in order to reduce its application. The disvalue of the event and the failure to comply with the obligation to abstention remain unchanged, making the case asymmetrical, exposing it to the risk of uncontrolled hermeneutics. The first rulings of the Supreme Court highlight the precariousness of the recent structure, leading to prospects for further modification*

**SOMMARIO:** 1. L'interesse tutelato nelle attuali geometrie dell'art. 323 c.p. - 1.1. (*segue*) La responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/2001 quando "il fatto offende gli interessi finanziari dell'Unione europea" - 2. Soggetto attivo e contesto operativo quali coordinate della dimensione offensiva. - 3. Il disvalore di azione dalla *legalità effettuale* alla *law in the books*. - 3.1. L'*inosservanza del dovere di astensione* e le capacità prismatiche del *tipo*. - 4. Il disvalore di evento: ingiustizia del *vantaggio* o del *danno*. - 5. L'incriminazione tra *extrema ratio* e sindacabilità dell'atto amministrativo. - 6. Questioni di diritto intertemporale.

1. *L'interesse tutelato nelle attuali geometrie dell'art. 323 c.p.* La interpretazione dell'art. 323 c.p. (*abuso d'ufficio*) deve tener conto del bene giuridico tutelato, che può farsi garante della lettura sostanzialistica del precetto e, insieme al principio di *offensività*, misurare il disvalore del fatto tipizzato, assecondandone un'applicazione tassativa nel rispetto del principio di legalità formale. Preservato dalla indebita diluizione nello *scopo della norma incriminatrice*, l'interesse giuridico può presiedere alla fase ermeneutica imponendo al giudice l'accertamento della effettiva lesione (o messa in pericolo) conseguente alla condotta. Premessa indispensabile che impone al *disvalore di azione* di emanciparsi e distinguersi dalla mera *disobbedienza*<sup>1</sup>, proiettando l'attenzione sul *disvalore di evento* che è parametro epistemologicamente verificabile.

Declinare l'oggetto giuridico in funzione selettiva è particolarmente utile per assicurare la tenuta applicativa di una fattispecie a carattere *residuale* come

---

\* Contributo destinato al collettaneo *La riforma dell'abuso d'ufficio*, a cura di Castaldo, Torino, 2021.

<sup>1</sup> HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten*, Bensheimer, 1919, 94.

l'abuso d'ufficio e lo è ancor di più se si pone mente alla natura bifronte delle condotte che la caratterizzano.

Collocato tra i *delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, l'art. 323 c.p. è destinato ad assorbire ogni fatto che *non costituisca più grave reato*; l'inquadramento sistematico ne consente l'applicazione ogni volta che la violazione di (specifiche) norme si accompagni al tradimento delle finalità di *imparzialità* e/o di *buon andamento* dell'amministrazione che prende corpo nell'*ingiusto vantaggio patrimoniale* (procurato a sé o ad altri) ovvero nel *danno ingiusto* (ad altri arrecato).

Il nucleo dell'oggetto giuridico, insomma, è rappresentato dal *buon andamento*, dalla *imparzialità* e dalla *trasparenza* cui deve essere improntata l'azione dei pubblici ufficiali, appunto destinatari di poteri da esercitare nell'interesse della pubblica amministrazione. Non a caso, il *Tatbestand* è quello di un reato proprio che ritrae soggetti giuridicamente qualificati "*nello svolgimento delle funzioni o del servizio*". In quest'ottica, il reato ha natura *monoffensiva* e l'eventuale danno ingiusto subito dal privato non è suscettibile di sradicare la titolarità dell'interesse protetto dalla sfera della pubblica amministrazione (unica parte legittimata alla proposizione dell'atto di opposizione alla richiesta di archiviazione del P.M. ovvero del reclamo avverso il provvedimento di archiviazione del G.I.P.), lasciando al *danneggiato* - sguarnito di diritti processuali in fase d'indagini - la sola legittimazione a costituirsi parte civile nel processo (sez. III, 10/18811 e, nella stessa ottica, sez. II, 97/3529, conf. sez. VI, 98/17, sez. VI, 99/1147, conf. sez. VI, 97/1106, sez. V, 99/2133).

Si tratta di un indirizzo che valorizza la gerarchia degli interessi, preferendo la duttilità ermeneutica degli avamposti (pubblicistici) al bene giuridico-finale del privato sul quale è fisiologicamente destinata a impattare la condotta del pubblico agente nelle ipotesi di abuso *in danno*<sup>2</sup>. Di contro, porre l'interesse privatistico sullo stesso piano di quelli della pubblica amministrazione significa considerare l'abuso d'ufficio come reato *plurioffensivo* con conseguenze processuali (il privato rivestirà la qualità di parte offesa con abilitazione

---

<sup>2</sup> Segnala come "*il danno ingiusto subito dal soggetto prevaricato passi necessariamente attraverso un comportamento lesivo degli interessi tradizionali dell'amministrazione e solo nei limiti di tutela a questa apprestata*", CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di Romano-Marandola, Torino, 2020, 276. L'Autore precisa che al diritto del privato è riconosciuta una tutela *indiretta*, l'evento del reato coinciderà con la sola lesione al bene giuridico dell'imparzialità, che dovrà essere "*a sua volta collegata all'illegittimità della condotta, secondo i parametri specifici contenuti nella norma*". Si tratta di una soluzione interpretativa in grado di salvaguardare il corollario della tassatività in sede applicativa.

all'esercizio dei diritti di cui agli artt. 408 ss. c.p.p.)<sup>3</sup> ed esegetiche (Cass. pen., Sez. VI, 08/17642). D'altra parte, la tesi della dotazione plurioffensiva dell'art. 323 c.p. impone a maggior ragione il confronto con il concetto di *pubblica amministrazione funzione*<sup>4</sup>, impegnando l'interprete in un lavoro di precisione che consenta di puntare la focale repressiva sul reale contenuto di tale *funzione* e non certo sul mero formalismo provvedimentale che deve attualizzarlo. In questa direzione, è irrinunciabile sfruttare il disvalore d'evento come dato esprimente l'offesa all'interesse protetto.

Si tratta di un assunto non rispettato dalla riforma del 2020, che si è concentrata esclusivamente sulla violazione di legge, rischiando la deriva formalistica del precetto, dal quale è stata espunta una porzione significativa dell'attività illecita dei pubblici agenti. Senza contare che l'attuale modello di P.A. ha superato il ruolo di mera esecuzione passiva della legge, assumendo il delicato compito di ricomporre contrapposti interessi (pubblici e privati), grazie alla componente *discrezionale* che, sottratta al *tipo*, continua criminologicamente a rappresentare il terreno di coltura degli abusi più gravi.

Sostituire il bulino selettivo del monomio fondato sulla concreta offesa del bene giuridico con l'ingessatura oggettivistica tipica della violazione di leggi *vincolanti* rischia di confondere la pretesa *illegittimità* della condotta con la mera *irregolarità*, escludendo dal bilanciamento degli interessi i criteri di *economicità* ed *efficacia* che, viceversa, devono orientarne la composizione.

Al contrario, mantenere fermo il baricentro della norma sull'offesa del buon andamento della pubblica amministrazione (anche quale bene giuridico intermedio rispetto alla lesione dell'interesse privatistico) consente di recuperare quel disvalore d'evento sul quale si innerva l'*abuso* penalmente rilevante, preservando la valenza dell'*eccesso di potere* laddove esso si traduca nello *sviamento* che innesca la transizione dal "merito amministrativo" al "merito privato" di consistenza criminosa<sup>5</sup>.

Il taglio del riformatore è dunque destinato a riflettersi sui beni giuridici che la fattispecie continua a preservare solo da particolari forme di aggressione, ovvero da azioni "*in violazione di specifiche regole di condotta (...) dalle quali non residuino margini di discrezionalità*"<sup>6</sup>.

<sup>3</sup>In tal senso, ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2019, 352 ss., che considera "riduttivo ritenere il privato semplice danneggiato".

<sup>4</sup>Ne ripercorre lucidamente le tappe fondamentali Sessa, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2006, 95 ss.

<sup>5</sup>PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen.*, 7-8/2020, spec. 14 ss.

