

CONFRONTO DI IDEE

ALESSANDRO MELCHIONDA

La riforma dell'”abuso d'ufficio” nel caleidoscopio del sistema penale dell'emergenza da Covid-19

Lo scritto prende in esame i recenti interventi governativi di limitazione della responsabilità penale che sono stato adottati nell'esperienza post Covid-19 e considera la più ampia rilevanza e le forti criticità che sono emerse con la riforma del delitto di “abuso d'ufficio”

The reform of the “abuse of office” in the kaleidoscope of the emergency penal system post Covid 19.

The paper examines the recent government interventions to limit criminal liability that were adopted in the post Covid 19 experience and considers the broader relevance and strong criticalities that have emerged with the reform of the crime of “abuse of office”.

SOMMARIO: 1. Premessa. *Ratio* ed obiettivi degli interventi governativi di limitazione della responsabilità penale nell'esperienza post Covid-19. - 2. Le modalità tecniche di limitazione della responsabilità penale adottate nel settore della sicurezza del lavoro ed in ambito sanitario. - 3. La più ampia rilevanza (anche “retroattiva”) degli obiettivi di riforma del delitto di “abuso d'ufficio” e le caratteristiche della soluzione tecnica adottata per il contenimento degli spazi di “sindacato giudiziale penale” della discrezionalità amministrativa. - 4. La “risposta giurisprudenziale” - 5. I difetti tecnico-legislativi della riforma. - 6. Il monito del passato: la perenne importanza di un legislatore formato alla “pratica legislativa penale”.

1. *Premessa. Ratio ed obiettivi degli interventi governativi di limitazione della responsabilità penale nell'esperienza post Covid-19.* La drammaticità degli eventi, che hanno segnato l'improvvisa diffusione della pandemia da Covid-19, ha comprensibilmente generato uno stato collettivo d'ansia e di paure senza eguali. Dapprima con riguardo all'ambito della salute individuale, così inaspettatamente minacciata dalla scoperta di un virus letale, invisibile ed inizialmente irrefrenabile; e poi ancora per le drammatiche ricadute economiche negative, che si sono subito manifestate quale conseguenza immediata ed inevitabile del blocco generalizzato imposto dallo Stato alla normalità della vita quotidiana.

Nell'ottica del diritto penale quelle paure si sono presto accompagnate anche ad altre preoccupazioni, in ragione dei possibili profili di responsabilità, che sono subito apparsi variamente ricollegabili agli effetti della pandemia, sia per l'eventualità di condotte suscettibili di concorrere ad una più ampia diffusione del virus, sia con riferimento ai rischi connessi al trattamento sanitario adottato nella cura delle persone malate¹.

¹ Per questo quadro d'insieme v. tra i primi VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, in *questa Rivista*, 2020, 1, 1 ss. Con più specifico riguardo al settore sanitario v. CALLETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra*

Sono così emerse varie sollecitazioni e polemiche sull'esigenza di prevenire, o comunque di assicurare l'esclusione di siffatti rischi sanzionatori: in primo luogo, in capo al personale medico-sanitario così pesantemente coinvolto nell'attività di cura², ma poi anche, più in generale, nei confronti di professionisti, imprenditori, datori di lavori ed altri soggetti potenzialmente esposti a tali ipotetici riflessi penalistici. Il Governo si è perciò fatto carico di introdurre appositi meccanismi di tutela e, nella congerie di provvedimenti normativi che sono stati emanati nel corso di questo lungo periodo di emergenza, si è dato corso alla previsione di varie disposizioni volte a circoscrivere e contenere tali possibili spazi di responsabilità: dapprima, intervenendo sugli «obblighi dei datori di lavoro per la tutela contro il rischio di contagio da Covid-19»³; poi delimitando la possibile «responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti Sars-CoV-2»⁴; ed in seguito, più di recente, introducendo una espressa limitazione della «responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19», da più parti propagandata con l'immagine dello «scudo penale»⁵.

In questo contesto di azione complessiva volta a contenere le conseguenze emergenziali della pandemia, all'interno del c.d. «decreto semplificazioni» (ed in particolare all'art. 23 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito in legge 11 settembre 2020, n. 120) è stata inserita anche l'ormai già nota modi-

«scelte tragiche» e colpa del medico, in *Sist. pen.*, 2020, 5, 12 ss.; PAGANI, *Responsabilità penali da rischi di contagio del Covid-19 nelle strutture sanitarie*, in questa *Rivista*, 2020, 2, 1 ss.; RISCATO, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in *Discrimen*, 25.5.2020.

² In questo senso v. CUPELLI, *Emergenza Covid-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in www.sistemapenale.it; RIZZO, *La crisi pandemica e i nuovi scenari della "colpa medica"*, in questa *Rivista*, 2021, 1, 1 ss.

³ V. l'art. 29-bis del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23 (convertito nella legge 5 giugno 2020, n. 40), per un commento del quale v. AMATO D., *Contagio da Covid-19 "in occasione di lavoro" e responsabilità datoriale: è davvero necessario uno scudo penale?*, in giurisprudenzapenale.com, 2020, 6; CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, in www.sistemapenale.it.

⁴ V. l'art. 3 del decreto-legge 8 aprile 2021, n. 44 (poi convertito nella legge 5 giugno 2020, n. 40), sul quale v. PIRAS, *La non punibilità per gli eventi dannosi da vaccino anti covid-19*, in *Sist. Pen.*, 23.4.2021, ed in seguito PENCO, «Norma-scudo» o «norma-placebo»? *Brevi osservazioni in tema di (ir)responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti Sars-Cov-2*, in www.sistemapenale.it, e CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, in www.sistemapenale.it.

⁵ V. l'art. 3-bis del decreto-legge 8 aprile 2021, n. 44, introdotto solo in sede di conversione con la legge 5 giugno 2020, n. 40 in relazione al quale, oltre allo scritto di CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica*, cit., v. PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza epidemica*, in *Sist. Pen.*, 1.6.2021; ed in seguito CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1171 ss.

fica dell'art. 323 del codice penale, che ha portato ad una singolare e discussa riforma del delitto di "abuso d'ufficio"⁶.

