

## CONVEGNI

---

### ADELMO MANNA

#### I continui *giri di valzer* tra legislatore e giurisprudenza in tema di abuso d'ufficio: un addio alla tassatività?\*

L'Autore passa in rassegna le quattro riforme del delitto di abuso d'ufficio che, a suo giudizio, derivano da conflitti tra legislatore e giurisprudenza, giacché l'originaria sistemazione della materia dovuta al Codice penale del 1930 ed alla riforma del 1944, apparivano costruire in modo assai convincente la materia. L'aver, però, alterato l'essenza dell'abuso d'ufficio, dall'originario significato di prevaricazione a quello di sfruttamento dell'ufficio e di favoritismo affaristico, ha complicato notevolmente la questione perché, a partire dalla riforma del '97 e per proseguire con quella ultima del 2020, il legislatore ha inutilmente tentato di precisare in forme sempre più stringenti il contenuto della condotta attiva di abuso, provando così ad estromettere dal penalmente rilevante in particolare lo sviamento di potere. La giurisprudenza, e forse non a torto, ha, invece, sempre superato la *littera legis*, per inserire nel contenuto del precetto penalmente rilevante anche quella che una volta veniva definita la presa di un interesse privato in un atto dell'ufficio, cioè il sempiterno problema della rilevanza penale anche della discrezionalità amministrativa, ma sotto il particolare angolo visuale dello sviamento di potere.

*The continuous waltzes between legislator and jurisprudence. in the matter of office abuse: a goodbye to the absolute.?*

*The Author reviews the four reforms of the crime of abuse of office which, in his opinion, derive from conflicts between legislator and jurisprudence, since the original arrangement of the matter due to the Criminal Code of the 1930 and the reform of 1944, appeared to construct the subject in a very convincing way. However, having altered the essence of abuse of office, from the original meaning of prevarication to that of exploitation of the office and business favoritism, has considerably complicated the question because, starting from the reform of '97 and to continue with the last one of 2020, the legislator has unsuccessfully tried to clarify the content of the active conduct of abuse in increasingly stringent forms, thus trying to exclude the misuse of power from the criminally relevant. The jurisprudence, and perhaps not wrongly, has, on the other hand, always overcome the *littera legis*, to include in the content of the criminally relevant precept also that once defined the taking of a private interest in an office act, that is the eternal problem the criminal relevance also of the administrative discretion, but under the particular visual angle of the misuse of power.*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. - 2. La riforma del 1990. - 3. La riforma del 1997. - 4. La riforma del 2020. - 5. Conclusioni.

1. *Introduzione.* I rapporti, in relazione al delitto d'abuso d'ufficio, tra legislatore e giurisprudenza, assomigliano metaforicamente a continui *giri di valzer*, magari in uno stadio del ghiaccio, ove il legislatore rappresenta il ballerino e la giurisprudenza la ballerina, che spesso si allontana, pattinando, dal suo *partner*, che cerca ogni volta di riprenderla a sé.

In questo quadro la dottrina funge paradossalmente da arbitro, per cui talvolta fischia delle irregolarità alla ballerina e talvolta, invece, lo fa nei confronti del ballerino.

A nostro giudizio questa metafora rende bene i tormentati rapporti tra legislatore e giurisprudenza in relazione al delitto *de quo agitur*. Il sottoscritto, ormai avanti negli anni, si mostra anche evidentemente “nostalgico”, giacché è dell’avviso che il Codice Rocco nel 1930 aveva ben disciplinato la materia, attraverso due fattispecie criminose, l’una, denominata “*interesse privato in atti d’ufficio*”, ex art. 324 c.p. e l’altra, nominata, non a caso, “*abuso innominato d’atti d’ufficio*”, nel precedente art. 323 c.p..

L’interesse privato in atti d’ufficio serviva, infatti, proprio a punire, secondo autorevole dottrina<sup>1</sup>, lo “sviamento” di un atto dell’ufficio, dall’interesse pubblico, verso un interesse privato, così intendendosi correttamente il sintagma “presa d’interesse”.