<sup>6</sup>Locuzione immediatamente tacciata di contraddittorietà implicita da chi ha evidenziato che "*le regole sono generali e astratte. Le prescrizioni invece sono esistenziali e sono specifiche*", motivo per cui

(segue) La responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/2001 quando “*il fatto offende gli interessi finanziari dell’Unione europea*”. Il D.L. 16 luglio 2020, n. 76 (conv. in L. 11 settembre 2020, n. 120) ha trascurato il bene-giuridico, quale criterio critico-orientativo di politica criminale, mentre il D.lgs. 14 luglio 2020, n. 75 poneva al centro del suo percorso di incriminazione proprio l’interesse. Certo, anche in questo caso il legislatore non ne ha utilizzato le potenzialità selettive, ma si è servito del bene giuridico in chiave *legittimista*, allargando l’orizzonte dell’art. 323 c.p. in modo da includere tra i soggetti attivi anche l’ente, che sarà chiamato a risponderne ex art. 25, comma 1, del D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Intervenendo in maniera disorganica sul catalogo dei reati presupposto<sup>7</sup>, il D.lgs. 75/2020 irrobustisce il comparto dei reati tributari – inaugurato dal Decreto Fiscale 2020<sup>8</sup> con l’introduzione delle fattispecie contemplate dal D.lgs. 74/2000 all’art. 25-*quinqüesdecies*, D.lgs. 231/2001 – e prosegue nel percorso di crescita della responsabilità amministrativa dell’ente da reato. Il portato integrativo – recepito dalla Direttiva PIF 2017/1371 UE, che ha innovato in tema di reati tributari e responsabilità degli enti collettivi – viene riversato nel comma 1-*bis* dell’art. 25-*quinqüesdecies* (reati tributari), nell’art. 25-*sexiesdecies* (contrabbando) e, infine, negli artt. 24 e 25, comma 1, D. Lgs. 231/2001 che dal 30 luglio 2020 vedono la nozione di (reati in danno della) Pubblica Amministrazione sostanzialmente estesa anche all’Unione europea.

Per quanto qui d’interesse, l’ampliamento del *numerus clausus* dei reati di cui

---

“*l’aggettivo specifiche nega il sostantivo regole e le regole, a loro volta, non possono essere specifiche*”, così PERONGINI, *L’abuso d’ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione. Con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n. 120/2020*, Torino, 2020, 152. Senza contare che “*non sempre un abuso di poteri o di qualità integra gli estremi della violazione di legge o di regolamento*”, così – prima della riforma – BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione: un primo commento*, in *Riv. Federalismi.it*, 2012, 15.

<sup>7</sup>In argomento, SOMMELLA, *Attuazione in Italia delle norme di contrasto alle frodi lesive degli interessi finanziari dell’Unione e responsabilità da reato degli enti: qualche riflessione*, in *Riv. quad. Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 3/2020, 263 s., il quale lamenta la carenza di un intervento sistematico nella materia e rileva la scarsa omogeneizzazione delle nuove fattispecie con la parte generale del D.Lgs. 231/2001; soprattutto con riferimento ai delitti inseriti dall’art. 5, lett. b), D.Lgs. 75/2020 (artt. 314, 316 e 323 c.p.), dove la previsione dell’art. 1 del D.Lgs. 231/2001 fungerebbe da significativo limitatore, salvo “*immaginare una responsabilità amministrativa dipendente da reato a titolo di concorso, qualora la condotta fosse posta in essere nell’interesse o vantaggio di una determinata persona giuridica*”.

<sup>8</sup>D.L. 124/2019, convertito con modificazioni nella L. 157/2019, in vigore dal 25 dicembre 2019.

l'ente può essere ritenuto responsabile consente oggi l'applicazione della (sola) sanzione pecuniaria “*fino a duecento quote*” per la ipotesi di *abuso d'ufficio* (integrata dal dipendente – apicale o subordinato – nell'interesse o a vantaggio dell'ente), quando il fatto offende gli interessi finanziari dell'Unione europea.

Osservando gli snodi normativo-legali che sottendono alla tipicità della responsabilità dell'ente (art. 2), questo può essere ritenuto responsabile del delitto di cui all'art. 323 c.p. allorché un suo dipendente, rivestendo la qualifica di incaricato di pubblico servizio o di pubblico ufficiale (ovvero concorrendo *ex art.* 110 c.p. nel reato commesso dall'agente pubblico), abbia intenzionalmente procurato a sé o altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, ovvero abbia arrecato ad altri un danno ingiusto, 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. Rimanendo sui criteri di imputazione oggettiva, è altresì necessario che il dipendente abbia commesso l'*abuso*, lesivo degli interessi finanziari dell'Unione europea, agendo nell'interesse (anche non esclusivo) dell'ente di appartenenza. Ciò significa che, non essendo il d.lgs. 231/2001 applicabile “*allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale*” (art. 1), i casi di responsabilità dell'ente derivante da condotte di *abuso d'ufficio* troveranno un'applicazione settorializzata (per esempio, tra gli enti pubblici economici), che spesso si manifesterà attraverso la realizzazione del reato presupposto (ad opera di un apicale o subordinato in funzione di incaricato di pubblico servizio ovvero) in concorso con il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio (incardinato in un ente pubblico). In tale contesto andranno, poi, verificati i presupposti che presiedono alla configurazione della speciale forma di responsabilità.

Certamente il meccanismo ascrittivo della responsabilità propria dei complessi organizzati è destinato a risentire delle criticità indotte dalla ‘doppia ingiustizia’ dell'art. 323 c.p., che costituisce la concretizzazione (alternativa) delle violazioni penalmente rilevanti. In altri termini, l'interprete dovrà verificare che l'inosservanza di *norme vincolanti* eziologicamente legate alla produzione dell'evento ingiusto sia orientata a *vantaggio* dell'ente. Sicché, la convivenza forzata della *causalità normativa* interna al reato-presupposto con l'*interesse oggettivo* proprio dell'ente rischia di ingenerare conflittualità endogene alla parte generale del D. Lgs. 231/2001. Il potenziale corto circuito è favorito dalla pretesa lesione degli interessi finanziari dell'Unione europea, che l'art. 2 della Direttiva UE 2017/1371 identifica con “*le spese e i beni che sono coper-*

*ti o acquisiti oppure dovuti in virtù: i) del bilancio dell'Unione; ii) dei bilanci di istituzioni, organi e organismi dell'Unione istituiti in virtù dei trattati o dei bilanci da questi direttamente o indirettamente gestiti e controllati".* A prima vista, detto elemento specializzante restringerà ulteriormente la tipologia degli abusi rilevanti ai fini della responsabilità amministrativa dell'ente da reato, imprimendo alla fattispecie una curvatura patrimonialistica incline a selezionare le sole ipotesi realizzate a *vantaggio*.

In altri termini, calato nel micro-sistema della '231', l'art. 323 c.p. sarà in grado di sprigionare una prensione punitiva astrattamente limitata. Per quanto concerne l'autore del reato, la interpolazione tra le qualifiche (di *pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*) pretese dal reato proprio e il contesto operativo del d.lgs. 231/2001 riduce significativamente l'*habitat* in cui tale forma di responsabilità può svilupparsi e ne orienta le forme di manifestazione. Queste ultime sono ulteriormente limitate dai criteri di imputazione oggettiva propri della responsabilità amministrativa dell'ente, che sembra declinare il nuovo *abuso d'ufficio* esclusivamente a *vantaggio*, comprimendo la seconda dimensione della illiceità speciale del delitto al solo evento patrimonialisticamente rilevante. Ne consegue una responsabilità dell'ente limitata a speciali comparti e per determinate forme di *abuso d'ufficio* che, proiettate nell'interesse dell'ente, rechino offesa agli interessi finanziari dell'Unione europea.

Le nuove fattispecie vanno in ogni caso a costituire nuovi *alerts* da mappare nei più disparati contesti sociali, costituendo un rischio-penale da gestire tramite l'adeguamento dei modelli di organizzazione e gestione dell'ente (art. 6), il cui mancato aggiornamento può comprometterne la tenuta già in termini di astratta idoneità a prevenire reati (della specie di quello verificatosi). Da questo punto di vista, risulterà senz'altro indispensabile verificare i protocolli in atto, attraverso una *risk analysis* che ne disveli le (molteplici) aree sensibili da sottoporre a *risk assessment* in funzione preventiva. In questo modo, si pretenderà dalle aziende un ulteriore sforzo di contenimento e gestione del rischio che per molti versi presenta un profilo sfuggente e sicuramente non facile da 'dominare' nella fase di *risk management*. Non si tratta di una previsione a *costo zero* per l'ente, che dovrà evidentemente attrezzarsi instaurando una gestione interna che, improntata al rispetto della virtuosa ciclicità del *follow-up*, possa dirsi *compliance*.

2. *Soggetto attivo e contesto operativo quali coordinate della dimensione offensiva.* L'evoluzione legislativa che negli anni '90 ha trasformato l'abuso dei

*poteri inerenti alle funzioni* in abuso *d'ufficio*, plasmandone il precetto in modo da assorbire lo stesso peculato per distrazione<sup>9</sup>, ha impresso alla qualifica giuridica soggettiva i connotati tipici del *pubblico ufficiale* (art. 357 c.p.) e dell'*incaricato di pubblico servizio* (art. 358 c.p.). L'ampia latitudine delle figure coinvolte è contenuta dal riferimento espresso al contesto operativo, che pretende l'attualità dello "*svolgimento delle funzioni o del servizio*", pena la estromissione dell'azione del pubblico agente dal perimetro della tipicità. Non a caso, ad essere punito è "*il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio*" che agisce "*nello svolgimento delle funzioni o del servizio*"<sup>10</sup>.