La singolarità dell'innovazione è risultata subito evidente sotto molteplici punti di vista. Innanzi tutto, già con riferimento alla reale pertinenza di questa riforma con le dirette implicazioni connesse all'emergenza pandemica. Nelle indicazioni fornite dal Governo al momento della presentazione ufficiale del c.d. "decreto semplificazioni"⁷, anche questo intervento è stato motivato evocando l'esigenza di dare risposta ad un atteggiamento di "paura", nella specie espressamente riferita alla c.d. "paura della firma" di tanti amministratori pubblici e quindi con l'obiettivo di liberarli dalla preoccupazione di incorrere in responsabilità penali per tale reato. Ed anche in questo caso, in effetti, un riflesso specifico dell'emergenza pandemica poteva essere colto nella diffusa incertezza, che ha sicuramente improntato l'azione dei rappresentanti di tanti enti pubblici territoriali, posti così inaspettatamente di fronte alla necessità di adottare con urgenza plurimi provvedimenti direttamente destinati ad incide-

⁶ La riforma ha già formato oggetto di una copiosa bibliografia: tra i tanti, v. ALBERICO, *Le vecchie insidie del nuovo abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, 2021, 4, 5 ss.; AMATO G., *Abuso d'ufficio: meno azioni punibili, così la nuova riforma "svuota" il reato*, in *Guida Dir.*, 2020, 34-35, 30 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.*, 2020, 7, 133 ss.; GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in *www.sistemapenale.it*; ID., *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, in *www.sistemapenale.it*; INSOLERA, *Quod non fecerunt Barberini fecerunt barbari. A proposito dell'art. 23 del d. l. 16 luglio 2020, n. 76*, in *disCrimen*, 31.7.2020; LA ROSA, *Il "nuovo" abuso d'ufficio: "messa da requiem" o eterna "araba fenice"*, in *Giur. it.*, 2021, 1459 ss.; MANNA, *I continui giri di valzer tra legislatore e giurisprudenza in tema di abuso d'ufficio: un addio alla tassatività?*, in *questa Rivista*, 2021, 1, 1 ss.; MANNA-SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"? Gli irtinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Leg. pen.*, 2020, 1 ss.; MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, in *www.sistemapenale.it*; NADDEO, *La nuova struttura dell'art. 323 c.p.*, in *questa Rivista*, 2021, 1, 1 ss.; NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sist. Pen.*, 20.11.2020; PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen. web*, 2020, 7-8, 1 ss.; PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio*, in *Sist. Pen.*, 2021, 7/8, 71 ss.; PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme a Costituzione. Con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n. 120/2020*, Torino, 2020; PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in *Leg. pen.*, 2020; PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 9 ss.; ROMANO B. (a cura di) *Il "nuovo" abuso d'ufficio*, Pisa, 2021; STORTONI, *La tutela penale della pubblica amministrazione: prima ratio?*, in *Liber amicorum Adelmo Manna*, a cura di Plantamura e Salcuni, Pisa, 2020, 649 ss.; VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, in *Giust. pen.*, 2020, II, 502 ss.; VINCIGUERRA, *Prime riflessioni su due recenti modifiche dell'abuso di ufficio (art. 323 c. p.)*, in *Foro it.*, V, 2020, 372 ss.

⁷ Sui contenuti dell'iniziale comunicato stampa del Governo v. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., 1.

re su vari fronti di gestione, sia nazionale, che locale dell'emergenza: così, in particolare, per quanto attiene alla organizzazione scolastica, alla regolamentazione dei trasporti, all'approvvigionamento di dispositivi di prevenzione e sicurezza (si pensi, in particolare, all'iniziale spasmodica ricerca delle c.d. "mascherine", ovvero di strumenti atti a meglio gestire la necessità del "distanziamento interpersonale").

Pur potendo essere intesa anche nel quadro di questa più specifica esigenza di intervento, la motivazione fornita dal Governo è, tuttavia andata molto al di là di tutti questi pur importanti aspetti specifici. La *ratio* della riforma è stata, infatti, presentata e spiegata soprattutto nella prospettiva di superare quell'atteggiamento altrimenti definito di "burocrazia difensiva", che, proprio per effetto del timore connesso a possibili incriminazioni penali, si ritiene abbia portato molti pubblici funzionari ad esitare e/o a ritardare o financo ad astenersi dall'assumere decisioni rilevanti per lo sviluppo dell'economia, così contribuendo a diminuire l'efficienza complessiva dell'apparato statale e ad ostacolare il buon andamento della pubblica amministrazione.

Di certo, anche l'esigenza di evitare questi possibili effetti negativi è sicuramente apprezzabile in una prospettiva di più generale contenimento delle conseguenze legate all'emergenza pandemica. Nella specie rimane, tuttavia, chiaro, che si tratta di contesto problematico del tutto diverso da quello ha portato a limitare gli spazi di responsabilità più direttamente connessi alla diffusione del virus. Il dibattito e le polemiche sui lamentati effetti negativi per l'economia nazionale imputati alla controversa formulazione del delitto di abuso d'ufficio sono, infatti, di molto precedenti alla scoperta del virus Covid-19 e non a caso, lungi dall'essere valutata solo nella prospettiva di condotte poste in essere nel corso del periodo emergenziale, la riforma dell'art. 323 c.p. ha subito trovato applicazione in relazione a fatti ampiamente pregressi ed in particolare rispetto a fatti già da tempo oggetto di svariati procedimenti penali pendenti⁸. E proprio per questo motivo, diversamente da quanto è stato possibile apprezzare per tutti gli altri interventi di limitazione della responsabilità penale che sono stati adottati per contenere i nuovi rischi scaturiti dalla recente emergenza sanitaria, nel caso della modifica apportata alla fattispecie in tema di "abuso d'ufficio" la nuova disciplina ha subito favorito un immediato riscontro giurisprudenziale, i cui effetti consentono già oggi di pervenire ad un primo bilancio della riforma.

⁸ La precipua rilevanza di questa immediata applicazione retroattiva è stata subito sottolineata sin dai primi commenti: v. GATTA, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, in www.sistemapenale.it.

2. *Le modalità tecniche di limitazione della responsabilità penale adottate nel settore della sicurezza del lavoro ed in ambito sanitario.* Tutti questi segnalati aspetti di diversità sono senz'altro meritevoli di essere tenuti in considerazione nel dare corso ad una prima valutazione retrospettiva di quanto ha fatto seguito all'avvento della riforma dell'art. 323 c.p. e per meglio riflettere sulla soluzione tecnica in tal senso adottata. A questo proposito occorre, però, muovere anche da una ulteriore premessa.

Ferma la rilevata diversità delle ragioni politico-criminali, che hanno ispirato gli interventi governativi innanzi richiamati, al lato pratico è comunque ravvisabile una tendenziale identità degli obiettivi di disciplina sottesi a tutte le disposizioni così concretamente adottate. Come detto, infatti, idea di fondo del Governo è stata quella di garantire una limitazione dei rischi penali presenti in vari settori interessati dagli effetti operativi e gestionali della pandemia. Nel contempo, tuttavia, pur a fronte di questo obiettivo comune, anche le modalità dell'intervento sono risultate molto diverse.

