



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica

<https://rivista.camminodiritto.it>



IL NUOVO ABUSO DI UFFICIO: LE PRIME PRONUNCE DELLA GIURISPRUDENZA

Il delitto di abuso d'ufficio di cui all' art. 323 c.p. è una fattispecie molto complessa, la cui disciplina è stata modificata nel corso del tempo. Il presente contributo ne ripercorre l'evoluzione storica, che origina dalla fine dello Stato assoluto sino alla riforma attuale, attuata con il D.L. Semplificazioni 16 luglio 2020, recante "Misure urgenti per la Semplificazione e l'innovazione digitale", convertita con Legge 120/2020.

di **Raffaella Tetta**

IUS/17 - DIRITTO PENALE

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Pubblicato, Lunedì 5 Aprile 2021



Abstract ENG

The crime of abuse of office regulated by article 323 of the Penal Code is a very complex case, the discipline of which has been changed over time. This paper analyses the historical evolution, which originates from the end of the absolute state until the current reform, implemented with the D.L. Simplification July 16, 2020, on "Urgent measures for simplification and digital innovation", converted with law 120/2020.

Sommario: 1. Premessa; 2. Inquadramento sistematico della fattispecie di cui all'art. 323 c.p.; 3. L'evoluzione storica: dall'Ancien Régime all'abuso d'ufficio nel Codice Zanardelli; 4. Dall'abuso d'ufficio innominato del Codice Rocco fino alla riforma del 1990; 5. L'importante riforma del 1997 all'insegna del principio di tassatività; 6. La nuova riforma per contrastare la c.d. "burocrazia difensiva": il D.L. Semplificazioni 16 luglio 2020, n.76 convertito con Legge 120/2020; 7. I primi approdi della giurisprudenza: a) Abolito criminis; 7.1. La materia edilizia urbanistica; 7.2. Abuso d'ufficio del vigile che pranza nel ristorante che dovrebbe sanzionare. 8. Rilievi critici e conclusivi.

1. Premessa

La fattispecie dell'abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p. è una figura complessa la cui disciplina ha dato luogo ad una reformatio senza fine, perpetrata fino ai giorni odierni, dovuta anche all'evoluzione della società e del pensiero giuridico che nel corso dei secoli si è formato e sviluppato.

La norma incriminatrice ha assunto i contorni dapprima della prevaricazione, nella vigenza della legislazione ottocentesca, per poi essere il riflesso di una visione liberale, durante il codice Zanardelli, di un carattere verticistico, tipico del regime fascista, sino all'avvento della Costituzione che ne ha delineato i tratti essenziali del bene giuridico tutelato.

Successivamente, altre modifiche si sono apportate alla norma in esame, ora descrivendola in modo indeterminato (Legge 89/1990), ora restringendo la condotta in ossequio al principio di tassatività (Legge 234/1997), sino alla recente Legge 120/2020, scaturita dal D.L. Semplificazioni 76/2020, per far fronte alla ricostruzione del Paese, soprattutto dal punto di vista economico, a causa del Coronavirus.

Da ultimo, il Corpus di norme introdotte con l'ultima modifica, mira a semplificare la pubblica amministrazione, a digitalizzazione i servizi pubblici, e a modificare anche il

settore della responsabilità erariale e penale. Tra queste vi rientra la riformulazione della fattispecie penale di cui all'art 323, l'abuso d'ufficio, ad opera dell'art. 23, comma I, del D.L. Semplificazioni. In realtà, la ratio che ha portato a tale ennesima riformulazione, risiede anche nella c.d. "burocrazia difensiva" in base al quale i dipendenti pubblici, per cautelarsi da una eventuale incriminazione per abuso d'ufficio, richiedono di produrre un documento non solo in modalità elettronica, ma anche in forma cartacea.

L'evoluzione della citata disposizione è avvenuta per far fronte ai vari problemi che la dottrina e la giurisprudenza hanno evidenziato come strettamente connessi ai principi che regolano la materia penalistica, quale quelli di tassatività e determinatezza. Non solo, i delitti contro la pubblica amministrazione, a cui il Legislatore ha dedicato il Titolo II del Codice penale, rappresenta una materia interconnessa con un altro ramo del diritto, il diritto amministrativo, giacché investe la nozione di Pubblica Amministrazione e i suoi rapporti con il terzo potere dello Stato, la Magistratura. In particolare, è proprio quest'ultimo rapporto che ha determinato diverse frizioni tra i due organi statali, causate dall'inderminatezza della norma che consente il sindacato del giudice sul carattere discrezionale con cui la pubblica amministrazione adotta i provvedimenti amministrativi.

Da qui sono scaturite, almeno dal 1930 fino ad oggi, una serie di modifiche in nome del principio di tassatività e determinatezza, in ossequio ai quali il legislatore struttura le fattispecie incriminatrici che si appresta a cambiare o ad introdurre ex novo.

2. Premessa: inquadramento sistematico della fattispecie di cui all'art. 323 c.p.

Fatte le dovute premesse, giova rilevare che l'abuso d'ufficio attiene a quegli illeciti posti in essere dai pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione e trova la sua collazione nel Libro II (dei delitti in particolare), Titolo II (dei delitti contro la Pubblica amministrazione), Capo I (artt. 314 – 335 bis c.p.) del Codice penale. Queste tipologie di reati appartengono alla categoria dei c.d. reati propri, per la configurazione dei quali è richiesta la sussistenza, in capo al soggetto attivo, di una determinata qualifica.

Oltre alle citate disposizioni, all'interno del Capo II, troviamo altre fattispecie che disciplinano i delitti dei privati contro la P.A. (artt. 336-356 c.p.) e configurano i c.d. reati comuni, i quali possono essere commessi da chiunque. Infine, un nucleo comune ai suddetti capi, attiene ad una serie di disposizioni che forniscono la nozione di pubblico ufficiale (art. 357 c.p.)^[1], di incaricato di pubblico servizio (art. 358 c.p.)^[2] e di persona esercente un servizio di pubblica necessità (art. 359 c.p.)^[3].

Questa sistematica delinea quindi una posizione particolare della norma in esame, messa in evidenza non solo dalla sua collocazione, dopo la fattispecie di peculato, di corruzione

e concussione, ma anche dalla clausola di riserva, posta in apertura dell'incipit normativo ("Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato"), che le attribuisce un carattere residuale. Infatti, in base a tale clausola, la fattispecie in analisi soccombe nel concorso apparente di norme rispetto alle incriminazioni più gravemente sanzionate.

3. L'evoluzione storica: dall'Ancien Régime all'abuso d'ufficio nel Codice Zanardelli

La fattispecie dell'abuso d'ufficio è il risultato di una stratificata opera legislativa che si snoda soprattutto nel corso del Novecento e si evolve fino ad acquisire gli attuali caratteri giuridici, tratti anche dalla recente riforma mediante il D.L. Semplificazioni.

L'analisi dell'evoluzione storica di un istituto giuridico è fondamentale per rintracciarne la sua matrice e comprendere come esso, si sia evoluto nel corso degli anni, anche in considerazione del contesto socioculturale in cui è sorto e si è evoluto.

La presente indagine storica si pone l'obiettivo di ricostruire il delitto in commento, partendo proprio dalla ricerca e dall'analisi di quelle incriminazioni, inserite nei precedenti sistemi normativi, che costituiscono l'archetipo dell'attuale fattispecie di abuso d'ufficio.

I delitti contro la pubblica amministrazione costituiscono un corpus normativo non sempre presente nei vari sistemi che si sono delineati nel corso del tempo. Ciò dipende dal fatto che la loro previsione era strettamente legata a diversi elementi che in passato ne hanno condizionato la configurazione: dalla forma di Governo che l'ordinamento giuridico assume (Monarchia o Repubblica); dall'assetto che si realizza tra i vari organi di uno Stato attraverso cui il potere viene esercitato (separazione dei poteri, struttura verticale della tripartizione); ed infine dai rapporti che si instaurano tra il potere largamente inteso ed i singoli individui che formano le società, (Stato di diritto e stato sociale di diritto)^[4].

