



2 GIUGNO 2021

Prime osservazioni sul nuovo abuso d'ufficio

di Carmelo Rizzo

Professore a contratto di Diritto penale
Università degli Studi di Salerno



Prime osservazioni sul nuovo abuso d'ufficio*

di Carmelo Rizzo

Professore a contratto di Diritto penale
Università degli Studi di Salerno

Abstract [It]: La travagliata ‘storia normativa’ dell’abuso d’ufficio conosce una nuova tappa. Questa ulteriore riforma ha come sfondo l’emergenza pandemica: bisogna rilanciare l’economia del Paese e, quindi, occorre mettere fine alla “paura della firma” che attanaglia i funzionari pubblici. Ma questo improvviso cambio di rotta politico-criminale ha raggiunto l’ambizioso obiettivo? La risposta è negativa. E in tal senso risultano particolarmente significative le prime sentenze della Cassazione.

Abstract [En]: The troubled ‘normative history’ of office abuse knows a new stage. This further reform has as background the pandemic emergency: it is necessary relaunch the country’s economy and, therefore, it is necessary to put an end to the “fear of signing” that is gripping public officials. But this sudden change of political-criminal course has achieved the ambitious result? The answer is no. And in this sense the first sentences of the Supreme Court are particularly significant.

Parole chiave: abuso d’ufficio; “decreto semplificazioni”; emergenza pandemica; amministrazione difensiva; omessa astensione

Keywords: office abuse; “simplifications decree”; pandemic emergency; defensive administration; omitted abstention

Sommario: 1. Il contesto. 2. La riforma. 3. I primi segnali giurisprudenziali. 4. Considerazioni finali.

1. Il contesto

Lo statuto penale della pubblica amministrazione consegnatoci dalle intersecate maggioranze cromatiche dei governi Conte sembra ispirato da una concezione potestativa del diritto penale, utilizzato quale mero *instrumentum regni* da configurare e declinare secondo metriche variabili in base alle esigenze di consolidamento politico-elettorale imposte dal momento.

* Articolo sottoposto a referaggio.

Ha, innanzitutto, il volto aggressivo del ‘legislatore spazzacorrotti’¹, che ostenta il rigore penalistico lanciando un messaggio istituzionale dai toni minacciosi², carico delle pulsioni vendicative³ proprie del più violento ‘diritto penale del nemico’. Siamo nel periodo del *contratto per il governo del cambiamento* e il ‘contraente’ che si è attribuito la paternità morale e ‘culturale’ della lotta al malaffare politico-amministrativo esibisce al proprio elettorato il successo legislativo ottenuto. La “spazzacorrotti” (benché confezionata spazzando i principi costituzionali e la razionalità tecnica⁴) è il prodotto da offrire alla base elettorale con tanto di festeggiamenti in Piazza Montecitorio subito dopo l’approvazione definitiva da parte della Camera⁵, è il segno tangibile della traduzione istituzionale degli slogan attorno ai quali si agglutinano i consensi della ‘piattaforma’ e, dunque, rappresenta un presidio identitario irrinunciabile. Così, la ‘competenza politica’ in materia di reati contro la pubblica amministrazione viene delimitata in maniera vigorosa. E, quando l’altra ‘parte negoziale’ non si limita più a rimanere ferma sulla sponda delle politiche securitarie ma, durante la campagna per le elezioni europee del 2019, cerca di invadere questo ulteriore spazio di manovra politico-legislativa evidenziando le criticità dell’abuso d’ufficio, la reazione da parte dei padri politici della “spazzacorrotti” è aspra. L’«oltranzismo punitivista»⁶ veicolato dalla «retorica del penale-spazza»⁷ va difeso a tutti i costi. E questo idolo accompagna la stessa nascita del ‘Conte bis’⁸ alla cui base vi sarebbe stato, secondo autorevole Dottrina penalistica, un accordo avente ad oggetto specifico «la conservazione della legislazione penale illiberale del precedente governo»⁹. Da ciò la

¹ Doveroso il rinvio a T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. Pen.* (Rivista Web), n. 3/2018 e a D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 marzo 2019.

² Come ricordato in precedente occasione (C. RIZZO, *Il ‘destino’ dell’abuso d’ufficio tra contese elettorali ed esigenze di riforma*, in *federalismi.it*, n. 5/2020, p. 182), sul sito istituzionale del Governo Italiano (*www.governo.it*) poteva leggersi – sotto il titolo *Lotta alla corruzione, approvato il ddl #SpazzaCorrotti* – il resoconto della conferenza stampa successiva alla approvazione da parte del Consiglio dei Ministri, in data 6 settembre 2018, del disegno di legge recante *misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione*. Particolarmente significativo lo slogan contenuto nella seconda delle *slide sul Ddl #SpazzaCorrotti* ivi consultabili: «NON LASCEREMO SCAMPO A CHI INTRAPRENDE LA STRADA DELLA CORRUZIONE» (*sic!*).