D’altro canto, l’abuso innominato d’atti d’ufficio rivestiva pure un suo ruolo specifico perché, secondo la tradizione ottocentesca, intendeva reprimere la “prevaricazione” del pubblico agente nei confronti del privato e, quindi, le vessazioni che il primo poteva mettere in atto nei confronti del secondo. Sotto questo profilo, non va, infatti, sottovalutato che, con il d. lg. lgt. del 14 settembre 1944, n. 288, fra i primi provvedimenti in campo penale dell’Italia liberata, vi fu proprio il ripristino della scriminante della reazione legittima del cittadino agli atti arbitrari del pubblico ufficiale, che invero costituisce l’esatto opposto dell’abuso innominato d’atti d’ufficio e che ha costituito allora uno dei segni più tangibili della riconquistata libertà politica conculcata dal fascismo<sup>2</sup>.

Il sistema penale, *in parte qua*, tra il codice penale del ’30 e l’intervento riformatore del 1944, possedeva, quindi, una sua intima coerenza, nel senso che incriminava il pubblico agente laddove l’atto dell’ufficio fosse sviato per fini privati, ex art. 324 c.p., mentre, per altro verso, puniva, come abuso innominato d’atti d’ufficio, ex art. 323, sostanzialmente l’atto prevaricatorio, sempre da parte del pubblico agente.

Come contraltare a queste due fattispecie criminose ed in particolare all’ultima, fu poi introdotta la scriminante della reazione legittima del privato all’atto arbitrario del pubblico ufficiale, proprio per consentire al privato stesso di potere esercitare una reazione, da qualificarsi legittima, all’arbitrarietà del pubblico agente, senza per questo dover essere incriminato.

---

Testo, riveduto e con l’aggiunta delle note, della relazione conclusiva al convegno, organizzato dal consiglio dell’ordine degli Avvocati di Biella e le Camere Penali “F. Bello” di Biella, su “*Discrezionalità amministrativa e controllo sul giudice penale: riflessioni sul nuovo abuso d’ufficio*”.

<sup>1</sup> Cfr. BRICOLA, voce *Interesse privato in atti di ufficio*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 47 ss..

<sup>2</sup> Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 7<sup>a</sup>, Bologna-Roma, 2014, 40; sull’abuso d’ufficio prima delle riforme, cfr., in particolare, INFANTINI, *Abuso della qualità o delle funzioni di pubblico ufficiale in diritto penale*, Milano, 1974; Id., voce *Abuso innominato d’ufficio*, in *Enc. Giur. Treccani*, I, Roma, 1988.

Questo delicato equilibrio, che, lo ribadiamo, possedeva un'intima ragione d'essere, è durato però fino al 1990, quando si è avuto il primo "sommovimento tellurico" tra legislatore e giurisprudenza.

2. *La riforma del 1990.* Il primo "distacco" nel *giro di valzer* tra legislatore e giurisprudenza è sopraggiunto in quanto la giurisprudenza aveva interpretato, da un lato, il peculato per distrazione e, dall'altro, l'interesse privato in atti d'ufficio, adottando due modelli diversificati che hanno, infatti, condotto il legislatore alla riforma.

Più in particolare il peculato per distrazione ha condotto la giurisprudenza, segnatamente della Corte Suprema di cassazione, ad intenderlo, da un lato, in maniera conforme al principio di offensività<sup>3</sup>, nel senso, cioè, che, ad esempio, lo spostamento di somme di denaro da un capitolo all'altro del bilancio dello Stato, per risultare penalmente rilevante, avrebbe dovuto cagionare un danno patrimoniale alla pubblica Amministrazione. Questa concezione, che potremmo definire *sostanzialistica*, si scontrava, però, con altra e diversa concezione, più di carattere *formalistico*, per cui non era necessario l'inverarsi di un danno patrimoniale alla pubblica Amministrazione, anzi si veniva condannati pur se, paradossalmente, il discostamento di bilancio, per tornare all'esempio precedente, avesse comportato addirittura un vantaggio per la pubblica Amministrazione.