Coniugare la qualifica soggettiva con l'attività ad essa congeniale e calarne le condotte tipiche nel momento dell'effettivo svolgimento significa predeterminare l'orizzonte dell'abuso d'ufficio, tenendo conto dell'*infedeltà* sottesa alla posizione di garanzia che (dis)orienta l'operato degli agenti pubblici in modo strumentale alla salvaguardia di beni diversi da quelli oggetto di tutela<sup>11</sup>. In questo modo si valorizza quel concetto (ampio) di amministrazione "funzione", predisponendo l'*identikit* del criminale in funzione selettiva delle sole condotte attuate nel concreto esercizio delle *funzioni* o del *servizio*. A prescindere dalla connotazione (vincolante o discrezionale) della regola violata, ciò che qui rileva è l'origine dei poteri-facoltà che l'agente deve orientare all'interesse pubblicistico da cui è dipesa l'attribuzione *ex lege* al proprio organo-ufficio. Interpretazioni della pubblica funzione che si traducano in uno

<sup>9</sup> Il rinvio è all'ampia descrizione dell'evoluzione legislativa operata in questo volume da SATTA, *L'evoluzione legislativa: dall'abuso innominato all'attuale formulazione dell'art. 323 c.p.* Prima della riforma, tra gli altri: BENUSSI, *I delitti contro la P.A.*, I, Padova, 2001, 549 s.; CATENACCI, *Abuso d'ufficio*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, a cura di PALAZZO e PALIERO, vol. V, Torino, 2011, 119 ss.; CONTENTO, *Giudice penale e P.A. dopo la riforma*, in *Scritti 1964-2000*, Bari, 2002, 427 s.; GROSSO, *L'«abuso innominato di autorità» nel pensiero di Francesco Carrara*, in *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Atti della prima Giornata di Studio, Lucca, 29.11.1997, Milano, 2000, 121 s.; LICCI, *Figure del diritto penale. Una introduzione al sistema punitivo italiano*, Torino, 2010, 24 ss.; MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro It.*, 2/1998, 390 ss.; MANNA, *Considerazioni in tema di abuso di ufficio*, in CATENACCI-MARCONI, *Temî di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, Torino, 2009, 88 ss.; STILE-CUPELLI, *Abuso d'ufficio*, in *Dizionario di diritto pubblico* a cura di CASSESE, Milano, 2006, 36 ss.

<sup>10</sup> Previsione da cui discende la marginalizzazione del privato-beneficiario dell'ingiusto vantaggio, in grado di assurgere a concorrente nel reato solo nel caso in cui "*abbia posto in essere una condotta causalmente rilevante nella realizzazione della fattispecie criminosa, partecipando con comportamenti diretti a determinare o ad istigare il pubblico ufficiale, ovvero accordandosi con quest'ultimo*", così, da ultimo, Cass., Sez. V, 2 aprile 2019, *Cela in Mass. Uff.*, n. 246432.

<sup>11</sup> In tal senso, le puntuali osservazioni di SESSA, *op. cit.*, 139. L'autore distingue opportunamente tra "delitto *come* infedeltà" e "delitto *di* infedeltà"; di conseguenza, concentrando il nucleo di disvalore del fatto nel comportamento infedele del pubblico agente «*sembra non assumersi la lesione di una fedeltà elevata a valore (delitto come infedeltà)*».

*sviamento* dallo scopo legittimante equivalgono – già da un punto di vista etimologico – ad *abusare* di detti poteri<sup>12</sup>. In questa ottica, soggetto attivo e contesto operativo operano quali coordinate preselettive delle condotte da sottoporre al vaglio critico dell’offensività, dove il criterio della doppia ingiustizia può sfruttare l’epistemologia della causazione e verificare criticamente le violazioni in grado di provocare l’evento ingiusto<sup>13</sup>.

È il caso di rilevare che l’importanza della dimensione normativa del *fine pubblico* è proporzionale all’ampiezza dell’arco comportamentale incluso nella fattispecie. Infatti, nel momento in cui a rilevare è *qualsiasi* comportamento del pubblico ufficiale o dell’incaricato di pubblico servizio attinente allo svolgimento delle funzioni o del servizio e al loro concreto esercizio, il limite a tale esercizio è pre-tipico e va ricercato (fuori dall’art. 323 c.p., vale a dire) nella disciplina dell’ufficio o servizio, che penetra quale elemento normativo nella fattispecie. In tal senso, «*la discrezionalità rappresenterà il limite invalicabile al sindacato di merito del giudice penale e del giudice amministrativo in quanto sia da essa assente ogni forma di deviazione dal fine pubblico per cui è stato attribuito il potere funzionale o di servizio*»<sup>14</sup>. Di converso, l’isolamento della *discrezionalità* prodotto dalla riforma in commento riporta quel *limite* direttamente a livello precettivo, comprimendo un fondamentale organo respiratore della norma, che rischia di risultare asfittica proprio nei casi in cui il sindacato penale sulla condotta del pubblico agente sarebbe auspicabile.

Spento il faro del *fine pubblico* la dimensione assiologica dell’offensività si restringe e lo *ius puniendi* rischia di concentrarsi sulla tutela (formalistica) della norma in quanto tale, scaricando la sanzione su violazioni dalla dubbia lesi-

<sup>12</sup> In questi termini, volendo NADDEO, *I limiti della tutela penale nell’abuso d’ufficio*, in *Ind. Pen.*, n. 1-2018, 232 ss. e, ivi citati, CASTALDO, *L’abuso penalmente rilevante nel mercato economico finanziario e nella pubblica amministrazione*, relazione al Convegno internazionale di studio per il XXX anno della fondazione della Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia, Università degli Studi di Verona, 20 ottobre 2017. Per un’analisi speculare del concetto di “abuso”, seppure in un diverso settore della parte speciale del diritto penale, sia consentito il rinvio a NADDEO, *Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina e rischio socialmente adeguato*, in *Ind. Pen.*, n. 2-2013, 421.

<sup>13</sup> Si tratta di un bilanciamento indispensabile per evitare che il controllo penale possa tradursi in sindacato del *merito amministrativo*, concentrandosi sugli effetti *ex post* delle scelte della P.A., anziché sfruttare l’evento ingiusto quale verifica di un atto geneticamente viziato da aspirazioni privatistiche. In argomento, PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte speciale, I delitti dei Pubblici Ufficiali contro la P.A.*, Milano, 1955, 341 ss.; di recente, PISANI, *Abuso d’ufficio*, in *Manuale di diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di Canestrari-Cornacchia-De Simone, Bologna, 2016, 264.

<sup>14</sup> RUGGIERO, *Trattato di diritto penale, Parte speciale, in Reati contro la pubblica amministrazione*, diretto da Grosso, Padovani, Pagliaro, Milano, 2015, 349.

vità (già in termini di disvalore di azione)<sup>15</sup>.

3. *Il disvalore di azione dalla legalità effettuale alla law in the books.* Le coordinate appena richiamate (*qualifica soggettiva* e *contesto operativo*) descrivono l'attinenza delle norme violate alla funzione esercitata dal pubblico agente, arricchendo il *disvalore di azione* che l'art. 323 c.p. pone quale antecedente causale dell'evento ingiusto.

Dal punto di vista normativo, quindi, la *violazione* è stabilizzata da un doppio nesso: *pertinenziale*, con riferimento alla funzione o al servizio; *causale*, rispetto alla verifica dell'evento. Una interposizione idealmente in grado di assicurare la rigorosa selezione delle condotte incriminabili, purtroppo vanificata dai sentieri dell'ermeneutica, che hanno (indebitamente) recuperato nell'area della violazione di legge ogni forma di *eccesso di potere*<sup>16</sup>, norme di rilevanza legislativa "indiretta", disposizioni a carattere procedimentale, norme contenute in atti o provvedimenti di rango *subregolamentare* e finanche norme di principio<sup>17</sup>. Un tradimento della legalità, per vero non imputabile al legislatore del 1997<sup>18</sup>, che ha alimentato la divaricazione tra legalità *in the books* e legalità *in action*. Proprio la stratificazione della *legalità effettuale* ha reso l'*esperienza giuridica* dell'art. 323 c.p. particolarmente distante, se non autonoma, dalla *legalità della legge*, che ha progressivamente perso l'attenzione delle Corti e persino del legislatore penale in sede di riforma.

<sup>15</sup> DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.*, n. 4/2013, spec. 9.