Nel caso delle possibili responsabilità "datoriali" il Governo è intervenuto fissando una espressa attestazione di corretto adempimento agli obblighi cautelari imposti ai datori di lavoro dall'art. 2087 c.c., in presenza della avvenuta adozione e del successivo mantenimento delle misure prescritte nei protocolli di regolamentazione sottoscritti dal Governo in condivisione con le parti sociali per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro. Come è stato fondatamente osservato, si è così adottato «un duplice effetto di tutela per i datori, delimitando il novero delle matrici colpose addebitabili ed escludendo che si possa pretendere, sempre e comunque e *a posteriori*, che *qualcosa di meglio e di più* si sarebbe potuto (e dovuto) fare»⁹.

Identica prospettiva, incentrata esclusivamente sulla limitazione di possibili addebiti colposi, è stata seguita anche in occasione degli ulteriori interventi normativi emanati in ambito medico-sanitario. In particolare, con riferimento al personale sanitario impegnato nelle attività di vaccinazione, si è prevista una esclusione della punibilità per i delitti di omicidio e lesioni personali colposi che trovino causa nella somministrazione del vaccino, allorquando «l'uso dello stesso risulti conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio e nelle circolari del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione»; con la successiva disposizione, in-

⁹ La precisazione ed i "corsivi" sono di CUPELLI, *Obblighi datoriali*, cit.

serita in sede di conversione in legge del decreto-legge n.44/2021 si è ulteriormente precisato che, «durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19 ..., i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale, commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave»; e si è altresì specificato che, «ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza».

La scelta di intervenire sul fronte della limitazione della responsabilità per colpa è chiaramente correlata alla specifica tipologia dei “rischi penali” potenzialmente apprezzabili in tutti questi settori di attività.

Con riguardo al settore medico-sanitario, questi interventi normativi hanno suscitato alcune perplessità, in quanto si è ritenuto che già prima fosse possibile rilevare una sufficiente «protezione giurisprudenziale» rispetto a tali rischi, alla luce dell'orientamento interpretativo «secondo il quale il medico risponde penalmente solo per colpa grave, in casi di speciale difficoltà o in una situazione emergenziale secondo la regola dell'art. 2236 c.c., che non è direttamente applicabile in ambito penale, ma che vi può trovare considerazione come regola di esperienza, in quanto esprime un criterio di razionalità del giudizio»¹⁰. Nel contempo, si è comunque convenuto che, pur a fronte di vari profili sistematici non tutti adeguatamente risolti, questa presa di posizione legislativa a favore della esclusione della responsabilità penale per colpa «può svolgere una funzione di richiamo alla valutazione delle situazioni emergenziali con gli occhi della colpa grave, già spalancati dalla giurisprudenza. Indipendentemente dalla natura dell'emergenza, epidemica o no»¹¹.

Analogamente positiva, ma con maggiori limiti e riserve complessive, è stata ritenuta anche la presa di posizione legislativa in materia di “obblighi datoriat-

¹⁰ V. PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19*, cit., che nella specie si riporta soprattutto a quanto affermato da Cass. pen., Sez. Un., 22 febbraio 2018, Mariotti, in *Cass. pen.*, 2018, 1452 ss., con nota CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle sezioni unite: un'interpretazione “costituzionalmente conforme” dell'imperizia medica (ancora) punibile*.

¹¹ Così ancora PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19*, cit., 5. In questa più specifica ottica, identico giudizio positivo è formulato anche da CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica*, cit., 10 ss. Di recente, in più ampia prospettiva monografica, v. altresì MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave*, Roma, 2021, 149 ss.

li”, in relazione alla quale, pur con l’apprezzamento per una soluzione ispirata dal riconosciuto obiettivo di “sdrammatizzazione” delle “paure penali” scaturite nell’organizzazione gestionale della sicurezza nel lavoro a seguito dell’emergenza pandemica, si è anche dato atto del maggior rigore giurisprudenziale da sempre adottato in questo settore. In questo senso si è, quindi, opportunamente auspicato «che, introducendosi nel tessuto normativo indizi di certezza del diritto – in termini di riconoscibilità del precetto e prevedibilità della risposta sanzionatoria – e prospettandosi, in questo ambito, il passaggio verso un’eteronormazione, si possano in ogni caso attenuare le più macroscopiche problematiche legate all’accertamento della colpa generica, soprattutto allontanando la tentazione di un pericoloso scivolamento verso la logica semplificatoria del giudizio *ex post*, per la quale – a posteriori – si può e si potrà sempre pretendere qualcosa in più da parte dei datori di lavoro»¹².

Nell’insieme si è, quindi, trattato di interventi che, oltre a risultare meno suscettibili di incidere sull’esito di processi penali già pendenti (con conseguente ridotta possibilità di generare subito una situazione di potenziale contrasto con l’esito applicativo giurisprudenziale), erano destinati a riflettersi su settori di attività, nell’ambito dei quali le limitazioni di responsabilità penale così complessivamente introdotte potevano già trovare una concorde soluzione di disciplina anche sulla scorta di pregressi indirizzi interpretativi della giurisprudenza. In questo caso, pertanto, l’azione governativa ha seguito una linea di tendenziale convergenza con identiche soluzioni applicative già potenzialmente conformi ai più recenti orientamenti giurisprudenziali.

3. *La più ampia rilevanza (anche “retroattiva”) degli obiettivi di riforma del delitto di “abuso d’ufficio” e le caratteristiche della soluzione tecnica adottata per il contenimento degli spazi di “sindacato giudiziale penale” della discrezionalità amministrativa.* Situazione completamente diversa pare invece apprezzabile con riguardo alle scelte di limitazione della responsabilità penale che sono state adottate con la riforma del delitto di “abuso d’ufficio”.

Come visto, pur potendo presentare i già rilevati profili di attinenza con le problematiche conseguenti all’emergenza della pandemia da Covid-19, la scelta di introdurre nuovi limiti allo spazio di applicabilità della fattispecie incriminatrice prevista all’art. 323 c.p. ha fatto seguito a problematiche ampiamente precedenti ed in particolare all’intento di fornire una soluzione a quel contesto di asserita “paura della firma”, che si è ritenuto addebitabile alla pre-

¹² Così CUPELLI, *Obblighi datoriali*, cit.

vigente formulazione normativa del delitto di “abuso d’ufficio”.