Vicenda analoga ha subito anche il delitto di interesse privato in atti d'ufficio, giacché, anche qui, hanno conflitto due diverse tendenze della giurisprudenza, l'una più conforme al principio di offensività, che abbiamo già ricordato, nel senso che sarebbe stato necessario uno sviamento dell'atto dell'ufficio dal fine pubblico ad un fine privato. L'altra, invece, di carattere più formalistico, riteneva sussistente il reato *de quo* anche laddove il pubblico agente avesse un interesse confliggente con la pubblica Amministrazione, anche se poi l'atto dell'ufficio avesse seguito l'interesse pubblicistico, anziché quello privatistico<sup>4</sup>.

Il legislatore si è mosso - a differenza di quel che ci si poteva aspettare, in entrambi i casi, ovverosia un intervento delle Sezioni unite penali della Cassazione - tanto che nel 1990 ha cambiato decisamente il volto dell'abuso d'ufficio, che, da ipotesi residuale, è diventato un delitto al centro del sistema dei delitti dei p.u. contro la p.A., perché ha dovuto scindersi in due fattispecie, ovverosia l'abuso per finalità patrimoniali e quello per finalità non patrimoniali, proprio per consentire, nell'ottica, evidentemente, della continuità del tipo di illecito, che il primo ricomprendesse nel suo alveo il peculato per distrazione, abolito, invece, nell'art. 314 c.p., e altrettanto avvenisse, per l'interesse privato in atti d'ufficio, solo formalmente abrogato *ex art.* 324

---

<sup>3</sup> Per tutti MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale. Criterio ermeneutico. Parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.

<sup>4</sup> Per una ricostruzione della riforma del 1990, sia consentito il rinvio a MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, 12 ss. e, spec., 17 ss..

c.p., ma, in realtà, rifluito nel seno del novellato abuso d'ufficio per finalità non patrimoniali.

Va da sé che tale riforma ha ampiamente modificato anche la *ratio* dell'abuso d'ufficio, giacché in tal modo non poteva più bastare il riferimento alla ottocentesca prevaricazione, ma sarebbero rientrati nelle due fattispecie, da un lato, anche il favoritismo affaristico e, dall'altro, lo sfruttamento privato dell'ufficio. Così, infatti, si era espressa, dopo la riforma, la Commissione Morbidelli, che aveva ritenuto di scomporre l'abuso d'ufficio in tre distinte ipotesi criminose, quali, appunto, la prevaricazione, il favoritismo affaristico e lo sfruttamento privato dell'ufficio<sup>5</sup>.

Restava, tuttavia, il “nodo gordiano” della sostanziale indeterminatezza del concetto di abuso d'ufficio che, infatti, indusse il legislatore ad una nuova riforma, ovverosia quella del 1997 (che infatti aveva sollecitato autorevole dottrina a individuare profili di illegittimità costituzionale dell'art. 323 c.p. nella sua versione originaria, in contrasto, in particolare, con il principio di determinatezza e/o precisione<sup>6</sup>.

3. *La riforma del 1997.* La riforma del 1997 ha di nuovo cambiato il volto dell'art. 323 del codice penale - e ciò per la seconda volta - innanzitutto ritornando al modello ad unica fattispecie ed inoltre costruendo la stessa come reato di danno anziché come reato di pericolo. Si aggiunga, altresì, che il legislatore ha introdotto anche una forma particolarmente intensa di dolo, cioè a dire il dolo intenzionale, ma la modifica più importante è consistita nel descrivere per la prima volta il concetto di abuso, diviso in due parti: la prima si è modellata sul concetto di violazione di norme di legge o di regolamento, ovviamente da parte del pubblico agente, nello svolgimento delle funzioni o del servizio. La seconda modalità di condotta è consistita, invece, nell'omissione di astenersi in presenza di un interesse proprio, o di un prossimo congiunto, o negli altri casi prescritti. Quanto all'evento di danno, ci si è riferito ad un danno ingiusto, comprendendo così il danno patrimoniale ed anche quello non patrimoniale, mentre, per quanto riguarda l'altra ipotesi di reato c.d. di evento, ovverosia il procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio, ci si è limitati, in modo peraltro discutibile, al solo vantaggio patrimoniale<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Sulla Commissione Morbidelli sia consentito il rinvio a MANNA, *op.cit.*, 25 ss..