<sup>16</sup> Sul proliferare delle figure di eccesso di potere, quale *conseguenza dell'intensificarsi della tutela giurisdizionale e dell'evoluzione che, nel nostro ordinamento, ha subito la nozione di discrezionalità*, le considerazioni di PERONGINI, *L'abuso d'ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione. Con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n. 120/2020*, Torino, 2020, 158 s., dove vengono tracciate le coordinate della transizione dall'*originario straripamento di potere, prima, allo sviamento di potere e, poi, all'eccesso di potere per errore di fatto o travisamento dei fatti con conseguente omessa o insufficiente considerazione degli interessi (...)* e oltre [PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, pagg. 408 ss. e VILLATA-RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, diretto da Scoca-Roversi Monaco-Morbidelli, Torino, 2017, 521 ss. (*ivi citati*)].

<sup>17</sup> Con riferimento alle criticità del formante giurisprudenziale inerenti all'elemento oggettivo e a quello soggettivo della fattispecie, si rinvia, rispettivamente, a CIAGLIA e DE BERNARDO, *Le ragioni della riforma nei sentieri dell'ermeneutica*, in questo volume.

<sup>18</sup> Per tutti, da ultimo, INSOLERA, *Quod non fecerunt Barberini fecerunt Barbari. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76*, in *disCrimen*, opinioni, 31 luglio 2020, che afferma: "contro l'intento legislativo di dare determinatezza alla condotta incriminata, escludendo dal raggio dell'incriminazione l'eccesso di potere, si è messa all'opera una dilatazione giurisprudenziale, volta a stabilizzare un'interferenza giudiziaria nell'esercizio dell'ineliminabile discrezionalità della pubblica amministrazione".

Eppure, nonostante un autorevole monito ci ricordi che “*in tempo di formante giudiziario, che plasma la legalità, è illusorio pensare ancora che la legge possa equiparare quadrata rotundis o fare de albo nigrum: anzi più pretende di farlo, più ottiene il contrario*”<sup>19</sup>, bisogna altrettanto autorevolmente considerare che “*una volta realizzatosi questo spostamento d’accento a favore della legalità effettuale, il problema teorico e pratico che ci deve occupare è quello di trovare gli strumenti più adeguati a far sì che in concreto, nell’esperienza giuridica appunto, la “nuova” legalità possa realizzarsi in action senza entrare in conflitto o in cortocircuito con la più tradizionale legalità della legge*”<sup>20</sup>. Si tratta di fare i conti con le complesse dinamiche della pubblica amministrazione, e non solo, individuando l’area di discrezionalità amministrativa da sottrarre al sindacato penalistico. Un’operazione di estrema delicatezza che rende lo strumento immaginato dal riformatore assolutamente inadeguato.

L’art. 23, decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante “*Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale*”, interviene sull’art. 323, comma 1, c.p. sostituendo l’espressione “*in violazione di norme di legge o di regolamento*” con la più rigida “*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 *restyling* della fattispecie si concentra esclusivamente sul disvalore d’azione insito nella violazione di legge e lascia immutata la restante parte del costrutto normativo, imprimendo alla fattispecie un’asimmetria non priva di conseguenze<sup>21</sup>.

L’abuso d’ufficio si concentra ora su regole di condotta “*espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge*”, restringendone quindi la possibile fonte a *legge, decreti leggi e decreti legislativi*; di converso, la tassatività esclude i *regolamenti* e ogni altra fonte non espressamente richiamata dal nuovo testo normativo<sup>22</sup>, che cesella anche la condotta in una precisa descrizione. A integrare il delitto è la violazione di “*specifiche regole di condotta (...) dalle quali non residuino margini di discrezionalità*”. La minuziosa opera

<sup>19</sup> PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio*, cit., 8.

<sup>20</sup> PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, III, 2016, *passim*.

<sup>21</sup> Già in tal senso, NADDEO, *I tormenti dell’abuso d’ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in *Riv. trim. pen. dir. proc.*, n. 3/2020, 491 ss.

<sup>22</sup> La dottrina ha riconosciuto che “*si potrebbe, al più, ammettere un livello minimo di eterointegrazione della fonte secondaria che si risolve nella specificazione tecnica di un precetto comportamentale, già interamente definito nella norma primaria, purché siano rispettati i limiti del ristretto sindacato sulla discrezionalità tecnica spettante al giudice penale*”, così PISANI, *La riforma dell’abuso d’ufficio nell’era della semplificazione*, in *Dir. pen. proc.*, n. 1/2021, 16.

del legislatore definisce un tipo di abuso che pretende regole di condotta “*specifiche*” e prive di “*margini di discrezionalità*”. Partiamo da quest’ultimo connotato: si tratta di un elemento negativo del fatto che, in quanto tale, esclude la tipicità ogni volta che il pubblico agente si trovi a maneggiare regole di condotta (magari “*specifiche*”) attributive di poteri non vincolanti. In altri termini, è possibile qualificare come *abuso d’ufficio* soltanto le condotte inottemperanti di regole specifiche che non attribuiscano all’agente margini di discrezionalità; in questo senso, al sindacato penale non sarà sottoposto l’esercizio di poteri attribuiti all’organo-ufficio nell’interesse pubblico, ma – più semplicemente – la inosservanza di un dovere vincolato che si fa fatica – già da un punto di vista semantico – a considerare *abuso*. In tal senso deporrebbe anche la lettura della locuzione “*regole di condotta*” che, a stretto rigore, inquadra il comportamento del pubblico ufficiale o dell’incaricato di pubblico servizio, lasciando fuori i connotati inerenti forma, contenuto e procedimento (dell’atto o provvedimento emanato dal pubblico agente).

La morfologia che il nuovo articolo 323 c.p. consegna all’interprete è tra l’altro scarsamente compatibile con l’attuale assetto della pubblica amministrazione, funzionalmente rivolta a ricomporre interessi pubblici e privati attraverso processi dinamici intesi a individuarne l’adeguato bilanciamento. Un territorio contraddistinto da ‘pervasiva’ e ‘multiforme’ discrezionalità ancorata a criteri e parametri di esercizio che avevano indotto le Sezioni Unite a riconoscere il “*requisito della violazione di legge 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 potere, che integra la violazione di legge poiché lo stesso non viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l’attribuzione*” (cfr. Cass. Sez. Un. 29 settembre 2011, n. 155, Rossi, *Mass. Uff.*, n. 251498).

Un’ermeneutica difficilmente replicabile oggi: l’*eccesso di potere* non è, infatti, violazione di legge, ma vizio tipico dell’attività discrezionale e, dunque, risulta espunto dalla nuova formulazione del precetto, salvo i casi in cui, per rafforzare le garanzie del privato, il legislatore abbia trasferito le patologie da eccesso di potere in espresse violazioni di legge<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> PERONGINI, *L’abuso d’ufficio*, cit., 152 ss. afferma come l’eccesso di potere sia una ‘categoria’ in costante crescita e riveli una capacità onnivora, molto pericolosa per la tassatività del diritto penale. E proprio nel corollario della legalità da ultimo richiamato è da rintracciare il confine tra il sindacato penale e quello del giudice amministrativo, fondato invece sulla più flessibile categoria della *invalidità*

L'irrigidimento della fattispecie sul dovere vincolato risulta dunque starato e inefficace proprio di fronte ai casi più gravi di *infedeltà*, in cui il pubblico agente sfrutti i "margini di discrezionalità" della legge e imprima al potere esercitato l'indebita torsione privatistica che sostituisce al merito amministrativo un merito di consistenza criminosa<sup>24</sup>. Il rischio è che al banco di prova il tessuto dell'art. 323 c.p. risulti viziato *per difetto* - lasciando che al sindacato penale sfuggano le violazioni più significative in termini di offensività al bene giuridico tutelato - ma anche *per eccesso* - polarizzando la fattispecie carenze esecutive del pubblico agente -. In tali circostanze, la deriva verso un diritto penale della *mera disobbedienza* può essere contenuta ricorrendo al disvalore di evento quale strumento di verifica dell'idoneità lesiva della condotta; tuttavia, è proprio questo il parametro che la giurisprudenza di merito ha negli anni trascurato, lasciando di fatto inevaso il controllo critico imposto dalla c.d. doppia ingiustizia<sup>25</sup>.

A ben vedere, l'inutilità operativa di un precetto a carattere puramente 'formalistico' è già indiziata dalla pretesa *specificità* di regole di condotta dettate dalla "legge o da atti aventi forza di legge". Un connubio non facile, visto 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"<sup>26</sup>. E se questo è il nuovo volto dell'illecito penale, certamente non è dato riconoscerne le fattezze dell'abuso d'ufficio, che risulta gravemente compromesso "in termini di impunità e di inefficacia preventiva dell'incriminazione"<sup>27</sup>, senza risolvere vera-

---

(pag. 164). In conclusione, quindi, l'unica ipotesi di illegittimità per eccesso di potere espressamente tipizzata dal legislatore penale era costituita dalla *violazione del regolamento*, oggi espunta dall'art. 323 c.p. (pag. 167) con conseguente impossibilità di contestare la violazione del vizio in esame (pag. 168). In questo modo - secondo l'Autore - con la riforma del 2020 si espelle un parametro (quello utilizzato per il sindacato di eccesso di potere) fondato su criteri di valutazione svincolati dalla certezza (che è alla base del principio di prevedibilità) e comunque legati a norme sublegislative diverse dalle "specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge" che corroborano l'attuale modello legale.