Queste figure delittuose sono nate in un contesto storico, quello dell'assolutismo, in cui l'idea e la funzione della Pubblica Amministrazione era totalmente differente da quella odierna. Infatti, la struttura amministrativa era una diretta promanazione del sovrano, giacché vigeva la forma di uno Stato che accentrava e riuniva nelle mani del monarca, senza alcun limite, tutto il potere legislativo, amministrativo e giudiziario. È chiaro come in un sistema così configurato, non vi fosse un contrappeso, come quello del controllo giurisdizionale, sull'attività politica esercitata dal sovrano o dai suoi delegati proprio perché il Re, in qualità di giudice supremo, avrebbe dovuto controllare sé stesso.

In questa cornice, le uniche condotte penalmente rilevanti rientravano in quel complesso di norme che sanzionava quei comportamenti che si ponevano in contrasto con l'esercizio delle attribuzioni del sovrano o degli organi pubblici, da esso dipendenti. Le figure attenevano non solo al delitto di lesa maestà propriamente detta, ma anche all'alto tradimento e alla turbativa di poteri pubblici^[5].

Di conseguenza, l'esercizio della funzione pubblica, proprio perché gli organi che la esercitavano, costituivano una longa manus del sovrano, non era in alcun modo sindacabile all'esterno, neanche quando si traduceva in una condotta di prevaricazione a danno dei sudditi. Invero, quest'ultimi erano considerati "strumenti attuativi di una volontà superiore" e pertanto, questa condizione a cui erano sottoposti non gli dava il diritto di avanzare nessuna pretesa nei confronti del potere pubblico^[6].

Ed è solo tra il XVIII e il XIX secolo - fase storica che comprende il c.d. assolutismo illuminato e il periodo rivoluzionario che culmina con la Rivoluzione francese - che inizia a delinearsi il prototipo dei delitti contro la Pubblica amministrazione. Questo passaggio ci porta alla nascita di un nuovo sistema giuridico fondante sul principio della separazione dei poteri^[7] ed in particolare sulla teoria contrattualistica, di cui uno dei primi assertori fu Jean-Jacques Rousseau nel 1860.

Secondo tale concezione le istituzioni statali fondano la loro legittimazione nel Contratto sociale, cioè nell'accordo che privati cittadini, detentori della sovranità, stipulato tra di loro in modo libero, rinunciando così a parte della loro libertà, in cambio della salvaguardia dei diritti naturali, garantita dalle istituzioni stesse.

Nell'ambito di questa ricostruzione, la legge assume un ruolo centrale all'interno dello Stato poiché, da un lato esprime la partecipazione dei privati cittadini alle istituzioni e dall'altro costituisce un limine alla sovranità popolare proprio perché il cittadino è soggetto alle leggi che lui stesso ha contribuito a formulare. Dunque, il nuovo Stato liberale imposta sul diritto soggettivo, il nuovo rapporto con i cittadini, restituendo dignità e valore alla persona secondo i suoi diritti naturali di essere umano.

Si afferma così, grazie all'illuminismo e alla scuola classica, il principio della separazione dei poteri, in cui il principio di legalità riveste una fondamentale importanza, giacché rappresenta una garanzia del cittadino contro l'arbitrio sia del potere esecutivo che di quello giudiziario. Di conseguenza, il ruolo del giudice era quello di applicare la legge, non a caso era considerato la bouche de la loi (bocca della legge)^[8].

Tornando all'analisi storica della fattispecie dell'abuso d'ufficio, giova rilevare che nelle legislazioni preunitarie, le prime formulazioni sono incentrate sul modello della

prevaricazione, in cui la condotta arbitraria, posta in essere dal soggetto agente, provoca un nocumento al privato cittadino. Il danno, dunque, rileva sia dal punto di vista oggettivo, come elemento richiesto per la consumazione del reato, sia sotto il profilo soggettivo del dolo specifico poiché la direzione della volontà prevaricatrice è indirizzata nei confronti del cittadino^[9]. Inoltre, il dato significativo consiste nel fatto che non sia previsto l'elemento del vantaggio, perseguito dal soggetto passivo, attraverso la sua attività amministrativa illecita.

Una particolare rilevanza ha rivestito la riforma penale del Granducato di Toscana, la c.d. "Leopoldina", attuata da Pietro Leopoldo II nel 1786. Un testo giuridico in cui si concretizzano le idee dell'illuminismo e le istanze del riformismo che si traducono con l'articolo LXII^[10], inerente all'abolizione del reato di lesa maestà, e con il successivo art. LXIV^[11], riguardante la fattispecie di abuso di potere, come archetipo dei delitti di violenza pubblica. In quest'ottica ricostruttiva, il tratto qualificante la fattispecie in commento, involge l'elemento soggettivo del reato, il quale si concretizza, come precedentemente accennato, nel dolo specifico, poiché la volontà lesiva è indirizzata nei confronti del privato. Sul punto si evidenzia come la risposta punitiva prevista dal legislatore, non si incentra sic et simpliciter sull'aspetto punitivo, ma riguarda essenzialmente la sanzione interdittiva, intesa come perdita del "posto di lavoro"^[12].

Su questa linea evolutiva, si colloca il Codice veronese del 1798 che nel Capitolo IX, intitolato espressamente "Della Prevaricazione", disciplina il delitto di "Lesa Nazione", figura prodromica all'attuale delitto di corruzione, in cui si punivano le ipotesi collusive. Tuttavia, in questo stesso codice, accanto all'ipotesi delittuosa della concussione, intesa come forma di violenza privata, contemplava una forma di prevaricazione più aderente alla forma di abuso di potere che sanzionava le condotte arbitrarie e gli abusi perpetrati dai "Ministri esecutori" nei confronti dei detenuti per indurli alla confessione^[13].

Invece, per quanto riguarda sistema austriaco, il Codice penale del 1803 prevedeva, al paragrafo 85, la fattispecie "dell'abuso della potestà d'ufficio" in cui la struttura era quella di una fattispecie di danno arrecato al singolo individuo il cui elemento soggettivo era quello del dolo specifico, ma divergeva dal punto di vista del bene giuridico tutelato dalla norma poiché l'offesa atteneva alla violazione di un dovere di fedeltà da parte dell'esercente una pubblica funzione^[14].

Quanto alla tradizione francese, l'opera legislativa di fondamentale importanza è rappresentata dal Code pénal 1810, introdotto^[15] durante il dominio di Napoleone Bonaparte, che ha costituito la "pietra miliare" cui si ispireranno, anche in subiecta materia, i nostri codici penali preunitari, fino al Codice Zanardelli^[16]. Questo Codice ha

distinto due forme di abuso rispettivamente disciplinate all'art. 184, nella forma dell'abuso contro i "particolari", e all'art. 188, in cui si prevede l'abuso contro la res pubblica.

Più nello specifico, nella legislazione italiana preunitaria, la forma di abuso recepita nei codici ottocenteschi, di matrice liberale, è quella contro i "particolari", ancorata al modello della prevaricazione, piuttosto che alle condotte lesive del prestigio o dell'autorità della pubblica amministrazione, come avverrà durante la vigenza del Codice Rocco del 1930.

Sotto tale profilo, riveste fondamentale importanza la formulazione dell'abuso d'ufficio, ex art. 234 del Codice del Regno delle Due Sicilie, del 1819, considerata dai maestri della dottrina penalistica, il vero antesignano storico dell'abuso d'ufficio innominato, disciplinato all'art. 323 del codice Rocco. Infatti, questa formulazione puniva le condotte dei pubblici ufficiali o degli impiegati pubblici che con atti arbitrari, arrecavano un nocumento ai diritti civili e alla libertà personale dei cittadini^[17].

Infine, l'ultimo precedente normativo, prima di passare al Codice penale Zanardelli, è il Codice penale sardo del 1839 che, seppur influenzato dal modello del Codice napoleonico, rispetto ai precedenti codici illustrati, presenta una disciplina completa. Infatti, il codice ci offre un catalogo di fattispecie che racchiudono le varie forme di abuso.