³ Cfr. C. SOTIS, *Il diritto penale tra scienza della sofferenza e sofferenze della scienza*, in *Arch. Pen.* (Rivista Web), n. 1/2019, pp. 8 ss.

⁴ Basti pensare alla riforma del traffico di influenze illecite. In proposito, vedi C. RIZZO, *La “spazzacorrotti” della “spazzacorrotti”. Le (persistenti e accresciute) aporie del nuovo traffico di influenze illecite*, in *Arch. Pen.* (Rivista Web), n. 1/2019.

⁵ Tale scena evoca la dimensione foucaultiana della «pena come “festa pubblica”» richiamata, nell’ambito di una analisi critica del formante populistico odierno, da E. AMATI, *L’enigma penale. L’affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020, p. 147.

⁶ G. FIANDACA, *Abrogare la legge sulla prescrizione*, ne *Il Foglio* (Web), 10 gennaio 2020.

⁷ D. PULITANÒ, *Lezioni dall’emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in *www.sistemapenale.it*, 28 aprile 2020, p. 12.

⁸ Per una ricostruzione delle dinamiche politiche sottese alla composizione delle maggioranze susseguitesì in questa legislatura, vedi B. CARAVITA, *Un tornado silenzioso*, in *federalismi.it*, n. 6/2021, pp. IV ss.

⁹ G. INSOLERA, *Colpe e rimedi*, in *disCrimen*, n. 3/2019, p. 239.

centralità del ‘penale-spazza’ (vedi la pervicace difesa del «blocco della prescrizione»¹⁰ dopo la decisione di primo grado) per le stesse sorti della seconda maggioranza di governo.

Ma, imprevedibile, irrompe il dramma pandemico, che segna un mutamento del ruolo politico del Presidente del Consiglio¹¹: non più semplice garante esecutivo di patti variamente denominati e ‘colorati’, ma *leader* alla ricerca di uno spazio autonomo. Spazio che viene progressivamente costruito attraverso le costanti e unidirezionali comunicazioni televisive e *social*-mediatiche anticipatorie dei contenuti veicolati dai peculiari strumenti giuridici prescelti per il governo dell’emergenza¹². Il risultato è una deriva solipsistica tesa ad affermare un pragmatismo pseudoefficientista disancorato dal confronto parlamentare¹³ e foriero di rilevanti problemi in punto di tenuta delle garanzie dello Stato costituzionale di diritto¹⁴ perfino per quello che concerne il delicato ‘campo penale-punitivo’¹⁵.

La “spazzacorrotti” rimane comunque intatta e intoccabile, ma il Covid-19 muta l’agenda delle priorità politiche. La tempesta epidemiologica impone ora di utilizzare toni rassicuranti. Nell’immaginario collettivo deve radicarsi la figura di una guida carismatica capace di indicare la strada, capace di inviare messaggi di ottimismo, capace di rilanciare il Paese. E questo, nonostante la rappresentazione autocelebrativa prevalga sulle dinamiche costituzionali della dialettica deliberativa parlamentare e sulla concreta razionalità dell’agire istituzionale (si pensi alla fuga di massa da Milano – istituenda ‘zona rossa’ – causata dalle anticipazioni riguardanti l’adozione di tale misura¹⁶).

¹⁰ D. PULITANÒ, *Il problema prescrizione fra principi costituzionali e politica*, in *Sist. pen.*, n. 3/2021, pp. 27 ss.

¹¹ Sul ruolo inizialmente svolto dal Presidente del Consiglio sotto il “contratto per il governo del cambiamento”, vedi G. FLORA, *Il diritto penale del contratto (di governo)*, in *disCrimen*, n. 1/2018, p. 53.

¹² Si tratta dei d.p.c.m.: atti monocratici privi di forza legislativa, sottratti a qualsiasi controllo preventivo e successivo da parte degli altri poteri, all’inizio discutibilmente sorretti dalla vera e propria «delega in bianco di pieni poteri al Presidente del Consiglio» (in questi termini, C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, pp. 83-84) contenuta nel d.l. n. 6 del 23 febbraio 2020.

¹³ Invero, una efficace gestione normativa di questo insidioso e sconosciuto rischio epidemiologico avrebbe richiesto, innanzitutto, la condivisione politico-parlamentare di valutazioni e decisioni fondate su attenti ‘bilanciamenti multifattoriali’. In generale, per le necessarie precisazioni concettuali relative a tale paradigma, si rinvia ad A.R. CASTALDO, *La concretizzazione del «rischio giuridicamente rilevante»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 1100-1101.