<sup>24</sup> PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 8. L'Autore parla di "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 spavalda sicurezza che il cancello dell'immunità non potrà essere infranto".

<sup>25</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Bologna, 2002, 244; RAMPIONI, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, in *Questioni Fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di Fiorella, Torino, 2019, 800; MERLO, *L'abuso di ufficio tra legge e giudice*, Torino, 2019, 273 ss.; MASSI, *Parametri formali e "violazione di legge" nell'abuso d'ufficio*, in *questa rivista*, 1/2019, estratto.

<sup>26</sup> PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 9.

<sup>27</sup> In questi termini, 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?)*,

mente il problema della divaricazione tra disposizione e norma con i noti effetti collaterali gravanti sul pubblico agente e i destinatari finali di una pubblica amministrazione afflitta dalla *fuga dal potere di firma*<sup>28</sup>.

Non a caso, la dottrina ha immediatamente rilevato che il vuoto determinato dalla espunzione delle regole discrezionali sarà prevedibilmente colmato – oltre che dalla corrispondente espansione dell'*omessa astensione* – da figure criminose limitrofe come il *peculato per distrazione* (art. 314 c.p.) e l'*interesse privato in atti di ufficio* (art. 324 c.p.), nonché il *falso ideologico* (art. 480 c.p.) e, perfino, la corruzione (artt. 318 ss. c.p.)<sup>29</sup>.

Interpretando il diffuso senso di sconforto, la dottrina ha ragionevolmente previsto “*che l’ultima mossa legislativa, non solo non sarà risolutiva, ma sia anzi destinata ad acuire la contesa*”<sup>30</sup>.

Non è certamente risolutiva, perché è una riforma miope e distonica, oltre che avulsa dal “*sostrato delle disposizioni amministrative che attribuiscono poteri o impongono doveri funzionali*” e, per questo, dimentica che “*per stabilire se ricorre un abuso di potere, è necessario definire lo scopo istituzionale per cui il potere stesso è conferito (...)*”<sup>31</sup>. Al contrario, è una riforma destinata ad acuire la contesa per la espansione di un ‘penale’ ulteriormente stigmatizzante, prima contenuto dalla clausola di riserva dell’art. 323 c.p.

D’altra parte, la *riconversione ermeneutica* è già ripresa: con Sentenza n. 26834 del 28 settembre 2020, la Sez. III penale della Corte di Cassazione ha richiamato l’orientamento consolidato di legittimità per cui “*il requisito della violazione di legge, rilevante ai fini della configurabilità del reato di abuso di*

in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it).

<sup>28</sup> Analizza la *paura del potere di firma* quale fenomeno multifattoriale, sicuramente legato anche al procedimento penale come ‘sanzione’, SESSA, *Spazio libero dall’illecito ed efficienza dell’azione amministrativa pubblica: le ragioni della politica criminale*, in *Ind. Pen.*, n. 3-2020, 501 ss., che vi contrappone la tutela dei valori solidaristici di riferimento mediante un’interessante idea di giustificazione (procedurale), affermata in luogo dell’incriminazione.

<sup>29</sup> Sui rapporti con le altre figure di reato e la ri-espansione di fattispecie criminose apparentemente sopite, rispettivamente, CASTALDO e COPPOLA, in questo volume. In argomento, si vedano anche: PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio*, cit., 11 ss.; BENUSSI, *Diritto penale della Pubblica Amministrazione*, Padova, 2016, 442 ss.; DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L’imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *questa rivista*, n. 2/2020, 3 ss.; GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell’abuso d’ufficio*, in *Sist. Pen.*, fasc. 7/2020, 153 ss.; NISCO, *La riforma dell’abuso d’ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sist. Pen.*, 20 novembre 2020, 9 s., il quale conclude affermando che “*d’ora in poi, l’atto discrezionale in odore di favoritismo oscillerà pericolosamente tra l’omessa astensione ex art. 323 c.p. e la galassia delle fattispecie corruttive*”.

<sup>30</sup> NISCO, *La riforma dell’abuso d’ufficio*, cit., 2.

<sup>31</sup> Ancora, PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio*, cit., 15.

*ufficio, è integrato dalla conformità alle previsioni urbanistiche, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistica che il dirigente del settore è tenuto a rispettare ai sensi dell'art. 13 del d.P.R. n. 380 del 2001, in quanto il permesso di costruire, per essere legittimo, deve conformarsi - ai sensi del D.P.R. n. 380 del 2001, art. 12, comma 1 - "alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico - edilizia vigente". Dall'espresso rinvio della norma agli strumenti urbanistici discende che il titolo abilitativo edilizio rilasciato senza rispetto del piano regolatore e degli altri strumenti urbanistici integra, una "violazione di legge", rilevante ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 323 c.p.". Nonostante l'espressa valutazione della riforma in commento, il Collegio ritiene "che l'interpretazione della nozione di "violazione di legge" come delineata dalla citata giurisprudenza sia pienamente condivisibile anche nel mutato quadro normativo".*

In estrema sintesi, i giudici di legittimità affermano che i piani urbanistici siano inclusi nella categoria degli "atti amministrativi generali" la cui violazione, in conformità dell'indirizzo ermeneutico consolidato, rappresenta solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica (art. 12 e 13, d.P.R. n. 380 del 2001), normativa a cui deve farsi riferimento per ritenere concretata la "violazione di legge", quale dato strutturale della fattispecie delittuosa ex art. 323 cod. pen. anche a seguito della modifica normativa. A conferma della sussumibilità del fatto nel nuovo testo dell'abuso d'ufficio, i giudici affermano si tratti "*di norme specifiche e per le quali non residuano margini di discrezionalità, laddove l'art. 12 cit. detta i requisiti di legittimità del permesso a costruire e il successivo art. 13 cit. detta la disciplina urbanistica che il dirigente del settore è tenuto a rispettare nel rilascio del permesso a costruire*".

Da ultimo, poi, con Sentenza n. 442 del 9 dicembre 2020 (depositata in data 8 gennaio 2021), la VI Sezione penale della Cassazione ha negato la natura di vizio tipico dell'attività discrezionale propria dell'*eccesso di potere*, conservando i presupposti di un'ermeneutica espansiva, a fronte dell'apparente compressione del sindacato di rilievo penale per sottrazione degli atti inclusi nella discrezionalità amministrativa. In particolare, dal richiamo espresso della "*violazione di regole cogenti per l'azione amministrativa, che per un verso siano fissate dalla legge (...) e per altro verso siano specificamente disegnate in termini completi e puntuali*", i Giudici ricavano 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*<sup>32</sup>. Se ne deduce la riduzione dell’ambito applicativo dell’abuso d’ufficio, il cui nuovo perimetro sottrae “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”.

Eppure, anche in questo caso le rigide statuizioni della Cassazione vengono risolutivamente condizionate al c.d. *sviamento di potere*, subordinandone la valenza “*sempreché l’esercizio del potere discrezionale non trasmodi tuttavia in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici*”. In sostanza, si ripristina il rilievo penale delle condotte non vincolate “*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; oppure si sostanzia nell’alternativa modalità della condotta, rimasta penalmente rilevante, dell’inosservanza dell’obbligo di astensione in situazione di conflitto di interessi*”.

È la plastica rappresentazione di quell’insofferenza alla “legalità della legge” che spinge alla sostanziale riscrittura del precetto per via interpretativa<sup>33</sup>.

### 3.1. *L’inosservanza del dovere di astensione e le capacità prismatiche del tipo.*

L’analisi della riforma non può prescindere dai suoi riflessi indiretti.

Tenuto conto delle capacità prismatiche dell’art. 323 c.p., è plausibile che l’intervento riformatore del 2020 inneschi un processo di riconversione delle violazioni non più punibili in altrettanti casi di *omessa astensione*, scaricando sul secondo poligono della tipicità le ipotesi espunte dal primo.

La riforma, infatti, non è intervenuta sulla condotta alternativa che incrimina il pubblico agente quando, «*omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzio-*

<sup>32</sup> Non a caso, la Cassazione annulla la sentenza impugnata “perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato”, riconoscendo un *marginale consentito di discrezionalità amministrativa* alla sfera dei poteri di riorganizzazione (dell’Azienda ospedaliera) esercitati dall’imputato in veste di Commissario straordinario o Direttore generale.