Che fosse davvero questa la causa diretta di lamentati problemi di inefficienza della pubblica amministrazione rimane aspetto sul quale manca, forse, un riscontro oggettivamente attendibile¹³. Di certo, comunque, anche di recente più voci hanno riconosciuto e legittimato gli effetti inibitori di questo stato di timore di tanti pubblici funzionari e si è per l’appunto fatto notare, che «troppe volte le indagini o i processi avviati si sono risolti con un nulla di fatto, dando sì luogo a sentenze di non doversi procedere o ad assoluzioni, ma lasciando sulla pelle dei funzionari i terribili segni che portano con loro le condanne penali, sebbene non definitive, e, ancor prima, lo stesso procedimento penale, con tutti i suoi altissimi “costi” in termini umani, sociali ed anche economici»¹⁴.

Proprio questa singolare sproporzione tra il numero dei procedimenti penali avviati con accuse incentrate sulla contestazione di asseriti “abusi d’ufficio” ed il limitatissimo numero delle successive condanne rende, comunque, evidente la situazione di forte divergenza ed incertezza, che era stata favorita dalla precedente fattispecie incriminatrice, spesso evocata (per alcuni anche strumentalizzata¹⁵) in chiave accusatoria nel contesto di un sistema processuale, che, di certo (questa anche una causa primaria degli effetti negativi di queste accuse) vede oggi amplificata la rilevanza mediatica della fase delle indagini preliminari rispetto a quella dell’effettivo accertamento delle responsabilità¹⁶.

La segnalata singolarità della recente riforma governativa è stata comunque riscontrata anche in ragione di ulteriori aspetti. Innanzi tutto, nella considerazione del complesso e controverso percorso storico che, già a partire dall’originaria formulazione adottata dal Codice penale del 1930, per passare alla successiva modifica del 1990 ed alle ultime ulteriori correzioni del 1997 e del 2012 (quest’ultima pur circoscritta alla sola misura della pena) aveva scandito il dibattito interpretativo ed applicativo di questa precipua fattispecie incriminatrice¹⁷. Ed è proprio alla luce di questa complessiva evoluzione storica,

¹³ Secondo VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell’abuso d’ufficio*, cit., 502, ad esempio, questo stato di immobilismo non sarebbe stato provocato da «ingovernabili angosce e blocchi emotivi», ma piuttosto «da un lucido calcolo tra costi e benefici da parte dei funzionari». In posizione di perplessità v. anche GAMBARDELLA, *Simul stabunt*, cit., 137.

¹⁴ PARODI GIUSINO, *In memoria dell’abuso d’ufficio*, cit., 72. In termini analoghi v. anche l’opinione di MANNA-SALCUNI, *Dalla “burocrazia difensiva”*, cit., 1 ss.; PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio*, cit., 8.

¹⁵ V. GROSSO C.F., *Condotte ed eventi del delitto di abuso di ufficio*, in *Foro it.*, V, 1999, c. 340.

¹⁶ Su questa iniqua divaricazione della rilevanza mediatica del processo v. per tutti le critiche riflessioni di AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, Milano, 2016.

¹⁷ Per una efficace e precisa visione di sintesi di questa evoluzione v. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*

che sono state evidenziate molteplici perplessità sulla stessa soluzione tecnica adottata da quest'ultimo intervento di riforma, con il quale, come noto, ci si è limitati a correggere ed integrare il testo della fattispecie previgente mediante la mera sostituzione delle parole «*di norme di legge o di regolamento*» con la formula: «*di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità*».

Da più parti, in effetti, la riforma introdotta con quest'ultimo intervento governativo è stata subito valutata con approccio fortemente critico. È stato, così, fatto notare, come questa nuova disciplina del delitto di abuso di ufficio, «*ispirata dal dichiarato intento di evitare, una volta per tutte, le indebite ingerenze del giudice penale nel terreno della discrezionalità amministrativa - appare segnata da notevoli difetti tecnici, da incoerenza interna e, soprattutto, da confini esageratamente ristretti, che la rendono inadeguata alla necessaria tutela dell'imparzialità nell'esercizio delle funzioni pubbliche*»¹⁸. Nel contempo, proprio in considerazione di quanto già rilevato a seguito degli ultimi interventi di riforma, ed in specie quello adottato nel 1997, molte voci hanno subito prospettato un esito negativo quasi scontato, rivedendo anche nelle novità introdotte con la riforma del 2020 analoghi (se non già identici) presupposti di contrapposizione con orientamenti giurisprudenziali, già in passato usciti indenni dall'intervento del legislatore ed anzi rafforzati nella loro capacità di tenuta proprio attraverso la rinnovata affermazione del connotato di illiceità di determinate condotte che, forse proprio perché riconosciuto in limitatissime condanne definitive, si è ritenuto insuscetibile di correzioni depenalizzanti. Come innanzi osservato, in questo caso l'azione del Governo ha già avuto modo di conoscere una reazione giurisprudenziale e proprio questo è il dato che, anche senza entrare nel merito dell'intero dibattito che ha fatto seguito all'entrata in vigore all'ultima nuova formulazione dell'art. 323 c.p., preme qui considerare per sviluppare qualche osservazione di sintesi soprattutto sul già rilevato profilo tecnico di impostazione della riforma.

4. *La “risposta giurisprudenziale”*. Come detto, perno della recente modifica in tema di “abuso d'ufficio” è la dichiarata volontà legislativa di arginare

dell'abuso d'ufficio, cit., 3 ss.; nonché ROMANO B., *L'abuso innominato nell'originario art. 323 c.p.*, in *Il “nuovo” abuso di ufficio*, cit., 3 ss.; CUPELLI, *La riforma del 1990*, *ibid.*, 15 ss.; MERLO, *Le modifiche del 1997 e del 2012*, *ibid.*, 33 ss.