Il primo gruppo di articoli (artt. 286-289) descriveva una condotta di abuso volta a perseguire un vantaggio proprio, secondo il modello che verrà seguito sia dal Codice liberale del 1889 e sia durante il periodo del fascismo. Dall'altro lato, gli artt. 304-309 (abuso "contro l'interesse pubblico") contemplavano l'ipotesi dell'abuso come espressione delle condotte lesive dell'interesse generale dello Stato e, dall'altro lato, gli artt. 316-320 prevedevano la fattispecie dell'abuso contro i privati, cioè quei comportamenti criminosi e lesivi degli interessi particolari dei cittadini. Accanto a queste disposizioni, il legislatore sardo ha poi introdotto delle disposizioni specifiche inerenti alle condotte omissive e agli abusi dei poteri contro i detenuti (316-320)^[18].

Nel Codice Zanardelli del 1889 la figura delittuosa dell'abuso innominato di autorità, la si rinvia nella disposizione di cui all'art. 175, collocato nel libro III, dedicato ai delitti contro la pubblica amministrazione, al capo IV, rubricato dell'abuso di autorità e della violazione dei doveri inerenti ad un pubblico ufficio^[19].

La norma è il frutto dell'ideologia liberale di quel tempo e, conformemente a tutti i codici dell'Ottocento, adotta un modello di tutela incentrato sullo schema della

prevaricazione, legato alla struttura del reato di danno in cui l'offesa si concretizzava nella lesione dei diritti altrui. Pertanto, per la sua configurazione occorre:

- 1) un elemento positivo, rappresentato dal fatto che l'abuso aveva ad oggetto una condotta talmente grave, da essere sanzionata non più come mero illecito disciplinare, ma come un vero e proprio delitto;
- 2) un doppio elemento negativo in cui, il disvalore della condotta riguardava l'esercizio abusivo dei poteri attribuiti al pubblico ufficiale, con la premessa che la fattispecie non doveva essere prevista come reato da un'altra disposizione penale. Inoltre, in base a questo modello di condotta, il legislatore ha escluso il perseguimento, attraverso l'attività amministrativa illecita, di una qualche forma di vantaggio o utilità da parte del soggetto agente.^[20]

Di conseguenza, proprio per il suo carattere residuale, l'abuso era qualificato come "innominato" e, rispetto alle altre figure delittuose previste specificatamente dalla legge e quindi nominate, rappresentava una norma di chiusura del sistema.

Il legislatore del 1889, inoltre, ha operato una distinzione in merito alla finalità perseguita dal pubblico ufficiale, consistente nella volontà di ledere un diritto altrui, oppure nella volontà del soggetto agente di raggiungere un interesse suo privato che, tra l'altro, era qualificato come circostanza aggravante dell'abuso stesso.

Tuttavia, questo assetto normativo presentava un "difetto endemico di tipicità"^[21] giacché il concetto stesso di abuso, era troppo vago e non identificava con precisione le condotte che rientravano nella fattispecie. Questa problematica, come si vedrà nel proseguo della trattazione, condizionerà tutte le modifiche legislative apportate alla disposizione in commento, incluse quelle recenti, e sarà l'elemento che spingerà una serie di riforme novellatrici ex art. 323 c.p. vigente.

4. Dall'abuso d'ufficio innominato del Codice Rocco fino alla riforma del 1990

<<Cercai di ottenere la maggior possibile compiutezza, attingendo la nozione di tali forme (di abuso) del diritto amministrativo, ossia dalla classificazione dei motivi di annullamento dei provvedimenti emessi da enti pubblici...Senonché ho considerato che la formula tradizionale dell'abuso di potere rispecchi in sintesi con sufficiente esattezza, tutte le varie possibilità di comportamento illegittimo del pubblico ufficiale...ed ho quindi sopresse le specificazioni del Progetto preliminare le quali, indiscutibilmente esatte dal punto di vista scientifico, mal si prestano ad essere accolte in una formula legislativa>>^[22].

Così il Guardasigilli Rocco si è pronunciato in merito al mutamento di prospettiva per la configurazione del delitto di cui all'art. 323 c.p., fondandolo sulla figura amministrativa dell'abuso di potere. L'assetto istituzionale intorno a cui si sviluppa questo cambio di passaggio legislativo, è, come sappiamo, quello del totalitarismo del regime fascista, che ha avuto delle ricadute nella normazione del diritto, tra l'altro, anche nell'ambito dei delitti contro la pubblica amministrazione, imprimendo un indirizzo di natura pubblicistica e verticistica.

Ciò posto, l'incriminazione in commento, di cui all'art. 323 c.p., si presenta come una norma di chiusura del sistema dei delitti dello statuto penale della pubblica amministrazione, che soccorre in tutti quei casi in cui, il pubblico ufficiale, nell'esercizio dei poteri inerenti la sua funzione, ponga in essere una condotta non conforme a legge, al fine di arrecare un danno o un vantaggio ad un terzo, sempre che il medesimo fatto non integri una incriminazione più specifica^[23].

Di conseguenza, il bene giuridico tutelato dalla norma, ha ricevuto una tutela sussidiaria sia per effetto della clausola di riserva posta all'inizio della fattispecie, enunciata anche dalla rubrica dell'articolo stesso ("abuso d'ufficio in casi non preveduti specificatamente dalla legge") e per la previsione della fattispecie del peculato per distrazione (art. 314 c.p.) e, soprattutto, del delitto di interesse privato in atti di ufficio (art. 324 c.p.). A fronte di queste ultime incriminazioni, il delitto di abuso d'ufficio, rivestendo un carattere residuale generale, è destinato a soccombere, nell'ambito del concorso apparente di norme, per effetto della regola di specialità sancita dall'art. 15 c.p., secondo cui la norma speciale prevale su quella generale.

Sul punto, si evidenzia inoltre come si sia superato il modello della prevaricazione. Di conseguenza, il bene giuridico protetto non riflette più la tutela del singolo individuo, ma attiene ad una tutela tipica del modello adottato dal codice Rocco, avente ad oggetto l'interesse pubblico legato al normale funzionamento e al prestigio della pubblica amministrazione, nonché alla fedeltà e probità che la condotta infedele del pubblico ufficiale viola. Ciò rappresenta una svolta poiché, da un lato, l'attività della Pubblica Amministrazione, si trova ad essere sindacata a causa del pubblico ufficiale infedele e, dall'altro lato, la stessa autorità amministrativa diviene soggetto passivo del reato. Inoltre, l'abuso d'ufficio innominato rientra nei reati di pericolo, in cui il momento della consumazione avviene attraverso la semplice esposizione al pericolo del bene stesso.

Dunque, il codice Rocco opera una sorta di restyling della norma in cui l'illiceità si fonda interamente sulla condotta abusiva, indipendentemente dal fatto che la direzione lesiva sia volta ad arrecare un vantaggio o a causare un danno ai diritti altrui. Pertanto, dal punto di vista sanzionatorio, si equipara il fine di prevaricazione con quello del vantaggio che il

terzo riceve grazie alla condotta abusiva posta in essere dal soggetto agente. ^[24].

D'altronde, non può non evidenziarsi come la descrizione normativa della fattispecie in commento sia non solo sintetica, ma anche eccessivamente generica, e ben presto con la nascita dello Stato Repubblicano i principi fondamentali della persona, saranno cristallizzati nella Costituzione, la nostra Legge fondamentale, entrata in vigore nel 1948, che diede un nuovo volto al diritto penale.

Dunque, con l'avvento della Costituzione, si passa da una tutela del prestigio dell'apparato pubblico, ad una tutela di un bene giuridico ancorato all'art. 97 della Costituzione, avente ad oggetto il buon andamento e l'imparzialità della Pubblica amministrazione. La ratio risiede nel fatto che il pubblico ufficiale non può usare la res pubblica per avere un qualche vantaggio privato, poiché ponendosi al servizio dell'interesse pubblico, l'esercizio della sua funzione deve essere indirizzato a perseguire tale interesse.