<sup>33</sup> Sulla tendenza della giurisprudenza a riempire le lacune lasciate dal legislatore, si rinvia a BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose. Strumenti e percorsi per uno studio avanzato*, Torino, 2019, spec. 10 ss.

nalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto». Ora, dunque, è più che mai prevedibile che l'*asfissia* provocata dal riferimento espresso a regole di condotta vincolanti trovi sfogo<sup>34</sup> in un'interpretazione 'estensiva' del testo legislativo, che valorizzi il riferimento agli «altri casi prescritti» in modo da includervi "tutte le modalità attraverso le quali il soggetto attivo ha provato l'ingiusto danno o vantaggio"<sup>35</sup>. Da questo punto di vista, il rischio è che l'ermeneutica dell'art. 323 c.p. tradisca la *ratio legis* di una condotta costruita sul conflitto d'interessi<sup>36</sup> e, anziché legarsi "a situazioni previamente tipizzabili ove più pressante appare l'esigenza di garantire la trasparenza dell'operato dell'agente"<sup>37</sup>, si rivolga a "ragioni generali di opportunità o di correttezza formale...anche in assenza di apposite previsioni"<sup>38</sup>. D'altra parte, come autorevolmente sostenuto, l'area dell'inosservanza dell'obbligo di astensione continua a investire l'esercizio della discrezionalità, «perché se si trattasse di condotta assolutamente vincolata, l'obbligo risulterebbe privo di senso (...)»<sup>39</sup>.

Al riguardo, il formante giurisprudenziale ha già dato prova di accontentarsi di ogni interesse personale, anche non economico e del tutto affettivo, quale la finalità di favorire altri quando da ciò derivi per l'agente una situazione di vantaggio nella sfera personale delle sue relazioni sociali ed amicali (Cass., pen., VI, 19 novembre 1997, Cappabianca, in *Mass. Uff.*, n. 210843; Cass. Pen., 1999, 1441)<sup>40</sup>. Inoltre, non è necessario individuare alcuna violazione di legge o di regolamento (Cass., sez. VI, 14 aprile 2003, n. 26702, *Mass. Uff.*, n. 225490), né una specifica disciplina dell'astensione, essendo il precetto stesso ad aver introdotto un dovere di astensione per il pubblico agente che si trovi in una situazione di conflitto di interessi (Cass., Sez. VI, 15 marzo 2013,

<sup>34</sup> NATALINI, *Nuovo abuso d'ufficio, il rischio è un'incriminazione "fantasma"*, in *Guida dir.*, n. 42/2020, 87.

<sup>35</sup> PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Milano, 2008, 287 ss. In senso conforme, INFANTE, in *Trattato di Diritto Penale. Parte speciale*, vol II, diretto da Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, Torino, 2008, 336 ss. *Contra*: BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, Padova, 1998, 128; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Bologna, 2012, 254. Da ultimo, GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., par. 4.5. Considera tale processo possibile a prescindere dal bisogno di valorizzare le prestazioni della locuzione "negli altri casi prescritti", VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, in *disCrimen*, 14.9.2020, 12, nota 68.

<sup>36</sup> MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, spec. 60.

<sup>37</sup> SEMINARA, *Commentario breve al Codice Penale*, Padova, 799.

<sup>38</sup> INFANTE, *op. ult. cit.*, 336.

<sup>39</sup> PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 10.

<sup>40</sup> GAMBARDELLA, *Abuso d'ufficio*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. IV, *I Delitti contro la personalità dello Stato e i delitti contro la pubblica amministrazione*, agg. 2015, a cura di Lattanzi-Lupo, Milano, 2015, 620 s.

n. 14457, *Mass. Uff.*, n. 255324).

Ne consegue la fisiologica disarticolazione della violazione da specifici doveri comportamentali di rango primario, con potenziale attivazione della fattispecie ad opera della norma-principio del divieto costituzionale di favoritismi (art. 97 Cost.), «*in grado di radicare la punizione del funzionario interessato ad accontentare o scontentare qualcuno mediante un esercizio sviato dei suoi poteri funzionali, ancorché nel formale rispetto delle regole del gioco*»<sup>41</sup>.

Se dunque le *situazioni conflittuali* possiedono un carattere *flou* - e, per questo non pretendono una positivizzazione espressa, ancorché in regole sub-primarie<sup>42</sup> - la verifica critica della penale offensività delle condotte è ancora una volta affidata alla categoria avanzata del disvalore di evento. E l'accertamento specifico dell'indebito vantaggio patrimoniale (o del danno ingiusto), quale parametro indispensabile per la configurazione dell'illecito (Cass., sez. VI, 12 febbraio 2003, n. 17628, in *Cass. pen.*, 2004, 1247 ss.), resta tuttavia il polo più trascurato (anche dal legislatore della riforma)<sup>43</sup>, rischiando di rivitalizzare sotto mentite spoglie il vecchio *interesse privato in atti d'ufficio*<sup>44</sup>.

Le previsioni dei primi commentatori hanno trovato puntuale conferma nelle parole della Cassazione (Cass., Sez. fer., Sentenza 17 novembre 2020, n.

<sup>41</sup> VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, cit., 12 s. L'Autore evidenzia come proprio la sinergia fra il canone dell'art. 97 Cost. e la fattispecie di omessa astensione possa consentire il sindacato penalistico sulla riserva di merito, totalmente vanificando il programma selettivo del D.L. 76/2020 e rivitalizzando la figura del giudice-amministratore. Al riguardo, MERLI, *Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. cont.*, 16 novembre 2012, 1 ss.

<sup>42</sup> Significativa in tal senso la delibera ANAC n. 25 del 15 gennaio 2020 che, in continuità con le linee-guida contenute nella delibera ANAC n. 494 del 5 giugno 2019, non pretende la espressa cristallizzazione dei casi di conflitto d'interesse in grado di attivare il dovere di astensione tipizzato nell'art. 323 c.p. In argomento, il rinvio è a ROTONDO, *Linee guida ANAC ed abuso d'ufficio: principio di legalità e modifiche mediate della fattispecie incriminatrice*, in [www.penaledirittoeprocudura.it](http://www.penaledirittoeprocudura.it).

<sup>43</sup> Per una rapida disamina delle proposte alternative di riforma dell'abuso d'ufficio, NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 10 ss. In argomento, si veda anche CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, *passim*, con particolare riferimento alla proposta Castaldo-Naddeo, 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 ss., nonché 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, 31 ss. Da ultimo, anche in prospettiva comparatistica, COPPOLA, *Abuso d'ufficio: appunti per una possibile riforma dai lavori della Law Commission sulla common law offence of Misconduct in Public Office*, in *questa rivista*, n. 2/2020, *passim*, nonché SALCUNI, *La "disciplina altrove". L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, Napoli, spec. 205 ss. e PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in *Leg. pen.*, 23 ottobre 2020, spec. 11 ss.

<sup>44</sup> In tal senso, PADOVANI, *op. cit.*, 12; VALENTINI, *op. cit.*, 15 s.

32174) secondo la quale le riforma in esame “*non esplica alcun effetto con riguardo al segmento di condotta che, in via alternativa rispetto al genus della violazione di legge, riguarda esclusivamente e più specificamente l’inosservanza dell’obbligo di astensione, rispetto al quale la fonte normativa della violazione è da individuarsi nella stessa norma penale salvo che per il rinvio agli altri casi prescritti, rispetto ai quali non pare ugualmente pertinente la limitazione alle fonti primarie di legge trattandosi della violazione di un precetto vincolante già descritto dalla norma penale, sia pure attraverso il rinvio, ma solo per i casi diversi dalla presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, ad altre fonti normative extra-penali che prescrivano lo stesso obbligo di astensione*”.

Svincolato il precetto dalle fonti primarie di legge, i giudici espongono la fattispecie alle deformazioni paventate. Non a caso, è sulla scorta di tali premesse che la Cassazione ritiene la violazione dell’art. 78 del T.U.E.L. - riguardante ogni delibera che non sia relativa ad atti generali e astratti - sufficiente (insieme al precetto contenuto nella stessa norma penale) a configurare un’ipotesi di *abuso d’ufficio* “riferito alla specifica violazione dell’obbligo di astensione”. La Sentenza n. 32174/20 risulta interessante anche sotto il profilo dell’accertamento del disvalore di evento. Il giudice nomofilattico, infatti, conferma che, oltre all’atto emesso violando il dovere di astensione “è *necessario che tale atto abbia arrecato o un indebito vantaggio patrimoniale o un ingiusto danno anche non di carattere patrimoniale*”. In sostanza, lastricando la via dei buoni propositi già battuta da precedenti pronunce di legittimità (da ultimo, Cass. pen., Sez. VI, 6 febbraio 2020, n. 12075, Stefanelli, Rv. 278723), viene riconosciuta la causalità normativa propria dell’art. 323 c.p. Tuttavia, quando si scende dal principio di diritto alla concreta applicazione, si rileva come all’obbligo di astensione violato abbia fatto seguito anche l’ingiustizia del danno (ravvisata rispetto alla lesione di diritti politici e) arrecato “*attraverso l’indebito esercizio del potere di sospendere la seduta del consiglio, impedendo in tal modo che i consiglieri di minoranza potessero discutere prima e poi votare la mozione ritualmente messa all’ordine del giorno nel corso di quella medesima seduta*” (cfr. Cass. pen., Sentenza n. 32174/20, p. 10).