¹⁸ PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio*, cit., 71. Pur con opinioni diverse sui termini di possibile interpretazione della nuova fattispecie, il giudizio critico sulla riforma pare sostanzialmente unanime: sul punto, v. il quadro bibliografico già innanzi citato alla nota 6.

l'ingerenza del giudice penale nel campo delle scelte discrezionali della pubblica amministrazione. Identico obiettivo aveva, invero, contraddistinto anche la prima riforma del 1990, ma, in quella occasione, l'esigenza di intervento era stata diversamente colta con riferimento alla precedente fattispecie del delitto di "Interesse privato in atti d'ufficio" (art. 324 c.p.) ed a quella di "Peculato", (art. 314 c.p.), ed in particolare con riguardo all'ipotesi del c.d. "peculato per distrazione"¹⁹. Proprio quella riforma aveva così portato ad ampliare lo spettro applicativo del delitto di "abuso d'ufficio" (ex art. 323 c.p.), che, pur conservando lo spazio residuale da sempre contraddistinto da quella clausola di "sussidiarietà espressa" a suo tempo inserita con la codificazione del 1930 (corretta nel 1990 in mera "clausola di sussidiarietà limitata"²⁰, ma di fatto corroborata in questa valenza residuale da una misura di pena comunque inferiore ad ogni altra fattispecie parallela)²¹, si era trovato ad operare quale nuovo "gigantesco contenitore"²² sia delle condotte precedentemente riconducibili a tali diverse ipotesi incriminatrici, sia delle stesse condotte di "omissione d'atti d'ufficio" rimaste "scoperte" per effetto della contestuale riforma del previgente delitto di cui all'art. 328 c.p.

Già in quella occasione il legislatore non riuscì a porre un freno allo spazio di sindacabilità giudiziale in sede penale dell'atto amministrativo, ma spostò solo il baricentro della problematica sulla fattispecie incriminatrice dell'"abuso d'ufficio". In totale contrasto con gli obiettivi originari, la riforma del 1990 portò anzi quasi ad ampliare i margini di tale più generale ambito di sindacato giudiziale, avendo genericamente ancorato la tipicità del fatto penalmente rilevante ex art. 323 c.p. a qualunque condotta del soggetto attivo (peraltro non più solo il "pubblico ufficiale", bensì anche "l'incaricato di pubblico servizio") che «abusa dell'ufficio» con finalità di ingiusto vantaggio per se o per altri, ovvero di altrui danno ingiusto²³.

¹⁹ Su questo passaggio v. per tutti PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 5 ss. Sulla questione, ancora di grande attualità appare la lucida disamina che fu all'epoca sviluppata da CONTENTO, *Il sindacato del giudice penale sugli atti e sulle attività della Pubblica Amministrazione*, in *La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di Stile, Napoli, 1987, 81 ss.

²⁰ V. ROMANO M., *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Commentario sistematico*, 4^a ed., Milano, 2019, 378.

²¹ Così perciò diversamente classificata quale "clausola di consunzione" da PAGLIARO, *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 1395. Per questa classificazione v. ora anche CUPELLI, *La riforma del 1990*, cit., 18.

²² L'espressione è di PAGLIARO, *La nuova riforma*, cit., 1395.

²³ Per una più ampia analisi di questa problematica v. soprattutto gli studi monografici di COCCO, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cagliari, 1996; TANDA, *Attività amministrativa e sindacato del giudice civile e penale*, Torino, 1999; GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002; MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso*

Anche la riforma del 1997 fu così ispirata da una ribadita volontà di escludere la rilevanza di atti connotati da un generico abuso del potere discrezionale e l'oggettiva indeterminatezza della condotta di "abuso dell'ufficio" fu corretta con il riferimento a condotte poste in essere «in violazione di norme di legge o di regolamento»; formula che, alla luce delle diverse classificazioni dei vizi tipici dell'atto amministrativo, era stata adottata proprio per escludere la rilevanza del c.d. "eccesso di potere"²⁴.

Come è noto, anche questa riforma non ha minimamente arginato gli spazi di possibile ingerenza del giudice penale nelle scelte discrezionali della pubblica amministrazione, spazi che sono anzi risultati ancora una volta più ampi, grazie a quell'orientamento interpretativo che, ricollegando la formula della "violazione di norme di legge" alla stessa più generale violazione del "principio di imparzialità" dettato dall'art. 97 Cost. ha messo nelle mani dei giudici un ulteriore strumento di sindacato globale dell'amministrazione pubblica²⁵.

Ora, già quella riforma del 1997 fu criticata con vigore, risultando dichiaratamente ispirata da motivazioni «assolutamente estranee ad una più razionale o più incisiva tutela del buon andamento e della imparzialità della P.A., perseguendo esclusivamente l'obiettivo di limitare le "ingerenze" giudiziali in tema di atti discrezionali dei pubblici funzionari e, in particolare, dei pubblici amministratori»; già quella riforma del 1997 poneva così in evidenza la dubbia apprezzabilità di una siffatta politica del diritto, in quanto «espressiva di un grado di conflittualità tra i poteri dello Stato che non può non condurre alla soccombenza del diritto stesso, inteso come scienza della legislazione»²⁶.

La conclusione, fondata e condivisibile già allora, pare oggi direttamente proiettabile anche sulla riforma del 2020.

Nel giudizio quasi unanime di chi ha già preso posizione a commento dell'ultima riforma, azione ed obiettivi legislativi sono esattamente gli stessi di quel precedente intervento del 1997. A parte, quindi, pur apprezzabili sforzi

d'ufficio Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione, Napoli, 2012; SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova, 2014.

²⁴ Nel panorama di una vastissima bibliografia v. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, in *Studium iuris*, 1997, 1251 ss.; PAGLIARO, *L'antico problema dei confini fra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 106 ss.; PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, 879 ss. Più di recente MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, Giappichelli, 2019, passim.

²⁵ Sul punto, nel dibattito successivo alla riforma del 2020 v. le considerazioni di PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio*, cit., 9 ss.

²⁶ SEMINARA, *Commento all'art. 323*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di Forti-Seminara-Zuccalà, 6a ed., Milano, 2017, 1073.