¹⁴ In proposito, per un articolato inquadramento tematico, vedi (*ex multis*) B. CARAVITA, *L’Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, n. 6/2020, pp. IV ss. e S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, pp. 531 ss.

¹⁵ Vedi R. BARTOLI, *Legalità e coronavirus: l’allocazione del potere punitivo e i cortocircuiti della democrazia costituzionale durante l’emergenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. spec., 2020, pp. 453 ss.; G. FLORA, “Covid regit actum”. *Emergenza sanitaria, norme eccezionali e deroghe (“ragionevoli”?) ai principi costituzionali*, in *www.penedp.it*, 12 maggio 2020; G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazioni di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *www.sistemapenale.it*, 16 marzo 2020 e ID., *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *www.sistemapenale.it*, 2 aprile 2020; V. MAIELLO, *Udienze on line: un golpe. Al potere forze eversive*, in *www.discrimen.it*, 25 aprile 2020; T. PADOVANI, *Legalità e libertà addio, è il golpe sanitario*, ne *Il Riformista*, 21 aprile 2020; C. RIZZO, *La legalità penale nella morsa dell’emergenza Coronavirus*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto (Special Issue)*, n. 1/2020, pp. 281 ss.; C. RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di Coronavirus: profili penali*, in *Sist. pen.*, n. 3/2020, pp. 231 ss.

¹⁶ A. D’ALOIA, *Costituzione ed emergenza: l’esperienza del Coronavirus*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto (Special Issue)*, n. 1/2020, p. 8, evidenzia l’anomalia della “pubblicazione” di un decreto non ancora ufficialmente pubblicato».

In questo peculiare scenario politico-istituzionale determinato dalla crisi pandemica si colloca la riforma dell'abuso d'ufficio.

2. La riforma

La nuova versione dell'abuso d'ufficio viene introdotta con un decreto legge (il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito nella l. 11 settembre 2020, n. 120) la cui intestazione mediatico-istituzionale non lascia dubbi: per rilanciare il Paese bisogna “semplificare”. Nel contesto della devastante emergenza sanitaria, economica e sociale, il ‘normatore governativo’ (ancora una volta) marginalizza il Parlamento (misconoscendo le ragioni profonde della legalità parlamentare in materia penale¹⁷) e, tramite un veicolo normativo utilizzato illegittimamente (non potendosene ravvisare i presupposti costituzionali di adozione con riferimento a siffatta riforma, che oltretutto è stata approvata ‘*salvo intese*’¹⁸), cerca di trasmettere un’immagine di efficientismo non solo all’opinione pubblica interna ma soprattutto agli interlocutori europei, viste le pressanti esigenze di ordine economico-negoziale legate al rilancio della credibilità del Paese nello svolgimento delle trattative riguardanti il *Recovery Fund*.

E così, dal punto di vista delle scelte politiche in tema di diritto penale della pubblica amministrazione, assistiamo ad un mutamento di tattica legislativa. Infatti, si afferma l’idea che la ‘ripresa’ passi attraverso un affievolimento delle responsabilità incombenti sui funzionari pubblici: non solo di quella penale connessa all’abuso d’ufficio, ma anche di quella erariale (si prevede espressamente che l’onere probatorio in materia di dolo debba essere assolto dimostrando la volontà dell’evento dannoso e non solo della condotta, e si introduce, sia pure entro certi limiti, «una sorta di ‘scudo erariale’»¹⁹). In breve: il tema dell’amministrazione difensiva²⁰, calpestato nello scontro ‘elettoral-contrattuale’ del 2019, viene ora indicato come questione da affrontare in via prioritaria.

¹⁷ Sul tema, vedi G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, (in particolare) pp. 1250 ss.

¹⁸ «La nuova fisionomia dell’abuso d’ufficio non risulta dal dibattito parlamentare, come imporrebbe l’art. 25, co. 2 Cost., e non risulta nemmeno, come presuppone l’art. 77, co. 2 Cost., da una deliberazione collegiale del Consiglio dei Ministri che approvi un determinato testo normativo, che è diventato noto al pubblico solo al momento della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale. Che ciò sia compatibile con i principi costituzionali è lecito dubitare, a dir poco. Ed è a mio avviso un compito della dottrina, nel suo ruolo di coscienza critica, farlo notare». Così, in un commento immediatamente successivo alla emanazione del ‘decreto semplificazioni’, 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 *www.sistemapenale.it*, 17 luglio 2020, § 6.

¹⁹ *Ivi*, § 2, cui si rinvia anche per la descrizione dei limiti temporali e tipologico-comportamentali di applicabilità di tale ‘scudo’.