Il problema resta la fluidità dell’accertamento dell’ingiustizia del danno arrecato, spesso ricostruito in maniera tautologica svilendo la regola interna di tipo eziologico che impone la verifica del rapporto di ‘strumentalità’ intercorrente tra l’atto illegittimo e l’evento ingiusto (vantaggio o danno). Adeguatamente valorizzato, tale nesso di rischio assurge(rebbe) a *thema probandum*

autonomo<sup>45</sup>, contribuendo alla identificazione dell'offesa e, prima ancora, alla selezione delle inosservanze dotate della congruità offensiva che la norma pretende rispetto allo specifico risultato lesivo<sup>46</sup>.

4. *Il disvalore di evento: ingiustizia del vantaggio o del danno.* L'evento è chiamato ad assicurare in sede di tipicità il binomio bene-offensività, limitando in termini quantitativi (grado dell'offesa) e qualitativi (tipologia dell'offesa) la tutela offerta dall'*abuso d'ufficio*. Eppure, il D.L. 16 luglio 2020, n. 76 ne ha trascurato l'auspicabile consolidamento<sup>47</sup>, lasciando inalterata la parte del precetto che descrive il disvalore d'evento come «*un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero (...) un danno ingiusto*». Vista la deriva utilitaristica sofferta dalla fattispecie, il legislatore avrebbe potuto concentrare il suo intervento proprio su tale elemento, ristabilendone il corretto rapporto con il disvalore d'azione. Di contro, l'esclusiva attenzione riservata al(la formale compressione del) *disvalore di azione* rischia di compromettere la funzionalità della norma, rendendone lo spettro applicativo starato (*per eccesso o per difetto*).

Facciamo un passo indietro.

Come noto, l'*ingiustizia* che qualifica il risultato dell'abuso d'ufficio come prodotto *non iure* (ottenuto quindi in difetto di una causa di giustificazione) e *contra ius* (cioè in violazione di una norma extrapenale) impone un ulteriore e autonomo giudizio (rispetto a quello avente ad oggetto l'azione) volto ad accertare il contrasto del 'risultato' della condotta illegale del pubblico fun-

---

<sup>45</sup> Giunge a queste conclusioni, considerando il suddetto rapporto di strumentalità «un requisito del reato» e segnalando «*la modesta capacità selettiva dell'evento di danno o di vantaggio, posto che nella continua attività della moderna amministrazione di ponderazione e comparazione degli interessi privati la produzione di un risultato favorevole per certe posizioni e sfavorevole per altre è connaturale anche al più legittimo e imparziale esercizio di potere funzionale*» PALAZZO, *Cronaca di una vicenda non esemplare (a proposito delle riforme dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione)*, in *Le responsabilità pubbliche*, a cura di Sorace, Padova, 1998, 454 s. Il passo è riportato anche da TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, Torino, 2002, 206.

<sup>46</sup> Al riguardo, sia consentito il rinvio a NADDEO, *I limiti della tutela penale nell'abuso d'ufficio*, in *Ind. Pen.*, n. 1-2018, 243 s., dove la segnalata interconnessione è legata al c.d. *nesso della prevenzione tra condotta ed evento*, utile a selezionare il terreno di coltura delle violazioni rilevanti tra quelle regole di condotta 'finalizzate', norme preventive che non esauriscono la loro portata precettiva nella disciplina del regolare e ordinato svolgimento dell'attività o funzione, ma orientano la condotta del pubblico agente allo scopo di impedire (o ridurre) lesioni a carico di interessi tutelati.

<sup>47</sup> In tal senso la citata proposta di riforma 'Castaldo-Naddeo'. Sulle prospettive *de lege ferenda* si veda CASTALDO, *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, a cura di CASTALDO, *passim*, spec. 33 ss., dove il disvalore d'evento è rafforzato dalla specificazione in forza della quale «*il danno o il vantaggio ingiustamente prodotti devono costituire la concretizzazione di quanto la norma violata intende prevenire*».

zionario con una norma extrapenale. A fronte dell'intervento riformatore del 2020, la *doppia ingiustizia* rischia però di convertirsi in una (inutile) duplicazione dell'antigiuridicità della condotta, a causa della svalutazione della verifica inerente l'effettiva incidenza della *violazione* sul processo di determinazione dell'interesse pubblico (maggiormente avvertita quando si tratta di effettuare tale accertamento su attività di tipo discrezionale<sup>48</sup> e, quindi, su decisioni e risultati non predeterminabili *ex ante*<sup>49</sup> che la riforma ha inteso espungere dall'art. 323 c.p.).

È, infatti, plausibile che l'ingiustizia scaturente dalla violazione di un dovere vincolato sia implicitamente ricavata dall'inosservanza addebitata al pubblico agente, degradando di fatto a *illiceità espressa*. Sicché, per quanto (teoricamente) subordinata alla *valutazione tipologico-qualitativa* del risultato, è prevedibile la prassi possa tendere a considerare la trasgressione di regole a carattere non discrezionale da sola sufficiente a configurare un abuso penalmente rilevante.

In altri termini, l'attuale conformazione della fattispecie sembra ancor di più esposta al rischio di un'ermeneutica incontrollata, tracciando sentieri interpretativi che: da un lato (*omessa astensione*), consentono la riespansione di forme applicative di cui il legislatore intenderebbe formalmente precludere lo sviluppo; dall'altro (*violazione di doveri vincolati*), favoriscono la natura onnivora del disvalore di azione che – liberata la illegittimità formale della condotta dal suo ruolo servente rispetto all'ingiustizia sostanziale –<sup>50</sup> disarticola la base ontologica del concetto stesso di abuso d'ufficio.

##### 5. *L'incriminazione tra extrema ratio e sindacabilità dell'atto amministrativo.*

Teoria e prassi dell'«*abuso d'ufficio*» rendono plasticamente la divergenza tra *disposizione* e *norma*, rimanendo quest'ultima imprevedibile e ampiamente indeterminata nonostante gli sforzi legislativi<sup>51</sup>. Il sindacato penale dell'atto amministrativo sembra, infatti, polarizzare l'attenzione della *law in action* più di quanto la fattispecie astratta di reato consentirebbe, innescando quel processo di riespansione per via interpretativa consentito dalla naturale elasticità

<sup>48</sup> In argomento, TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, Torino, 2002, 197 ss. il quale afferma che il collegamento condotta-evento «servirebbe, in definitiva, a rendere penalmente perseguibili le sole violazioni che, modificando la regolamentazione finale data alle posizioni di interesse compresenti all'interno del singolo rapporto amministrativo, siano risultate concretamente idonee a strumentalizzare in senso privatistico l'esercizio della funzione».

<sup>49</sup> PADOVANI, *Commento all'art.1 l. 16 luglio 1997 n. 234*, in *Leg. pen.*, 1997, 747.

<sup>50</sup> STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1978, 150.

<sup>51</sup> DONINI, *Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo" di riforma dell'art. 323 c.p.*, cit. 94.

del testo normativo. Si tratta di un fenomeno multifattoriale, che secondo alcuni può spiegarsi anche in termini di supplenza (del diritto penale) ai meccanismi di controllo che dovrebbero presiedere alla responsabilità dirigenziale in funzione del c.d. diritto amministrativo dell'efficienza.

In base a quanto appena affermato, se si tiene conto del concomitante potenziamento dei controlli extrapenali (si legga l'art. 22, D.L. 76/2020), si può declinare la *ratio legis* alla base della riforma secondo il principio dell'*extrema ratio*, riconoscendo la concentrazione del fuoco repressivo sulla sola attività amministrativa vincolata (a carattere dichiarativo); tuttavia, esistono tesi interpretative che riducono la portata della riforma, escludendo dal perimetro della fattispecie soltanto una porzione della *discrezionalità amministrativa*, vale a dire quella caratterizzata dalle attività (discrezionali) non regolate da specifiche prescrizioni legislative o, ancora, la sola *discrezionalità valutativa* (caratteristica delle ipotesi in cui esistono margini interpretativi e applicativi di incertezza circa la disciplina normativa di riferimento)<sup>52</sup>. Si tratta di orientamenti che, unitamente alla esclusione delle fonti sub-legislative, riportano l'abuso d'ufficio alla concezione *autonomistica*, trascurando la tendenziale commistione dei vizi di legittimità dell'azione amministrativa e riabilitando la distinzione - *rectius*, non piena coincidenza - tra area del sindacato del giudice penale e vizio dello sviamento del potere in sede amministrativa. In tale ottica, l'interesse pubblico continua a fungere da argine esterno alla *discrezionalità*, inclusa nel perimetro del nuovo art. 323 c.p. allorché esercitata "in contrasto con il modello legale e, cioè, al di fuori dei presupposti di fatto di esercizio del potere discrezionale"<sup>53</sup>.