di una lettura più equilibrata e razionale dell'attuale formulazione della fattispecie²⁷, la risposta giurisprudenziale ha già dato conferma di una resistenza tesa ad una progressiva vanificazione delle aspettative di contenimento degli spazi di sindacato giudiziale dell'attività pubblica. Il panorama delle decisioni è eloquente. Già in una prima decisione dell'agosto 2020 la Cassazione ha subito precisato che, pur a fronte di una novità normativa che ha «notevolmente ristretto l'ambito di rilevanza penale del delitto di abuso d'ufficio, con inevitabili effetti di favore applicabili retroattivamente, ai sensi dell'art. 2, comma 2, c.p.», va comunque tenuto presente, che la riforma non ha «prodotto alcun effetto riguardo alla seconda condotta tipica dell'art. 323 c.p. concernente l'inosservanza dell'obbligo di astensione», rispetto alla quale, pertanto, «non è pertinente la limitazione alle fonti primarie prevista invece dalla novella del 2020 per la prima condotta tipica della violazione di norme di legge»²⁸. Con altra successiva decisione, relativa peraltro ad ambito di particolare rilevanza per le pregresse problematiche di sindacato giudiziale dell'atto amministrativo, si è ulteriormente affermato, che «il rilascio di un permesso a costruire illegittimo perché non conforme alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente, secondo quanto prescritto dagli artt. 12 e 13 d.P.R. n. 380/2001, integra il requisito della “violazione di legge” rilevante ai fini della configurabilità del reato di cui alla nuova formulazione dell'art. 323 c.p. ... non residuando margini di discrezionalità amministrativa»²⁹. Ed anche in seguito si è posto in rilievo che, pur dovendosi dare atto dello spazio di più ristretta punibilità fissato dalla riforma del 2020, che oggi «sottrae al giudice sia l'apprezzamento dell'inosservanza di principi generali o di fonti normative di tipo regolamentare, sia il sindacato del mero cattivo uso della discrezionalità amministrativa», con conseguente «limitazione della responsabilità penale allorquando il pubblico funzionario abbia agito in un contesto di discrezionalità amministrativa, anche tecnica», tutto questo non rileva laddove «l'esercizio del potere discrezionale abbia trasmodato in una

²⁷ V. ad esempio gli spunti forniti da PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio*, cit., 23 ss. e da PERONGINI, *L'abuso di ufficio*, cit.

²⁸ Così Cass., Sez. Fer., 25 agosto 2020, Deidda, in *www.ilpenalista.it*, con commento di ROMANO, *La prima pronuncia della Cassazione sul “nuovo” abuso d'ufficio e l'abolito criminis parziale*. L'assunto è stato poi ulteriormente confermato da Cass., Sez. VI, 8 gennaio 2021, Micheli, in *Mass. Uff.*, n. 281158. Per un commento di queste prime pronunce v. anche NADDEO, *La nuova struttura*, cit.

²⁹ Così Cass., Sez. VI, 17 settembre 2020, in *Riv. giur. edilizia*, 2021, 964 ss., con nota di GUERINI T., *Abuso d'ufficio e piani urbanistici: tutto deve cambiare perché tutto resti come prima?* Su questa sentenza v. anche VALENTINI, *La difesa dell'abuso d'ufficio. Ancora un ritaglio selettivo ex lege 120/2020*, in *Discrimen.it*.

vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici (cosiddetto “sviamento di potere”)³⁰. La decisione è ovviamente significativa e da contezza dell’“eterogenesi dei fini”³¹, della valenza “gattopardesca”³², che è stata colta negli effetti della recente riforma, in quanto ripropone, nella sostanza, il medesimo principio già affermato nella vigenza della precedente fattispecie, allorché le Sezioni Unite della Cassazione affermarono, che «il reato di abuso di ufficio connotato da violazione di legge è configurabile anche in caso di sviamento di potere, cioè quando il comportamento dell’agente, pur formalmente corrispondente alla norma che regola l’esercizio dei suoi poteri, è tenuto in assenza delle ragioni d’ufficio che lo legittimerebbero e produce intenzionalmente un danno alla persona offesa»³³.

Ma non solo. Il processo di contenimento interpretativo della recente riforma è andato anche oltre; si è così dichiarato che: «è possibile fondatamente ritenere che il legislatore della novella, stabilendo che l’abuso di ufficio sia configurabile solo nel caso di “violazione di specifiche regole di condotta (...) dalle quali non residuino margini di discrezionalità”, abbia inteso far riferimento non solamente ai casi in cui la violazione ha ad oggetto una specifica regola di condotta connessa all’esercizio di un potere già in origine previsto da una norma come del tutto vincolato (cioè di un potere del quale la legge abbia preordinato l’an, il quomodo, il quid e il quando dell’azione amministrativa); ma anche ai casi riguardanti l’inosservanza di una regola di condotta collegata allo svolgimento di un potere che, astrattamente previsto dalla legge come discrezionale, sia divenuto in concreto vincolato per le scelte fatte dal pubblico agente prima dell’adozione dell’atto (o del comportamento) in cui si sostanzia l’abuso di ufficio»³⁴. Recentissima è infine la notizia di

³⁰ Così Cass., Sez. VI, 9 dicembre 2020, Garau, in *questa Rivista*, 2021, 1, 1ss., con nota di RUTIGLIANO, *La Cassazione alle prese con il “nuovo” abuso d’ufficio e con la questione dell’abolito criminis parziale*. Su questa pronuncia v. anche i commenti di BORSARI, *A volte ritornano. riforma dell’abuso d’ufficio e sperimentazioni applicative*, in *Sist. pen.*, 2021, 9, 43 ss.; CRISMANI, *La discrezionalità amministrativa nel reato di abuso d’ufficio*, in *giustiziainsieme.it*; GAMBARDELLA, *La modifica dell’abuso d’ufficio al vaglio della prima giurisprudenza di legittimità: tra parziale abolito criminis e sindacato sulla discrezionalità amministrativa*, in *Cass. pen.*, 2021, 493 ss.; PAGELLA, *La Cassazione sull’abolito criminis parziale dell’abuso d’ufficio ad opera del “decreto semplificazioni”*, in *www.sistemapenale.it*; ROMANO B., *Il “nuovo” abuso di ufficio e l’abolito criminis parziale*, in *penaledp.it*; TORDINI CAGLI, *Il reato di abuso d’ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, *ivi*.

³¹ V. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio*, cit., 11.

³² V. NADDEO, *La nuova struttura dell’art. 323 c.p.*, cit., 22.

³³ Così Cass., Sez. un., 29 settembre 2011, Rossi, in *Cass. pen.*, 2012, 2410 ss.

³⁴ Così Cass., Sez. VI, 28 gennaio 2021, A.F., in *Cass. pen.*, 2021, 1575 ss., sulla quale v. anche i commenti di BORSARI, *A volte ritornano*, cit., 51 ss.; PAGELLA, *La Cassazione sui “margin di discrezionali-*

un'ultima decisione, con la quale è stato riaffermato che, anche dopo la riforma dell'abuso d'ufficio, la trasgressione di norme regolamentari può conservare rilevanza penale, «nel caso in cui esse, operando quali norme interposte, si risolvano nella specificazione tecnica di un precetto comportamentale già compiutamente definito nella norma primaria e purchè questa sia conforme ai canoni della tipicità e tassatività propri del precetto penale»³⁵.