<sup>6</sup> Cfr. BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1966, 985 ss..

<sup>7</sup> Giustamente critico si è mostrato, ad esempio, PICOTTI, *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1997, 283 ss.; in generale sul tema, v. anche, MARINI-LA MONICA-L. MAZZA, *Commentario al codice penale*, Torino, 2002, II, artt. 150-401, 1458 ss., con, *ivi*, ulteriori riferimenti a dottrina e giurisprudenza; TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, Torino, 2002, 261 ss.; C.F. GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto d'abuso d'ufficio*, in *Foro it.*, 1999, V, 329 ss.; nonché sia consentito il rinvio anche a MANNA, *Una possibile riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica Amministrazione*, in *Materiali sulla riforma dei reati contro la pubblica Amministrazione - La tutela dei beni collettivi: i delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, a cura di Manna, Padova, 2007, 435 ss..

Il legislatore, evidentemente, così aveva ritenuto, tipizzando il concetto di abuso, di evitare la *vis expansiva* della giurisprudenza, ma, purtroppo, continuando nella metafora, anche questo *giro di valzer* del legislatore non si è concluso nel modo sperato. La giurisprudenza, infatti, facendo leva proprio sul concetto di “violazione di norme di legge”, che, si badi, è ben diversa da quella di “violazione di legge”, ha ritenuto che nel concetto di *norma di legge* non si potessero escludere le norme generalissime o di principio come, in particolare, l’art. 97 Costituzione, con particolare riferimento soprattutto all’imparzialità della P.A., nonché a norme procedurali, nonostante che la stessa giurisprudenza della Cassazione, ovviamente subito dopo l’entrata in vigore della riforma, si era pronunciata per la negativa, così aderendo anche alla *voluntas legislatoris*, in mancanza, ovviamente, di giurisprudenza di supporto<sup>8</sup>.

La giurisprudenza, tuttavia, si è evoluta dalla sentenza da ultimo richiamata e, procedendo per gradi, è giunta, infine, a ritenere “tipica” anche la violazione dell’art. 97 Costituzione<sup>9</sup>. D’altro canto, non era facile contestare la giurisprudenza nella sua *vis expansiva*, giacché è ben difficile negare che costituisca norma di legge, magari “rinforzata”, perché costituzionale, anche l’art. 97 Costituzione, ma tale orientamento sarebbe stato molto più difficile da inverarsi, laddove, invece, come abbiamo *ut supra* indicato, il legislatore avesse usato il diverso sintagma, semplicemente usando il termine *legge*.

Ecco che, quindi, proseguendo nella metafora, la giurisprudenza, qui intesa come ballerina, di nuovo si distacca dal suo *partner*, il legislatore, e, con una piroetta non facile nel mondo del ghiaccio, se ne separa di nuovo e quindi “balla da sola”.

4. *La riforma del 2020*. Proseguendo nella metafora, va da sé che il ballerino legislatore cerca di riconquistare la sua dama che gli è sfuggita e, quindi, nel 2020, dà luogo alla quarta riformulazione del delitto d’abuso d’ufficio, che, infatti, si caratterizza, nella parte che aveva consentito alla giurisprudenza la *vis expansiva* appena descritta, per una nuova ed ancor più stringente formulazione, cioè la “*violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge, e dalle quali non residuino margini di discrezionalità*”<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Cass., Sez. II, 4 dicembre 1997, Tosches, in *Cass. pen.*, 1998, 2332 ss., con nota critica di GAMBARDILLA, *Considerazioni sulla “violazione di norme di legge” nel nuovo delitto di abuso d’ufficio (art. 323 c.p.)*; in generale, in argomento nella dottrina, cfr. PAGLIARO, *L’antico problema dei confini tra eccesso di potere ed abuso d’ufficio*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1999, 106 ss..