Sulla base di tali considerazioni, in riguardo alla struttura della fattispecie penale introdotta nel 1930, la dottrina pose il problema del deficit di tassatività delle condotte abusive, corollario del principio di legalità ex art. 25 della Costituzione, nella parte in cui inglobava tutte le condotte di cessazione del pubblico ufficiale, non disciplinate da altre fattispecie normative

Infatti, il settore della Pubblica amministrazione, ancora oggi, presenta una lacuna in termini di trasparenza ed efficienza dell'azione amministrativa che determina una carenza dei controlli interni e il conseguente intervento della magistratura con un ruolo di vera e propria supplenza. Questo ha determinato, nel corso del tempo, una paralisi nell'azione della pubblica amministrazione con dei costi non solo in termini finanziari, ma anche per la vita dei cittadini stessi e dunque per la società civile.

Per far fronte a questo sistema di problemi che si era creato intorno alla fattispecie dell'abuso d'ufficio, il legislatore è intervenuto con l'art 13, Legge 26 aprile n.1990, n. 89 modificandone la struttura originaria^[25], ma confermando la natura del reato di pericolo. Le modifiche interessano, in primo luogo la rubrica, ovvero il breve titolo che precede la fattispecie e ne riassume il contenuto, il cui nome risiede in un secco "abuso d'ufficio" tout court.

In quest'ottica ricostruttiva, il legislatore ha apportato dei cambiamenti di carattere sistematico integrando la norma, mediante un processo di revisione e di abrogazione di alcune disposizioni penali, come quelle con cui concorre l'art. 323 c.p.

In particolare, il delitto di peculato di cui all'art. 314 c.p., ha subito quel processo di spaccettamento della condotta che ha condotto il legislatore ad enucleare la condotta per distrazione nella fattispecie in commento.

Sulla base di questa operazione, si è avuta anche l'abrogazione del delitto di interesse privato in atti d'ufficio ex art. 324 c.p., la cui condotta è stata assorbita dalla norma dell'abuso d'ufficio.

Inoltre, l'ambito dei soggetti attivi è stato ampliato poiché il legislatore ha esteso l'abuso d'ufficio anche all'incaricato di pubblico servizio.

Per di più, la disposizione ha introdotto non solo l'elemento del vantaggio, proprio o altrui, prevedendo anche una maggiore responsabilità, qualora il vantaggio fosse di carattere patrimoniale, ma ha disposto la c.d. doppia ingiustizia nella parte in cui attiene sia al vantaggio che al danno^[26]. Lo scopo era quello di delimitare il sindacato del giudice sull'attività amministrativa. In altre parole, è l'abuso dell'ufficio perpetrato dal soggetto agente, al fine di realizzare il suo interesse privato a discapito di quello collettivo, che giustifica la sanzione penale, anche in chiave della *parcondicio civium*^[27].

Dalla formulazione della norma, si evince anche che l'inciso iniziale della disposizione de qua sia espressione del principio di consunzione o assorbimento, applicabile nel caso in cui si configuri un concorso apparente di norme, quando una condotta viola una pluralità di condotte, di cui l'una è perfettamente contenuta nell'altra^[28]. Circostanza questa che trasforma l'art. 323 c.p. da disposizione ancillare a <<vera e propria pietra angolare>> di quel complesso sistema dei delitti che compongono lo statuto penale della P.A., volti a tutelare la sfera pubblica contro quelle condotte illecite dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio, descritti nelle varie fattispecie incriminatrici^[29].

Inoltre, la disposizione contiene in sé due sotto-fattispecie, una caratterizzata dal fine non patrimoniale, che il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio persegue per ottenere un ingiusto vantaggio e, l'altra di carattere patrimoniale che la norma erge a circostanza aggravante del reato.

Tuttavia, le importanti modifiche apportate non risparmiarono da critiche il testo elaborato nel 1990. Ancora una volta, la fattispecie era affetta da deficit di determinatezza, con una formulazione troppo vaga e imprecisa^[30] tale da consentire un sindacato del giudice in modo penetrante all'interno dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione.

5. L'importante riforma del 1997 all'insegna del principio di tassatività

Ancora una volta, il legislatore interviene a rimodellare l'art. 323 c.p. con l'art. 1, Legge, 16 luglio 1997, n.234, al fine^[31]di restringere il perimetro della tipicità della condotta materiale posta in essere dal pubblico ufficiale e dall'incaricato di pubblico servizio. Tale disposizione penale sarà vigente fino all'attuale riforma apportata dal Decreto Semplificazioni 76/2020, di cui si tratterà in seguito.

La novella legislativa si sviluppa intorno al reato di evento che si verifica quando il soggetto agente procuri a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o arrechi ad altri un danno ingiusto. In quest'ambito, la condotta viene maggiormente precisata, inserendo nel novero non solo quella omissiva, ma anche la "violazione di legge, di regolamento o, in alternativa, l'inosservanza di un obbligo di astensione". In questo modo, il legislatore vincola le condotte tipiche dell'abuso, all'attività che il pubblico agente svolge in concreto, in violazione di una norma imperativa di natura legislativa, regolamentare o omissiva. Tutto questo deve avvenire nell'ambito dell'esercizio di un'attività inerente all'ufficio o al servizio svolto dal soggetto attivo del reato di abuso, ragion per cui, al di fuori di questa circostanza, tale delitto non si configura.

Tuttavia, intorno alla formula della "violazione di legge", si è aperto un dibattito in dottrina e in giurisprudenza in merito al suo contenuto, giacché in questa locuzione sono enucleate le norme di carattere procedimentale (relative a pareri o alle attività istruttorie).

Si tratta di norme di principio, come l'art. 97 Costituzione su cui si fonda il dovere di imparzialità del soggetto pubblico, la cui violazione è sufficiente a qualificare la condotta come abusiva; le norme di indiretta rilevanza legislativa, come ad esempio l'inosservanza delle prescrizioni sul piano regolatore, dal momento che la legge vieta il rilascio di concessioni illegittime, quali quelle in contrasto con lo strumento regolatore^[32]. Vanno poi menzionati gli atti viziati da eccesso di potere, inclusi nel novero della violazione di legge, nella forma dello sviamento di potere, cioè quando la condotta dell'agente è formalmente aderente alla disciplina dell'esercizio dei suoi poteri i quali, tuttavia, "non vengono esercitati secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione"^[33]. La doppia ingiustizia riguarda sia il danno e sia il vantaggio patrimoniale, espungendo così il vantaggio non patrimoniale.

L'elemento soggettivo si identifica con l'avverbio intenzionalmente, riconducibile alla forma del dolo intenzionale. Tale caratteristica, restringe l'ambito di operatività dell'art. 323 c.p. e rende penalmente perseguibile la condotta del soggetto agente che agisce con una volontà immediata e diretta, finalizzata alla realizzazione dell'evento di danno altrui o di un vantaggio patrimoniale proprio o di altri, escludendo in tal modo il dolo diretto e il dolo eventuale^[34].

Così la giurisprudenza di legittimità secondo cui “la presenza nell'art.323 c.p. dell'avverbio "intenzionalmente" limita l'ipotesi di dolo nella condotta del pubblico ufficiale che procura a terzi un ingiusto vantaggio patrimoniale (o un danno): l'abuso d'ufficio non si configura, pertanto, laddove il pubblico ufficiale si prefigga davvero di realizzare un interesse pubblico pur violando la legge e determinando il vantaggio al privato. Tuttavia, quando si dice "pubblico", s'intende in senso stretto: sono dunque esclusi il fine genericamente collettivo, il fine privato dell'ente pubblico e soprattutto quello politico (che non rientra fra quelli pubblici)^[35]”

Infine, merita citare l'art 1, comma 75, lett. p), della Legge 6 novembre 2012, n.190, la quale ha modificato la cornice edittale della fattispecie in commento, aumentando la sanzione sia nel minimo e sia nel massimo^[36].

6. La nuova riforma per contrastare la c.d. “burocrazia difensiva”: il D.L. Semplificazioni 16 luglio 2020, n.76 convertito in Legge

L'ultimo intervento alla disciplina dell'istituto di cui all'art. 323 c.p., dettato dall'emergenza causata dalla diffusione del contagio da COVID-19, è avvenuta con il D.L. Semplificazioni. Il particolare, il Governo, per attuare il piano di ripresa del Paese, è intervenuto con il Decreto-legge 16 luglio 2020, n.76, delineando una strategia di semplificazione per l'intero apparato amministrativo, volto a “semplificare i procedimenti amministrativi, ad eliminare e velocizzare gli adempimenti burocratici, a digitalizzare la pubblica amministrazione e sostenere l'economia verde e l'attività di impresa”. In questo quadro, per quello che qui rileva, il predetto decreto, interviene anche in merito alla responsabilità dei pubblici agenti, sia sotto il profilo della responsabilità erariale, che sotto quello della responsabilità penale^[37].