Di contro, discendendo l'«abuso d'ufficio» dalla trasgressione di una *regola di condotta* positivizzata in una legge a carattere *vincolante*, probabilmente l'accertamento della fattispecie risulta 'semplificato', ma il diritto penale viene

<sup>52</sup> VICICONTE-RIDARELLI, *Il nuovo abuso d'ufficio e la difficile convivenza tra diritto penale e diritto amministrativo*, in *Il penalista*, 21 settembre 2020, 3 s., i quali operano un parallelo tra la "specificità" della regola di condotta violata - tipizzata dal nuovo art. 323 c.p. - e la "specificità" e concretezza della notizia di danno erariale quale presupposto essenziale per la validità degli atti istruttori e processuali del giudizio contabile (D.L. 103/2009).

<sup>53</sup> Sul rapporto tra eccesso di potere e violazione di norme di legge, PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, cit., 14 s. Attraverso una lettura autonomistica degli elementi normativi del fatto, l'Autore afferma "che la nuova formulazione dell'art. 323 c.p. circoscrive il rilievo penale alle sole forme di eccesso di potere "estrinseco", che siano connotate da una espressa inosservanza di regole comportamentali contenute nella legge o in atti aventi forza di legge". A corroborare la tesi per cui il legislatore non fa riferimento ad atti amministrativi totalmente vincolati, limitandosi invece ad espungere le forme di discrezionalità endo-amministrativa, è l'analisi della seconda tipologia di condotta tipica che "effettivamente non pone i limiti previsti in relazione alla condotta principale" (pagg. 17 s.)

posto in funzione servente rispetto al diritto amministrativo e finisce con il perdere la necessaria autonomia che deve contraddistinguere la selezione (primaria)<sup>54</sup>. Gli effetti sono quelli già segnalati: il *tipo* risulta starato rispetto alla reale *offensività* delle condotte dipendendo dalla tipologia del provvedimento violato che, come noto, potrebbe non riflettere la gravità della condotta inquadrata dall'incriminazione.

Insomma, anche volendo riconoscere nella riforma del 2020 le buone intenzioni di una differenziazione tra sindacato penale e sindacato amministrativo, si impongono le notevoli perplessità dell'analisi di *teoria* e *prassi* dell'abuso d'ufficio. Prim'ancora d'imbattersi nelle derive di una prassi prevedibilmente distorsiva, infatti, l'interprete è costretto a rilevare che l'argine del giudizio penale è posto (o quantomeno dipende) dall'attività amministrativa che influenza (e pregiudica) il corretto impiego delle categorie giuridiche penalistiche.

6. *Questioni di diritto intertemporale*. Affrontare le questioni di diritto intertemporale significa comprendere se l'art. 23, D.L. 16 luglio 2020, n. 76, conv. in L. 11 settembre 2020, n. 120 abbia rivoluzionato l'«abuso d'ufficio» o interpretato l'inutile trasformismo del cambiar tutto perché *tutto rimanga com'è*<sup>55</sup>.

L'interrogativo è teso a individuare se gli 'abusi' realizzati prima dell'entrata in vigore della riforma e commessi *i)* in violazione di norme di regolamento, *ii)* in violazione di norme di legge dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse, *iii)* in violazione di regole di condotta che lasciano residuare margini di discrezionalità siano travolti dalla retroattività dell'*abolitio criminis* (con *archiviazione* nei procedimenti in fase di indagine, *proscioglimento* nei processi in corso e *revoca* delle sentenze passate in giudicato, ai sensi dell'art. 2, comma 2, c.p. e art. 673 c.p.p.) ovvero conservino rilevanza con *persistenza dell'illecito* anche grazie alla riesplorazione di modalità alternative già incluse nella tipicità ante-riforma dell'abuso d'ufficio.

Alla luce della recente pronuncia della Cassazione (Cass. pen., Sez. fer., 25 agosto 2020 - dep. 17 novembre 2020, n. 32174), che - come anticipato - ha escluso dal perimetro della riforma l'inosservanza dell'obbligo di astensione, la dottrina ha ritenuto che (soltanto) sul *genus* della violazione di norme di

<sup>54</sup> In argomento, MASSI, *Parametri formali e violazione di legge nell'abuso d'ufficio*, in *questa rivista*, n. 1/2019, *passim*.

<sup>55</sup> Citando *Il Gattopardo* di Giuseppe Tomasi di Lampedusa, ci si interrogava sulla questione in NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi*, cit., 498.

legge o di regolamento «*sembra essere intervenuta una parziale abolitio criminis, con la conseguente retroattività in bonam partem ai sensi dell'art. 2, comma 2, c.p.*»<sup>56</sup>. La statuizione è stata già confermata (Cass. pen., Sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 442) con conseguente affermazione del proscioglimento dell'imputato, nei processi in corso, con la formula “*perchè il fatto non è più previsto dalla legge come reato*”. Sillogismo legato alla premessa in base alla quale “*non può seriamente dubitarsi che si realizzi una parziale abolitio criminis in relazione ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della riforma, che non siano più riconducibili alla nuova versione dell'art. 323 c.p., siccome realizzati mediante violazione di norme regolamentari o di norme di legge generali e astratte, dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità*”. La soluzione appena prospettata dev'essere confrontata con le potenzialità espansive del testo normativo, ovvero con l'inquadramento giuridico alternativo della condotta concretamente posta in essere dal pubblico agente. Da questo punto di vista, i commentatori hanno esaminato tre possibili strade: *a)* la riconducibilità del fatto concreto, oggetto del giudizio, alla nuova e più circoscritta ipotesi di abuso d'ufficio penalmente rilevante; *b)* la possibilità o meno di inquadrare il fatto nella modalità alternativa della condotta di omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti; *c)* la rilevanza del fatto quale fattispecie diversa dall'abuso d'ufficio e già prevista dalla legge (che si riepanda nel momento in cui l'art. 323 c.p. si ritrae)<sup>57</sup>.

Naturalmente, la prima ipotesi – già percorsa dai giudici di legittimità in Cass. pen., sez. VI, 17 settembre 2020, n. 31873 – è consentita fin quando la regola di condotta violata (prevista dalla fonte secondaria) trovi un referente altrettanto puntuale nella fonte primaria (e certo non nei principi generali, come quelli condensati all'art. 97 Cost.). Con ancora maggiore delicatezza andranno gestite le ipotesi di *abrogatio sine abolitione* deducibili dalle verifiche inerenti la diversa qualificazione giuridica del fatto rientrante in una diversa sottofattispecie legale dell'«*abuso d'ufficio*» (omessa astensione) ovvero in una diversa e meno grave norma incriminatrice (es. art. 328 c.p.)<sup>58</sup> che, prima preclusa

<sup>56</sup> Letteralmente, ROMANO, *La prima pronuncia della Cassazione sul “nuovo” abuso di ufficio e l'abolitio criminis parziale*, in *Il Penalista*, 11 dicembre 2020, 3.

<sup>57</sup> Sono le verifiche ipotizzate da GATTA, *La riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it).

<sup>58</sup> Evidentemente, il problema non dovrebbe porsi se *il fatto costituisce un più grave reato* (es. peculato, corruzione, ecc.), in quanto la clausola di sussidiarietà dell'art. 323 c.p. avrebbe reso già prima della riforma inapplicabile l'abuso d'ufficio in favore del più grave reato, GATTA, *La riforma dell'abuso*

dalla prevalenza dell'art. 323 c.p., risulta riabilitata e (salvo il limite della irrevocabilità) pone un problema di individuazione della legge più favorevole (*ex art. 2, comma 4 c.p.*).

Paradossalmente, anche in questo campo, la riforma fa appello alla *prudentia* di quello stesso giudice di cui in origine ha diffidato, ponendo nelle mani di chi è tenuto ad applicare la legge i rischi di una riconversione della contestazione in violazione del principio di irretroattività *in malam partem* e la gestione delle regole della successione di norme penali nel tempo, che dovranno affermare le ragioni del diritto (e delle garanzie costituzionali) sulle forzature che consentirebbero la conservazione di una fattispecie incriminatrice *proteiforme* nel tempo.

La storia non consegna all'interprete un presagio favorevole.