<sup>9</sup> Così Cass. Sez. VI, 25 settembre 2002, Marcello, in *Foro it.*, 2003, II, 483 ss., con nota parzialmente critica di TESAURO, *I rapporti tra art. 323 c.p. e art. 97 Cost. tra disposizioni programmatiche e norme precettive*; per l’evoluzione della giurisprudenza e le sue varie fasi, sia di nuovo consentito il rinvio a MANNA, *Abuso d’ufficio e conflitto d’interessi*, cit., 44 ss..

<sup>10</sup> Cfr. art. 23, comma 1, d.l. 16 luglio 2020 n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020 n. 120; in dottrina, cfr. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità dal precetto. L’imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *Liber Amicorum Adelmo Manna*, a cura di Plantamura-Salcuni, Pisa, 2020, 223 ss. e spec. 225 ss.; GATTA, *Un nuovo capitolo nella tormentata storia normativa dell’abuso d’ufficio: a proposito del “decreto semplificazioni” (d.l. n. 76/2020) e della*

E' evidente, per quel che emerge già dagli organi di stampa di allora, la *voluntas legislatoris*, espressa addirittura dall'allora *premier* della coalizione giallo-rossa, il prof. Giuseppe Conte, che, con la riforma in oggetto, si prefiggeva lo scopo di evitare la c.d. paura della firma del pubblico funzionario e quindi la c.d. burocrazia difensiva, che, però, in tal modo si risolve nella difesa della burocrazia<sup>11</sup>.

Orbene, seppure la riforma non fa più riferimento ai *regolamenti*, non vi è dubbio che l'attuale formulazione renda assai più difficile una *vis expansiva* della giurisprudenza, ma, come potremo constatare di seguito, non impossibile. Va in primo luogo osservato che indubbiamente la norma in oggetto, nella interpretazione quanto meno rigorosamente letterale, con riferimento al nuovo inciso, rischia di diventare una norma *inutile*, perché, sotto questo profilo, non sussiste più alcuna differenza tra illecito penale ed illecito amministrativo. Ecco, quindi, la ragione per cui si è cercato di argomentare che pure sotto la vigente formulazione dell'art. 323 c.p. sia possibile attribuire penale rilievo all'abuso della discrezionalità amministrativa, che, come è noto, costituisce la vera "croce e delizia" dell'abuso d'ufficio nelle sue varie formulazioni.

L'itinerario logico su cui si fonda tale conclusione si impernia sulla condotta alternativa di omessa astensione e si snoda così come segue: 1) se il pubblico funzionario persegue una finalità incompatibile con quella per cui gli è stato attribuito un potere, egli evidentemente persegue un interesse proprio che gli imporrebbe l'obbligo di astensione; 2. Esercitando in maniera distorta tale potere, egli viola il correlativo dovere di astensione; 3. Il suo abuso della discrezionalità sarà, allora, penalmente rilevante non più ai sensi della prima condotta vietata, cioè il violare norme di legge che abbiano determinate caratteristiche, bensì ai sensi della seconda, ovvero sia l'omissione di astensione<sup>12</sup>.