Limitatamente alla seconda, il Legislatore modifica l'ambito di applicazione della fattispecie dell'abuso d'ufficio. In altre parole, lascia invariati:

- l'elemento soggettivo, nella forma del dolo intenzionale del pubblico ufficiale e dell'incaricato di pubblico servizio che agiscano nell'esercizio delle loro funzioni o servizio;
- l'ambito della condotta, nella parte in cui continua a prevedere, in via alternativa, l'inosservanza dell'obbligo di astensione;
- il duplice evento, alternativo, dell'ingiustizia del danno e del vantaggio patrimoniale^[38].

Sull'altro versante, il Legislatore restringe l'ambito di operatività della condotta della disposizione penale, sotto un triplice profilo:

- espunge dal novero delle fonti idonee a recare regole di condotta rilevanti per l'abuso d'ufficio, le norme contenute nei regolamenti;
- attribuisce rilievo all'inosservanza delle regole di condotta di carattere specifico, espressamente previste dalle norme primarie (leggi o atti aventi forza di legge);
- sancisce che da queste regole di condotta, non debbano residuare margini di discrezionalità nelle scelte che determinano la decisione insita nel provvedimento amministrativo

Di conseguenza, per determinare il fatto illecito del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, nello svolgimento delle funzioni, viene attribuita rilevanza non più alla violazione di legge e di regolamento, bensì alla inosservanza di "specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge, dalle quali non residuino margini di discrezionalità" per il soggetto agente^[39].

La ratio della riforma è quella di definire il perimetro della condotta rilevante ai fini dell'abuso d'ufficio, in modo che il pubblico ufficiale, nell'esercizio delle sue funzioni o del suo servizio, sia consapevole se il suo comportamento costituisca o meno reato.

7. I primi approdi della giurisprudenza: a) Abolitio criminis

Alla luce della riformulazione del delitto in esame, la Corte di cassazione interviene con diverse sentenze, da un lato per definire i contorni della riforma e, dall'altro, per affrontare i problemi di diritto intertemporale relativi al fenomeno della successione di leggi penali nel tempo ex art. 2 c.p.

In una recente sentenza^[40] i giudici ermellini analizzano il caso di un pubblico ufficiale condannato in appello per abuso d'ufficio, per aver adottato un atto amministrativo violando una norma di legge. La Corte accogliendo il ricorso del ricorrente - il quale affermava di non aver violato nessuna norma di rango primario, nell'atto amministrativo adottato - e dopo aver confermato l'estinzione del reato per prescrizione, esclude che si possa configurare l'abuso d'ufficio per effetto della riformulazione normativa del reato in esame.

Il Supremo consesso fa leva sul fatto che il restringimento dell'operatività dell'art. 323 c.p., in merito alle diverse modalità della condotta, abbia determinato ex art 2, II comma, c.p.,

“una parziale abolitio criminis in relazione alle condotte commesse prima dell'entrata in vigore della riforma mediante violazione di norme regolamentari o di norme di legge generali e astratte delle quali non sono ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse o che comunque lasciano residuare margine di discrezionalità”.

Pertanto, l'effetto dell'abolizione di questo segmento di condotta retroagisce e travolge anche il giudicato e gli effetti penali della condanna. Il principio della retroattività favorevole della legge penale trova fondamento nell'art. 3 Cost., espressione del valore dell'uguaglianza e del criterio della ragionevolezza, e si contrappone al principio dell'irretroattività sfavorevole, garantito dall'art. 25 Cost., con la funzione di tutelare il cittadino dagli arbitri del legislatore e garantirgli una sorta di autodeterminazione in merito alla previsione delle conseguenze sanzionatorie delle proprie azioni.

Di conseguenza, la condotta alternativa dell'abuso d'ufficio, attinente “all'omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti”, non produce nessun effetto in termini di abrogazione della condotta stessa^[41].

Questo principio viene sancito in una recente sentenza dalla giurisprudenza di legittimità, avente ad oggetto la condotta omissiva di un pubblico ufficiale il quale, in presenza di una situazione di conflitto di interessi, aveva evitato di astenersi. La Corte pur dichiarando il ricorso inammissibile, si sofferma sulla portata dell'intervento riformatore e sugli effetti della riforma legislativa.

In particolare, i giudici di legittimità sottolineano come la modifica dell'art. 323 c.p. non abbia investito la condotta alternativa della norma che

“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”.

Dunque, la modifica interessa solo quella sezione di condotta penalmente rilevante, atta

ad integrare il delitto di abuso d'ufficio, ossia la violazione delle regole di condotta previste dalle fonti primarie del diritto, dalle quali non residuino margini di discrezionalità anche tecnica^[42].

Tuttavia, in dottrina c'è chi sostiene^[43] l'opportunità di fare tre diverse verifiche prima di esser certi dell'avvenuta abolizione del reato.

La prima verifica attiene alla corrispondenza della nuova formulazione al fatto concreto, oggetto del giudizio penale. Di conseguenza, se dovesse risultare tale simmetria tra i due parametri, non vi sarebbe nessuna abolitio criminis, poiché il fatto prima punibile, continuerebbe a esserlo alla luce della più ristretta formulazione della disposizione con persistenza dell'illecito.

La seconda verifica inerisce la possibilità di poter far rientrare il fatto concreto nella fattispecie alternativa dell'abuso d'ufficio: l'obbligo di astensione. Nulla questo se il fatto, commesso prima della riforma, era già contestato come condotta omissiva che la modifica normativa non riguarda tale condotta e quindi non opera ex art.2, Il comma, c.p., la successione di leggi penali nel tempo^[44].

Al contrario, il problema sorge quando il fatto contestato ante riforma, riguarda la condotta cancellata dalla modifica intervenuta: la violazione di norme di regolamento che sono prive del carattere della specialità e della discrezionalità. In questo caso, prima di considerare come avvenuta l'abolitio criminis, occorre valutare se il medesimo fatto rientri nella fattispecie omissiva dell'abuso d'ufficio.

A tal riguardo, si ricorda un fondamentale approdo a cui è giunta sia la dottrina che la giurisprudenza in base al quale l'abolitio criminis non si verifica quando, in seguito all'eliminazione di una fattispecie dall'ordinamento, i fatti che in precedenza erano a quest'ultima riconducibili, ora rientrano nella fattispecie che conserva la rilevanza penale non modificata dalla riforma e prevista dalla legge al tempo del fatto^[45].

Siamo in presenza dell'abrogatio sine abrogazione, un istituto disciplinato dall'art. 2, IV comma, c.p. che si verifica quando interviene una semplice modifica della nuova incriminazione. Orbene, l'unico criterio corretto da adottare, per verificare se si tratti di modificazione o abolizione vera e propria, è quello del "tipo di rapporto strutturale tra le fattispecie^[46]".

Dal momento che tra le fattispecie delle norme in successione sussiste un rapporto di specialità, la condotta omissiva, in particolare quella prescritta da norme di legge o di

regolamento, è speciale rispetto alla fattispecie abrogata (“violazione di norme di legge o di regolamento”) e di conseguenza la rilevanza penale del fatto non si esaurisce per effetto della persistenza della condotta omissiva^[47].

Ebbene, la riforma del 2020 ha determinato un effetto espansivo della fattispecie omissiva in cui nella formula “omessa astensione negli altri casi prescritti” può essere fatta rientrare quelle forme di abuso d’ufficio che afferiscono a quelle condotte di conflitto di interesse delineate da fonti regolamentari in generale, nonché da regole di fonte primaria o meno e che consentano più o meno ampi margini di discrezionalità^[48].