Pur con tutte le riserve che possono nascere da questo atteggiamento di manifesto rigetto giurisprudenziale dei difformi esiti applicativi che erano stati espressamente indicati quale obiettivo della “volontà” legislativa, il legislatore deve tenere conto di questa situazione: come è stato giustamente ribadito, infatti, «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 l'effetto contrario»³⁶.

5. *I difetti tecnico-legislativi della riforma.* A fronte di questo quadro d'insieme paiono allora evidenti i molteplici difetti tecnici anche di quest'ultimo intervento di riforma dell'abuso d'ufficio. D'altro canto (e proprio questa recente vicenda ne offre piena conferma), non sempre l'obiettivo di chiudere gli spazi ad un determinato orientamento interpretativo può essere ottenuto mediante la semplice correzione della fattispecie incriminatrice.

Tutto questo è, talvolta, possibile, allorché il profilo di criticità si colloca nella sfera dell'elemento soggettivo del reato: in questi casi, in particolare, nell'ipotesi di illeciti colposi (come si è visto per altri interventi legislativi post-pandemia da Covid-19) è forse adeguato incidere nel quadro delle regole cautelari di riferimento, fissando presunzioni e/o riconoscimenti espressi di corretto adeguamento ai relativi obblighi; parallelamente, nell'ipotesi di delitti dolosi, l'aggiunta di un semplice avverbio può spesso essere idonea a precludere aperture a forme meno intense del dolo³⁷. Entro certi limiti, questa soluzione è talvolta utilizzabile anche sul piano della tipicità, quando però lo spettro applicativo non rischia di intersecarsi con quello di altre figure di reato³⁸.

tà” nel riformato abuso d'ufficio, in *Sist. pen.*, 2021, 5 ss.; SERRA, *La Cassazione e il “nuovo” abuso d'ufficio, ovvero del “senso imperfetto” della discrezionalità tecnica dell'amministrazione e dei c.d. autolimiti*, in *penaledp.it*.

³⁵ Cass., Sez. VI, 16 febbraio 2021 Sez. VI, 8 settembre 2021, Del Principe, in www.giurisprudenzapenale.com.

³⁶ V. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 8.

³⁷ Si pensi, ad esempio, alla modifica introdotta nell'anno 2006 al delitto di “Detenzione di materiale pornografico” di cui all'art. 600 *quater*, c.p., ovvero all'evoluzione normativa del reato di “False comunicazioni sociali” ex art. 2621 c.c.

³⁸ Si pensi, in particolare, alla modifica dell'anno 2015 del delitto di “Dichiarazione infedele”, previsto

Del tutto diverso è, invece, il caso nel quale, come nell'ipotesi del delitto di "abuso d'ufficio", le scelte legislative sono orientate a correggere l'ampiezza di un fatto tipico, che presenta plurimi profili di correlazione con altre figure di reato e con obiettivi di dichiarato contrasto e delimitazione dello stesso "formante" giurisprudenziale. In queste situazioni l'azione legislativa dovrebbe tenere conto di molteplici altri fattori: innanzi tutto, dovrebbe muovere da una considerazione proprio del quadro storico di riferimento, sia per la concreta necessità di evitare soluzioni già rivelatesi errate, sia per la parallela esigenza di considerare la trama complessiva di tutte le fattispecie potenzialmente rilevanti, atteso che, spesso, la giurisprudenza trova modo di dare spazio ad atteggiamenti di "resistenza" applicativa proprio quando la correzione del fatto tipico di un determinato reato apre la possibilità di una diversa riconduzione del fatto storico così non più rilevante per quella figura nello spettro di riferimento di altra fattispecie incriminatrice³⁹.

Valutata sul piano della tipicità, la correzione di una fattispecie di reato non corrisponde mai alla mera aggiunta od eliminazione di un tassello a sua volta calato in un mosaico così geometricamente destinato solo ad assumere minore o maggiore ampiezza, ma va sempre considerata come l'innesto di un elemento comunque nuovo, inserito all'interno di un ideale caleidoscopio, che spesso porta a generare un'immagine finale molto diversa, sia da quella originaria, sia da quella attesa.

Come è stato più volte ribadito, oltre ad esigenze di più ampia revisione degli stessi controlli interni all'apparato amministrativo, nell'ambito del c.d. "statuto penale della pubblica amministrazione" il problema di fondo è dato dal fatto che, se a molti appare opportuno limitare gli spazi di sindacato del giudice penale sulle scelte discrezionali dei pubblici uffici, nel contempo rimane per molti inaccettabile l'idea di arretrare lo spazio di rilevanza penale fino al punto di non vietare e sanzionare «il fatto di utilizzare il potere pubblico per con-

all'art. 4, D.Lgs. n. 74/2000, nel quale la correzione della formula "passivi fittizi" con quella di "passivi inesistenti" ha consentito di escludere dal campo delle passività rilevanti quelle, pur se fiscalmente "indeducibili", sono state concretamente sostenute.

³⁹ A questo riguardo, sui rischi di una possibile "riscoperta" giurisprudenziale del c.d. "peculato per distrazione" v. le fondate considerazioni di PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 11 ss.; ID., *Una riforma imperfetta*, in *Il "nuovo" abuso di ufficio*, cit., 121 ss. Sul punto v. anche GAMBARDILLA, *Simul stabunt*, cit., 154; NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 9 ss. Per analoga prospettiva, con riguardo al delitto di "corruzione" v. l'intervento di FIANDACA-MERLO, *Riformare, abolire? C'è una terza via per il reato fantasmatico dell'abuso d'ufficio*, in *Il Foglio*. Sul rapporto tra i c.d. "formanti" nella prospettiva di revisione del delitto di abuso d'ufficio v. inoltre le puntualizzazioni di DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *questa Rivista*, 2020, 2, 1 ss.

seguire primariamente scopi privati dello stesso p. u. o di persone a lui vicine, piuttosto che per curare l'interesse pubblico (comunque lo si possa individuare)»⁴⁰.

Nella consapevolezza di questi presupposti, una soluzione tecnica più efficace e coerente con gli obiettivi dichiarati dal legislatore del 2020 poteva allora essere offerta dal recupero del lavoro già svolto in precedenti occasioni di studio, all'esito del quale era stata positivamente valutata la possibilità di un intervento più articolato di revisione complessiva di varie fattispecie di reato⁴¹. Oltre ad un conforto comparatistico di non secondaria importanza⁴², quella soluzione appare oggi preferibile anche rispetto a più drastiche opzioni di definitiva rinuncia alla punibilità dell'abuso d'ufficio⁴³, atteso che, pur con tutte le incertezze comunque sottese ad ogni possibile processo di revisione legislativa, anche la recente esperienza di riforma ha dato piena conferma delle forti resistenze che, come detto, si oppongono all'ipotesi di lasciare oggi libera da precetto e sanzione penale la condotta di "prevaricazione" del funzionario pubblico, che "abusi" del proprio potere per ragioni del tutto personali e/o comunque estranee agli interessi della cosa pubblica.