Tale percorso interpretativo in altra sede, però, non ci ha del tutto persuaso, perché ricava da una condotta omissiva, cioè da un *non facere*, una di carattere attivo, cioè

---

*riforma dell'art. 323 c.p.*, in Liber Amicorum *Adelmo Manna*, cit., 365 ss.; Id., *Da "spazza-corrotti" a "vasta 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 *Sist. pen.*, 17 luglio 2020; STORTONI, *La tutela penale della pubblica amministrazione: prima ratio?*, in Liber Amicorum *Adelmo Manna*, cit., 649 ss. e quivi 656; MERLO, *L'abuso di ufficio tra legge e giudice*, Torino, 2019; nonché *Migliorare la performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, a cura di A. Castaldo, Torino, 2018, ove è contenuta anche la proposta "Castaldo-Naddeo"; cfr. da ultimo per un'interessante opera collettanea, *Il "nuovo" abuso di ufficio*, a cura di B. Romano, Pisa, 2021, e spec. PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., 121 ss.

<sup>11</sup> In argomento sia consentito il rinvio a MANNA-SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Leg. pen.*, 17 dicembre 2020, 1 ss..

<sup>12</sup> Così GATTA, *Da "spazza-corrotti" a "basta paura"*, cit.; 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.*, 29 luglio 2020; PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen.*, 28 luglio 2020.

quella di *agire male*, abusando, cioè, della discrezionalità amministrativa. A noi è, infatti, apparso che questa pur originale interpretazione, disveli, in realtà, un'analogia *in malam partem* ed è per questo che non l'abbiamo accolta<sup>13</sup>. Ciò non toglie, però, che, come è stato giustamente rilevato, la nuova formulazione dell'abuso d'ufficio risulta di fattura alquanto rozza e, come constateremo, che non ostacola del tutto una giurisprudenza espansiva<sup>14</sup>.

Noi, invece, avevamo proposto un rinvio della questione dei rapporti tra il novellato art. 323 c.p. e l'art. 97 Cost. alla Corte costituzionale, ma ci ha sicuramente preceduti la Corte Suprema di Cassazione, per quanto constateremo di qui appresso.

Orbene, hanno ragione Fiandaca e Musco quando rilevano che questa volta è più difficile una *vis expansiva* della giurisprudenza, a causa della formulazione della condotta attiva del novellato art. 323 c.p. a maglie più strette della precedente<sup>15</sup>.

In particolare, i primi due autori testé citati non hanno potuto non rilevare come la giurisprudenza della Cassazione abbia di recente affermato che resta in ogni caso penalmente sindacabile, se non il mero "cattivo uso", l'esercizio del potere discrezionale che "*trasmodi in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici - c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità - laddove risultino perseguiti nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito*"<sup>16</sup>.

La sentenza stessa, infatti, da un lato ammette la sussistenza di una parziale *abolitio criminis*, essendo stato ristretto l'ambito di operatività dell'art. 323 c.p. ma, dall'altra, ed è ciò che qui più rileva, ritiene che, ciò nonostante, resti comunque penalmente rilevante l'eccesso di potere sotto il profilo dello *sviamento di potere*: in altri termini, pare proprio che abuso d'ufficio e sindacato sulla discrezionalità amministrativa, nei termini predetti, integrino una sorta di binomio indissolubile.

5. *Conclusioni*. In conclusione, i *giri di valzer* tra legislatore e giurisprudenza non sono, evidentemente, terminati, ma continuano ancora e, probabilmente, si ripeteranno anche nel prossimo futuro, perché, se si parte da impostazioni politico-criminali così diverse, ovverosia da un lato il contrasto alla c.d. "burocrazia difensiva", mentre, dall'altro, la penale rilevanza dello sviamento di potere, cioè laddove il

<sup>13</sup> MANNA-SALCUNI, *op. cit.*, 14.

<sup>14</sup> Cfr., in tal senso, giustamente, INSOLERA, *Quod non fecerunt Barberini, fecerunt Barbari. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020 n. 76*, in *Liber amicorum Manna*, cit., 391 ss..

<sup>15</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, 6ª, Bologna-Roma, 2021, spec. 253 ss.; analogamente, nel senso di privilegiare il modello più restrittivo adottato dal legislatore, anche MERLO, *Abuso d'ufficio*, cit., 40 ss..