Tuttavia, questo tipo di interpretazione non corrisponde all’intenzione del legislatore, il quale è intervenuto a porre rimedio al fenomeno che si era creato intorno alla pubblica amministrazione, la c.d. “burocrazia difensiva” che provocava inerzia nei pubblici funzionari per il timore di essere incriminati di abuso d’ufficio a causa di sanzioni imprevedibili. Oltre a ciò, un simile ragionamento, cozza con il principio di irretroattività in malam partem, poiché allargherebbe molto le maglie della fattispecie omissiva con l’effetto di vanificare del tutto la riforma.

La terza verifica è strettamente connessa al fenomeno dell’abrogatio sine abolizione, giacché impone di accertare se il fatto ante riforma, qualificato come abuso d’ufficio per violazione di norme di legge o di regolamento, possa essere, post-riforma, riconducibile alla fattispecie prevista dalla legge stessa. Sostanzialmente, l’esame attiene alla possibilità di far rientrare il fatto concreto in una diversa norma incriminatrice, come “legge posteriore”, ai sensi dell’art. 2. c.p.

Di conseguenza, se l’esito è positivo, deve escludersi l’abolitio criminis e si pone il problema di individuare la legge più favorevole, ai sensi dell’art. 2, IV comma, c.p., facendo salvo il limite del giudicato. A venire in rilievo è la clausola di consunzione posta all’inizio della formulazione del delitto di abuso d’ufficio “salvo che il fatto non costituisca un più grave reato”. Questa clausola regola i rapporti con le altre figure di reato e determina, rispetto ai reati meno gravi, il fenomeno dell’assorbimento nella fattispecie di abuso e, al contrario, si verifica la soccombenza del delitto in analisi, rispetto ai reati più gravi^[49].

Orbene, se il fatto qualificato come abuso d’ufficio prima della riforma del 2020, ma non più oggi, era riconducibile ad un reato più grave, come ad esempio la fattispecie di peculato o di corruzione propria o funzionale, non pone nessun problema perché già con questa regola, non determinandosi nessuna successione tra leggi penali applicabili allo stesso fatto, la fattispecie in commento era già inapplicabile. Al contrario, se il fatto ante riforma era qualificato come meno grave, oggi resta assorbito nel reato minore per effetto

della modifica.

7.1. b) la materia edilizia urbanistica

La Corte di cassazione con un'ulteriore pronuncia^[50], affronta l'applicabilità dell'abuso d'ufficio per "violazione di legge o regolamento" al comparto dell'edilizia-urbanistica.

Il caso prende le mosse dal ricorso di legittimità presentato dalla parte soccombente in appello, riguardante un responsabile di un ufficio tecnico comunale, con l'accusa di aver rilasciato il permesso a costruire in una rimessa in zona agricola, contrariamente al Piano strutturale comunale e al Regolamento urbanistico comunale.

Con questa pronuncia, i giudici di legittimità oltre ad aver confermato la rilevanza penale del fatto, hanno definito la questione attinente alla collocazione dell'atto amministrativo del permesso a costruire rilasciato dal funzionario del Comune, tra le fonti dei regolamenti o quelle della violazione di legge. La Cassazione, aderendo ai propri precedenti indirizzi^[51], ha ribadito 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".

Se ne deduce che il T.U dell'edilizia è la fonte legale a cui fare riferimento per la configurazione dell'abuso penalmente rilevante, infatti, "il permesso di costruire, per essere legittimo, deve conformarsi – ai sensi dell'art. 12, comma 1, d.P.R. n. 380 del 2001 – 'alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistica edilizia vigente". Dunque, il Supremo consesso qualifica i Piani Urbanistici non come regolamenti, ma come atti amministrativi generali la cui violazione rappresenta il presupposto di fatto della violazione di una norma di legge speciale, come lo è quella urbanistica, ai sensi degli artt. art. 12 e 13 del d.P.R. n. 380 del 2001^[52].

Infine, la Corte si interroga sulla natura non discrezionale delle regole ivi previste e sul loro carattere specifico. Risolvendo positivamente tale questio, sancisce che

"la normativa in questione integra, inoltre, l'ulteriore requisito richiesto dalla modifica normativa, in quanto si tratta di norme specifiche e per le quali non residuano margini di discrezionalità: 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".

7.2. Abuso d'ufficio del vigile che pranza nel ristorante che dovrebbe sanzionare

Un'altra pronuncia del Supremo consesso di legittimità, offre un'occasione interessante per sviluppare una riflessione organica in merito alla tanto discussa fattispecie incriminatrice dell'abuso d'ufficio.

Il fatto riguarda l'applicabilità della custodia cautelare degli arresti domiciliari, avente ad oggetto la configurabilità ex art. 323 c.p., nei confronti di un poliziotto gravemente indiziato del delitto di abuso d'ufficio, in concorso con i reati di corruzione e peculato, per aver violato il suo dovere di imparzialità, consentendo al titolare di un ristorante, presso il quale si recava a pranzo durante l'ora di servizio, di occupare il suolo pubblico, omettendo la sanzione^[53].

Tale condotta, secondo l'accusa, avrebbe procurato un vantaggio al titolare del ristorante, concretizzatosi nella possibilità di accogliere i clienti all'aperto senza autorizzazione, evitando sia l'applicazione della sanzione amministrativa per l'occupazione abusiva e sia di pagare i canoni di occupazione del suolo pubblico.

La Corte ha respinto la tesi difensiva secondo cui, da un lato, il pericolo di recidiva non poteva considerarsi concreto ed attuale, poiché il Dirigente della Polizia Municipale, in modo cautelare, ha sospeso l'indagato dal servizio, "fino a nuova comunicazione"; dall'altro la difesa, facendo perno sulla circostanza relativa alla sospensione dal servizio del pubblico ufficiale, evidenzia come non si possa verificare la reiterazione del reato contestato al poliziotto.

Il percorso logico-giuridico seguito dai giudici di legittimità per respingere il ricorso dell'indagato, si snoda in modo piuttosto lineare, fondando il proprio convincimento, in merito al requisito dell'attualità del pericolo, sull'elemento della personalità dell'indagato.

In particolare, la Corte rileva - richiamando gli indirizzi interpretativi che si sono delineati in più occasioni in seno alla stessa - come il requisito dell'attualità del pericolo di reiterazione del reato, introdotto dall'art. 274, lett. c) c.p.p. dalla L.16 aprile 2015, n 47, non deve essere inteso come imminenza del pericolo di commissione di un ulteriore reato, ma come espressione di una continuità del pericolo nella sua dimensione temporale. Osservano, infatti, i giudici della Cassazione, che gli elementi da tenere in considerazione sono la potenzialità criminale dell'indagato e l'effettività del pericolo di concretizzazione dei rischi che la misura cautelare è chiamata a neutralizzare.

Sullo stesso piano logico, si pone la recente pronuncia delle Sezioni Unite^[54] richiamata dai Giudici Supremi per corroborare la decisione in commento, la quale, seppur tratta

della questione incidentalmente, sancisce il principio secondo cui

l'attualità del pericolo è requisito legato alla presenza di occasioni prossime al reato (e, dunque, non specifiche), la cui sussistenza, pur dovendo essere autonomamente e separatamente valutata rispetto all'altro requisito di legge, dato dalla "concretezza", è desumibile dai medesimi indici rivelatori di quest'ultima, e cioè specifiche modalità e circostanze del fatto e personalità dell'indagato o imputato.

Sul punto, la Corte prosegue evidenziando come il Tribunale del riesame abbia adeguatamente motivato l'ordinanza di custodia cautelare, facendo leva sul fatto che la continuità del pericolo di recidiva sussisteva in ragione della personalità dell'indagato e della sua propensione a porre in essere condotte "opache", al fine di ad ottenere profitti e vantaggi personali.

In tale contesto, una simile argomentazione è stata apportata anche dal G.i.p., il quale ha perimetrato la personalità dell'indagato facendo riferimento a quelle condotte volte a violare i doveri d'ufficio, che si traducono in un abuso a danno dei cittadini. Inoltre, il Gip sottolinea come l'indagato abbia una visione un po' distorta della sua funzione, come una posizione di potere da cui trarre profitto personale, ed è proprio in questa circostanza che risiede il presupposto della recidiva.