6. *Il monito del passato: la perenne importanza di un legislatore formato alla "pratica legislativa penale"*. Ancora una volta, il processo di riforma del delitto

⁴⁰ Così, da ultimo, PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio*, cit., 102. In senso analogo, con la consueta efficacia argomentativa, v. anche PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, in *Il "nuovo" abuso di ufficio*, cit., 129.

⁴¹ V. in particolare la proposta di riforma elaborata nel 1997 dalla "Commissione Morbidelli" (sulla quale v. PAGLIARO, *La nuova riforma*, cit., 1394 ss., e 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, 1202 ss.), che proponeva soluzioni opportunamente ricordate ed apprezzate di recente anche da molti altri autori: v. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 11 ss. Circostrita ad una diversa formulazione dell'art. 323 c.p. era invece la proposta di riforma elaborata dal "Progetto Castaldo-Naddeo", sul quale v. NADDEO, *Abuso d'ufficio: tipicità umbratile o legalità crepuscolare del diritto vivente*, in *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, a cura di Castaldo, Torino, 2018, 31 ss.; 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*, *ibid.*, 94; più di recente v. anche PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio*, cit., 9 ss.;

⁴² Utili indicazioni emergono da molti contributi pubblicati nel volume *Migliorare le performance*, cit., *passim*. Per ulteriori approfondimenti comparatistica v. inoltre PAGLIARO, *Contributo al dibattito sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1 ss.; PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio*, cit., 98 ss.; 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*, 2020, 2, 1 ss.

⁴³ A favore di questa più drastica alternativa v. PERONGINI, *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso di ufficio*, in *Migliorare le performance*, cit., 13 ss.; STORTONI, *Intervento*, *ibid.*, 119 ss. Più di recente v. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 12.

di “abuso d’ufficio” conferma quindi l’inefficacia di qualunque intervento legislativo, che non tenga conto del patrimonio di informazioni ed esperienze che si ricavano, sia dal passato, che dal presente: «Le norme devono vivere nella realtà, non nei desideri (o nelle pie illusioni) di chi le confeziona, spesso senza criterio né ragione»⁴⁴.

Ed anche a questo riguardo il ricordo del passato appare quanto mai pertinente ed utile. Già durante la fase storica che portò al riconoscimento del primato della legalità maturò ben presto la consapevolezza della diretta attenzione, che è necessario indirizzare al processo di formazione della legge. Scriveva al riguardo Gaetano Filangieri: «Fu un linguaggio del dispotismo e della tirannia il dire che la sola regola della legislazione è la volontà del legislatore; ed è un errore dell’ignoranza il credere che in mezzo alle rivoluzioni, che cambiano di continuo la natura degli affari e lo aspetto delle società, la scienza della legislazione non possa avere alcuni principi fissi, determinati ed immutabili. / Lo stato, è vero, è una macchina complicata: le ruote che la compongono non sono sempre le stesse, e le forze che la fanno agire sono anche diverse; ma questo non prova che le regole, che ci fanno conoscere queste diverse ruote, queste diverse forze e la diversa maniera colla quale conviene maneggiarle, non possano essere sempre fisse e costanti»⁴⁵.

Sin dalla fine del secolo XVIII era, quindi, già riconosciuta la necessità per lo stesso legislatore di maturare conoscenze ed abilità nella messa in pratica della c.d. “*voluntas legislatoris*”. E lo stesso Francesco Carrara, quasi un secolo dopo, ebbe a precisare, che «il giure penale ha bisogno di tre momenti perché la sua vita sia completa e raggiunga la utilità della propria destinazione: ha bisogno di essere *enucleato*, ha bisogno di essere *dettato*, ha bisogno di essere *interpretato*». Ispirato, come è noto, da premesse giusnaturalistiche, Carrara fissava così la prima fase dello studio del “giure penale” in un contesto di pura scienza contemplativa, «quando dalla suprema legge di natura, ossia dal puro diritto filosofico, desume i cardini assoluti della ragione punitiva» ed identificava quale terzo ed ultimo momento quello nel quale «convertito in legge di uno stato [il giure penale] incontra il momento di essere interpretato perché possa congruamente applicarsi ai fatti concreti»; e precisava: «Ma fra quel primo e terzo momento della sua vita il giure penale deve inevitabilmente passare per un secondo momento intermedio», per raggiungere il quale «il giure penale ha bisogno di essere dettato. Ed ecco che anche lo studio e lo insegnamento del giure penale fra quella prima e terza fase ne incontra una

⁴⁴ PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio*, cit., 14.

⁴⁵ FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, (1780), Parigi, ed. 1853, 13.

seconda intermedia ma indispensabile. In questa la dottrina penale completa lo ammaestramento dei legislatori. ... Questo è ciò che io denomino *dottrina della pratica legislativa*⁴⁶. Su queste premesse, il Maestro toscano giungeva così ad auspicare l'istituzione di processo di adeguata formazione dei rappresentanti del corpo legislativo, affinché la redazione della legge riuscisse davvero a tradurre in norma positiva l'effettiva volontà del legislatore.

Quei moniti e quegli auspici conservano oggi rinnovata importanza ed attualità. E la difettosa riforma del delitto di "abuso d'ufficio", variamente rappresentata con l'immagine dell'*ircocervo*⁴⁷ o dell'*uroboro*⁴⁸ o dell'*araba fenice*⁴⁹, oltre alla preoccupante situazione di contrasto istituzionale che mette in luce, fornisce prova aggiornata di una politica legislativa che nulla potrà mai ottenere con successo, se non preceduta da una acquisita capacità di redazione del prodotto legislativo: il compito non è infatti solo quello di trasformare in legge ciò che risponde alla effettiva volontà del legislatore, ma è anche quello di emanare una legge che, proprio tenendo conto del ruolo assunto da altri "formanti" (*in primis* di quello giurisprudenziale), riesca davvero a tradursi nella concretizzazione effettiva di quella volontà.

⁴⁶ CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa penale esposti mediante svariate esemplificazioni*, Torino, 1874, 3.

⁴⁷ MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., 1.

⁴⁸ PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 8.

⁴⁹ LA ROSA, *Il "nuovo" abuso d'ufficio*, cit., 1459.