<sup>16</sup> Cass., sez. VI, 9 dicembre 2020, G.A., su cui FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 257 in nota; nonché in *Cass. pen.*, 2021, 490 ss., con nota di GAMBARDELLA, *La modifica dell'abuso d'ufficio al vaglio della prima giurisprudenza di legittimità*, 493 ss.; nonché di ALBERICO, *Le vecchie insidie del nuovo abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, 2021, 4, 5 ss.

pubblico funzionario distolga, appunto, l'atto amministrativo dal fine pubblico istituzionale verso un fine privato, evidentemente la disposizione legislativa non regge quanto al profilo della tassatività, perché in questa differenza concettuale fra legislatore e giurisprudenza, risulta chiaro come la giurisprudenza stessa non si faccia condizionare dalla tassatività e, quindi, intraprenda strade, peraltro alla stessa ben note e ripetute, alle quali, fra l'altro, è difficile dar torto, perché, se il diritto penale deve essere interpretato alla luce della Costituzione ed, in particolare, dell'art. 97, con particolare riguardo, soprattutto all'imparzialità dell'agire della P.A., è oltremodo difficile affermare che lo sviamento di potere non integri la violazione, appunto *ex art. 97*, del principio di imparzialità e, conseguentemente, anche di quello relativo al buon andamento.

Ciò, infatti, lo si è potuto constatare, ad esempio, nella giurisprudenza *ex art. 323 c.p.* in materia di concorsi universitari, ove l'osservanza formale e pedissequa delle norme di legge può ben nascondere un illecito favoritismo di un candidato e/o candidata, a danno degli altri.

Certo si potrebbe, di contro, sostenere che basterebbe un illecito amministrativo, ma noi non dobbiamo, almeno a nostro avviso, mai dimenticare come, nell'originaria formulazione dei delitti dei p.u. contro la p.A. nel Codice Rocco, non a caso coesistevano sia l'abuso d'ufficio, inteso come prevaricazione, che l'interesse privato in atti d'ufficio, con cui proprio con il Codice del 1930 si andava, appunto, a punire la presa d'interesse e, dunque, lo sviamento dell'atto dell'ufficio verso un fine privato.

Tutto ciò, in definitiva, non appaia un'espressione puramente nostalgica, ma, invece, dimostra come per la nostra tradizione giuridico-penale, lo sviamento dell'atto dell'ufficio verso fini privati ha avuto sempre, come abbiamo potuto constatare sinora, anche una penale rilevanza, indipendentemente che la stessa sia stata frutto di una ben precisa scelta legislativa, oppure di un'altrettanta ben determinata e continuativa opzione della giurisprudenza, che, evidentemente, anche in quest'ultima ipotesi travalica la tassatività legislativa, ma non in senso contrario alla Costituzione, bensì in quello, opposto, anche perché la fonte del diritto penale attualmente non può più negarsi che sia duplice, ovverosia il diritto vigente ed il diritto vivente, ormai evidentemente da porsi su di un piano analogo<sup>17</sup>.

D'altro canto, in teoria, si può pure sollevare questione di legittimità costituzionale del novellato art. 323 c.p., nella interpretazione lasca inaugurata di recente dalla Corte Suprema ma, appunto, secondo la disciplina relativa ai ricorsi dinanzi alla Corte costituzionale, è necessario che previamente un giudice ritenga la questione non manifestamente infondata e rilevante per il processo in corso. A questo punto giunti e, soprattutto, se si affermerà, come crediamo, proprio perché "di tradizione", la giurisprudenza della Cassazione

---

<sup>17</sup> In argomento, ci permettiamo di rinviare a MANNA (a cura di), *Dal diritto vigente al diritto vivente. Casi, soluzioni e problemi*, Roma, 2018.

da ultimo citata, sarà oltremodo difficile che un giudice sollevi tale questione, andando di diverso avviso rispetto alla giurisprudenza della Cassazione ed alla tradizione risalente al Codice del 1930, sempre in attesa naturalmente del... prossimo *giro di valzer*.