La Corte di cassazione, condividendo tali argomentazioni, conclude sostenendo che non rileva l'intervenuta sospensione cautelare amministrativa, poiché il Tribunale ha spiegato come i fatti, complessivamente considerati, rendessero manifesta una spregiudicatezza rispetto alla quale anche la intervenuta sospensione cautelare amministrativa si rivelava inadeguata.

8. Rilievi critici e conclusivi

Per quanto le modifiche apportate possano corrispondere all'intento di allentare la morsa dell'abuso d'ufficio sui funzionari e amministratori pubblici, tuttavia, si rendono necessarie talune osservazioni in merito alla scelta operata dal Governo e confermata dal Legislatore con la Legge 120/2020.

Infatti, con riguardo al primo intervento, non si comprende la scelta di escludere i regolamenti, dal novero delle fonti normative, la cui inosservanza determina la condotta incriminata dall'art. 323 c.p. Il regolamento, in particolare, è quello strumento di cui una determinata pubblica amministrazione si dota per regolare il suo funzionamento, giacché foriera di regole di condotta espresse e specifiche. In altre parole, con tale esclusione, il

principio espresso dalla Cost. ex art 97 della Costituzione, non può essere tutelato in modo pregnante, perché si consente di violare con dolo intenzionale, i regolamenti che le amministrazioni si danno, spesso dopo lunghi e complessi procedimenti^[55].

Il riferimento alla seconda scelta, tralasciando l'inutilità della specificazione degli atti aventi forza di legge, giacché posti sullo stesso rango della legge ordinaria, occorre segnalare che il restringimento del perimetro applicativo della condotta alla sola violazione di regole specifiche ed espresse, porta ad escludere la violazione dei principi generali dell'ordinamento. Il problema si è posto, in merito all'art. 97 della Cost. espressione del principio di buon andamento ed imparzialità della P.A.

Un orientamento giurisprudenziale aveva attribuito a tale articolo costituzionale, natura precettiva, in riferimento al canone dell'imparzialità, “che impone ad ogni pubblico funzionario, nell'esercizio delle sue funzioni, di non usare il potere che la legge gli conferisce per compiere deliberati favoritismi e procurare ingiusti vantaggi, ovvero per realizzare intenzionali vessazioni o discriminazioni e procurare ingiusti danni”^[56]. Dunque, la giurisprudenza ante riforma, ha affermato il principio secondo cui nelle norme di legge, espressione della condotta ex art. 323 c.p., era incluso anche l'art. 97 Cost., in virtù della sua portata precettiva. Ora, dopo la riforma, se la giurisprudenza tiene fermo questo principio, può considerare la disposizione costituzionale come una regola di condotta, specifica ed espressa^[57].

Infine, con l'opzione di escludere dalla configurabilità dell'abuso d'ufficio le regole di condotta che non siano espressive di un potere discrezionale, si potrebbe dar luogo ad una impunità del pubblico ufficiale e dell'incaricato di pubblico servizio, definiti rispettivamente agli artt. 357, 358 e 359 c.p., riguardante sia un funzionario amministrativo che un politico con carica elettiva (esempio. sindaco parlamentare) o un ufficio attribuitogli per nomina politica (come il ministro o l'assessore)^[58].

Questi rischi di impunità si potrebbero verificare proprio perché il soggetto attivo del reato, con dolo intenzionale, pur violando le regole specifiche di condotta, adotta il provvedimento amministrativo adducendo il potere discrezionale nella scelta conseguita.

In conclusione, per effetto di questa riforma, un numero elevatissimo di condotte prima punibili, perderanno rilevanza penale.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Art. 357 c.p., I comma: Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria e amministrativa.

Il secondo comma dispone che: Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto e da atti autoritativi, e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi.

[2] Art. 358 I comma: Agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio.

Al II comma si prevede che Per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di quest'ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale.

[3] Art. 359: Agli effetti della legge penale, sono persone che esercitano un servizio di pubblica necessità:

1. i privati che esercitano professioni forensi o sanitarie, o altre professioni il cui esercizio sia per legge vietato senza una speciale abilitazione dello Stato [c.p. 348, 398], quando dell'opera di essi il pubblico sia per legge obbligato a valersi;

2. i privati che, non esercitando una pubblica funzione, né prestando un pubblico servizio, adempiono un servizio dichiarato di pubblica necessità mediante un atto della pubblica amministrazione [c.p. 360].

[4] F.RIPPA, Il delitto dell'abuso d'ufficio, in www.fedoa.unina.it, pag. 10ss.

[5] Sul punto: A.MANNA, Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale, G.Giappichelli, Torino, 2004, pag. 4 ss; A. MANNA, Profili storico-comparatistici dell'abuso d'ufficio, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2001, pag. 1201 ss; F. RIPPA, il delitto dell'abuso d'ufficio, cit., pag. 10 ss.

[6] F. RIPPA, il delitto dell'abuso d'ufficio, cit., pag. 10 ss.

[7] L'importante principio della separazione dei poteri è alla base delle attuali democrazie liberali e costituzionali. Esso è stato teorizzato da Montesquieu, evidenziando la necessità di affidare i tre poteri statali (legislativo, esecutivo e giudiziario) a tre organi diversi (oggi nel nostro ordinamento vengono affidati al Parlamento, al Governo e alla Magistratura) e indipendenti tra di loro, al fine di garantire una struttura statale che tuteli al cittadino le libertà fondamentali dal dispotismo statale.

[8] Così F. MANTOVANI, Diritto penale, parte generale, X, Cedam, 2017, pag. XXXV.

[9] A. MANNA, Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale, cit., pag. 4 ss; A. MANNA, Profili storico-comparatistici dell'abuso d'ufficio, cit. pp. 1201 e ss.

[10] D. ZULIANI, La riforma penale di Pietro Leopoldo, II, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 314 ss. L'art. LXII del suddetto Codice testualmente dispone: Ordiniamo che siano tolte, e cassate tutte le Leggi che con abusiva estensione hanno costituito, e moltiplicati i Delitti di Lesa Maestà, come provenienti nella maggior parte dal Dispotismo dell'Impero Romano e non tollerabili in veruna ben regolata società...

[11] D.ZULIANI, op. ult. cit., p. 331. L'art. LXIV del suddetto Codice prevede quanto segue: Se alcuno dei detti Giudici, Ministri ed Impiegati...trascendendo i limiti, o altrimenti abusando del pubblico Ministero, Ufficio, o Impiego affidatogli, si varrà dolosamente dell'autorità per fare a chicchessia qualsivoglia specie di Ingiustizia, e di torto...sarà non solo privato di quel Posto, ed insieme inabilitato ad ogni altro Ufficio, ma ancora condannato come Reo di Violenza pubblica a forma del prescritto art. LXII, essendo questa la vera, e maggiore offesa, che possa farsi alla Società...

[12] F. RIPPA, il delitto dell'abuso d'ufficio, cit., pag. 10 ss; A. MANNA, Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale, cit., pag. 4 ss.

[13] Così: S. VINCIGUERRA (a cura di), *Il codice penale veronese (1797)*, Cedam, Padova, 1996, pag.205-206; A. MANNA, *ult. op.,cit.*, pag. 5 ss; F. RIPPA, *il delitto dell'abuso d'ufficio*, *cit.*, pag. 10 ss.

[14] S. VINCIGUERRA (a cura di) *Codice penale universale austriaco (1803)*, 2001, pag.32 ss.

[15] Come noto, la nostra tradizione giuridica è stata anche influenzata dalla legislazione francese. Infatti, il codice napoleonico, dopo essere stato tradotto nella nostra lingua, entrò in vigore nel nostro Paese nel 1811, sotto la denominazione del Codice dei delitti e delle pene del Regno d'Italia.

[16] A. MANNA, *op. ult. cit.* pag. 5 ss.

[17] Questo articolo statuisce che: "Ogni ufficiale pubblico o impiegato che comanda o commette qualche atto arbitrario, sia contro la libertà individuale sia contro i diritti civili di uno o più cittadini, sarà punito colla interdizione dalla carica d 1 anno a 5. Se l'atto arbitrario si commetta per soddisfare una passione o un interesse privato l'ufficiale pubblico che lo comanda o commette sarà inoltre punito colle relegazioni, salve le pene maggiori nei casi stabiliti dalle leggi...".

[18] A. MANNA, *ult. op.,cit.*,pag. 5 ss; F. RIPPA, *il delitto dell'abuso d'ufficio*, *cit.*, pag. 16 ss.

[19] Per il testo del suddetto articolo, v.: *Codici Penali del Regno d'Italia*, a cura di N.CASSOTTI, M. MAZZITELLI e R. PEZZANO, Simone, 500/1,pag.43. L'art.175 del Codice Zanardelli testualmente dispone che "Il pubblico ufficiale che abusando del suo ufficio, ordina o commette contro gli altrui diritti qualsiasi atto arbitrario non preveduto come reato da una speciale disposizione di legge, è punito con la speciale detenzione da 15 giorni ad un anno; e qualora agisca per un fine privato la pena è aumentata...".

[20] In tal senso F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, parte speciale, 8° ed., 1905, vol. V, pag. 67 ss. (*op. ult. cit.* 1905, pag.67 ss.).

[21] In questi termini A. MANNA, *ult. op.,cit.*, pag. 12.

[22] *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, vol. V, II, pag. 132 ss.

[23] Così dispone l'articolo 323 del Codice Rocco: "Il pubblico ufficiale che, abusando dei poteri inerenti le sue funzioni, commette, per recare ad altri danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto dalla legge come reato da una particolare disposizione di legge, è punito con la reclusione fino a due anni o con la multa da lire cinquecento a diecimila euro"

[24] A. MANNA, *op. ult. cit.* pag. 5 ss; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza penale Web*, 2020,7-8, SSN 2499-846, pag. 3 ss.; B.ROMANO, *La continua riforma dell'abuso di ufficio e l'immobilismo della pubblica amministrazione*, in *Il penalista*; F.RIPPA, *il delitto dell'abuso d'ufficio*, *cit.*, pag. 20 ss;

[25] L'articolo 323 del c.p. al I comma, così prevede:

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

Il comma: Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri in ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena e' della reclusione da due a cinque anni

[26] V., in particolare, T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, *cit.*, pag. 5 ss.

[27] Questo principio identifica l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla Pubblica Amministrazione, la quale nell'esercizio delle proprie finzioni, esercita l'attività amministrativa che consiste nell'adozione di provvedimenti, dopo aver scelto l'interesse pubblico da perseguire.

[28] I. A. Santangelo, *L'abuso di ufficio*, in *Giur. merito*, 2003, 3, pag. 1021 ss.

[29] A. MANNA, *op. ult. cit.* pag. 15 ss.

[30] T. PADOVANI, op.ult. cit. pag. 5 ss.

[31] La norma così dispone: I comma “Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.” Il comma: “La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità”.

[32] T. PADOVANI, op. ult. cit., pag. 7ss.

[33] Cass. Sez. Un., 29 settembre 2011, n. 155, in Cass. Pen. 2012, p. 2140 Il Supremo Consesso, definisce 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”.

[34] In subiecta materia, in merito all’elemento soggettivo del reato, possono individuarsi vari livelli crescenti dell’intensità del dolo: il dolo intenzionale, che si pone ad un livello di massima intensità, si configura quando la volontà del soggetto agente è direttamente rivolta al perseguimento dell’evento che costituisce il fine dell’azione e dell’omissione; ad un livello intermedio si colloca il dolo diretto, tipico di quell’atteggiamento psicologico in cui l’evento, pur non essendo preso di mira dal reo, è da quest’ultimo preso di mira come conseguenza certa o altamente probabile della sua condotta e, dunque, voluto quale evento accessorio e collaterale al risultato; infine, con una minore intensità dolosa, ricorre il dolo eventuale quando l’evento, non è perseguito direttamente dall’agente, ma lo accetta come conseguenza probabile, possibile o eventuale della sua condotta, malgrado ciò, perseverando nella sua azione, accetta il rischio di cagionarlo.

[35] Cass. Pen., sez. VI, 20 ottobre 2010, n. 39371, in D&G, 2010.

[36] Tale articolo ha sostituito le parole: «da sei mesi a tre anni» a quelle: «da uno a quattro anni».

[37] Così il Comunicato Stampa del Consiglio dei Ministri n.54: Il decreto interviene, in particolare, in quattro ambiti principali: semplificazioni in materia di contratti pubblici ed edilizia; semplificazioni procedurali e responsabilità: misure di semplificazione per il sostegno e la diffusione dell’amministrazione digitale semplificazioni in materia di attività di impresa, ambiente e green economy, in www.governo.it

[38] Sul punto G. L. GATTA, Da ‘spazza-corrotti’ a ‘basta paura’: il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell’abuso d’ufficio, approvata dal Governo ‘salvo intese’ (e la riserva di legge?), in in Sistema Penale, ISSN 2704-8098, pag. 4 ss.

[39] Art. 23, I comma, D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120. “Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, 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, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni . La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità”.

[40] Cass. pen., Sez., VI, 8 gennaio 2021 n. 442, in giurisprudenzapenale.com, {[https/URL](https://URL)}

[41] Cass. pen., Sez. fer., 25 agosto 2020 n. 32174, in giurisprudenzapenale.com, Fasc.11 /2020, ISSN 2499-846X.

[42] S. IACHELLI, La Corte di cassazione si pronuncia sul nuovo abuso di ufficio in Riv. Cammino Diritto, Fasc. 03/2021, ISSN 2421-7123.

[43] B. ROMANO, La prima pronuncia della Cassazione sul nuovo abuso di ufficio e l’abolitio criminis parziale, nel il Penalista, ISSN 2464-9635, pag. 4 ss; G.L. GATTA, Riforma dell’abuso d’ufficio: note metodologiche per l’accertamento della parziale abolitio criminis, in Sistema Penale, ISSN 2704-8098, pag. 3 ss.

- [44] G.L. GATTA, Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis, cit., pag. 3 ss.
- [45] G.L. GATTA, Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis, cit., pag. 3 ss.
- [46] F. MANTOVANI, Diritto penale, Parte generale, Cedam, Milano, 2017, pag. 86 ss.
- [47] G.L. GATTA, Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis, cit., pag. 3 ss.
- [48] G.L. GATTA, Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis, cit., pag. 3 ss.
- [49] B. ROMANO, La prima pronuncia della Cassazione sul nuovo abuso di ufficio e l'abolitio criminis parziale, cit. pag. 4 ss.
- [50] Cass. Sez. VI, 17 settembre 2020, n. 31873, in [giurisprudenzapenale.com](https://www.giurisprudenzapenale.com), {https/URL}
- [51] Cass. Sez. VI, 25 gennaio 2007, n. 11620, Pellegrino; Cass. Sez. III, 19 giugno 2012, n. 39462, Rullo, in Sistema Penale, 12 2020, ISSN 2704-8098.
- [52] G.L. GATTA, Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis, cit., pag. 4 ss.
- [53] Cass. pen. Sez. VI, Sent., 08-07-2020, n. 20306, in quotidianogiuridico.it.
- [54] Sez. Unite, 28-4-2016, n. 20769, in [giurisprudenzapenale.com](https://www.giurisprudenzapenale.com), Fasc.7-8 /2016, ISSN 2499-846X.
- [55] G.L. GATTA, Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?), cit., pag 4 ss.
- [56] Così Cass. Sez. II, 27 ottobre 2015, n. 46096, Giorgino, CED 265464; Cass. Sez. VI, 21 febbraio 2019, 22871, Vezzola, CED 275985; Cass. Sez. VI 2 aprile 2015, n. 27816, Di Febo, CED 263933: In tema di abuso d'ufficio, il requisito della violazione di legge può essere integrato anche dall'inosservanza del principio costituzionale di imparzialità della P.A. nella parte in cui, esprimendo il divieto di ingiustificate preferenze o di favoritismi, impone al pubblico ufficiale e all'incaricato di pubblico servizio una precisa regola di comportamento di immediata applicazione
- [57] G. L. GATTA, Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura', cit; pag 4 ss; T. PADOVANI, ult. op. cit., pag. 10 ss.
- [58] G. L. GATTA, Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura', cit, pag 4 ss; T. PADOVANI, ult. op. cit., pag. 10 ss.

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:
<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=6196>