²⁰ Sul tema, vedi le puntuali riflessioni di A.R. CASTALDO, *L’abuso d’ufficio: un ostacolo all’agire della P.A.*, (in corso di pubblicazione) in *Gazzetta Forense*, 2021.

Pertanto, nella conferenza stampa di presentazione del decreto, si passa a *slide* di ben altro contenuto: «stop alla paura della firma: i funzionari pubblici devono poter sbloccare lavori e spese (es. riforma abuso ufficio)»²¹. Evidente il cambio di slogan.

Eppure, si riscrive l'abuso d'ufficio ma – possiamo anticiparlo – non cessano i problemi interpretativi. E, d'altro canto, la “spazzacorrotti” non viene messa in discussione, sicché la mancanza di un disegno a carattere sistematico e costituzionalmente informato induce a ritenere che questa sorta di ‘bipolarismo politico-criminale’ esprima, in realtà, una visione assolutistica della potestà legislativa in materia penale, autocraticamente sottratta ai vincoli di razionalità rispetto ai valori e agli scopi che contraddistinguono lo Stato costituzionale di diritto²². Insomma, il ‘legislatore governativo’ sfrutta la forza simbolica del ‘messaggio penalistico’ senza preoccuparsi di elaborare scelte normative organiche, coerenti e ponderate, poiché è mosso dall'esigenza di perseguire obiettivi puramente contingenti ed estranei al piano della razionalità politico-criminale quali la captazione del consenso degli elettori o la rassicurazione delle istituzioni europee e dei ‘mercati’. L'anteposizione di tali finalità comporta, per ragioni tattiche, una variazione radicale (e, invero, incomprensibile) dei toni politico-criminali.

Ma, soffermandoci sull'intento sotteso alla modifica di matrice pandemico-emergenziale e considerandone le prospettive di realizzazione concreta, questa irrazionalità rischia di configurarsi piuttosto come un ulteriore fattore di contrasto alla ripresa del Paese. D'altronde, un intervento normativo estemporaneo, isolato e privo di respiro sistematico è destinato inevitabilmente a rivelarsi sterile e non risolutivo in un ‘campo di materia’ così travagliato e strumentalizzato. Tanto più che l'improvvisa svolta politico-criminale riguarda una norma dalla ‘vita difficile’...

Lunga e particolarmente problematica è, infatti, l'evoluzione disciplinativa dell'abuso d'ufficio all'interno dell'ordinamento italiano²³. La fattispecie riformata nel 1997 (quella che, cioè, è stata a sua volta oggetto della ‘novella’ in commento) ricorreva, *salvo che il fatto non costituisse un più grave reato*, allorché il p.u. o l'i.p.s., *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 procurasse a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arrecasse ad altri un danno ingiusto*. Nonostante lo sforzo di tipizzazione profuso dal legislatore, nella formulazione della disposizione rimanevano, però, dei punti deboli²⁴. E le debolezze ‘endogene’ unite alle manipolazioni giurisprudenziali hanno finito col

²¹ Il testo è riportato da G.L. GATTA, *op. cit.*, § 3.

²² Sui circuiti di ‘cura assiologica’ dell'osservanza dei limiti posti al legislatore sia nella scelta dei fini che nella scelta dei mezzi, vedi D. PULITANO, *La cultura giuridica e la fabbrica delle leggi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 28 ottobre 2015, (in particolare) pp. 2-3.

²³ Non essendo possibile, in questa sede, riepilogare gli stadi di questo percorso evolutivo, sia consentito rinviare, sul punto, a C. RIZZO, *Il ‘destino’ dell'abuso d'ufficio*, cit., pp. 187-194.

²⁴ Vedi *ivi*, pp. 194-203.

determinare quella condizione di estrema incertezza giuridica in merito all'ampiezza dell'ambito di incidenza dell'art. 323 c.p. e al connesso rischio penale incombente sugli agenti pubblici²⁵, la cui pur tardiva presa d'atto diventa il vessillo della 'semplificazione' del 2020.

Oggi il 'nuovo' art. 323 c.p. punisce, *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.*

Dunque, il 'semplificatore normativo', ha ristrutturato il 'tipo' pensando di neutralizzarne le potenzialità espansive. L'attuale formulazione, infatti, nelle intenzioni dei compilatori, dovrebbe restringere l'ambito categoriale dei parametri di 'abusività' della condotta mantenendovi solo «*precetti comportamentali [...] di rango primario [...], stringenti ed espressamente previsti [...], i quali non lascino alcun margine discrezionale al funzionario*»²⁶. In tal modo, quindi, dovrebbero escludersi dal raggio dell'incriminazione: l'inosservanza delle norme meramente procedimentali, la trasgressione delle norme poste da fonte subprimaria, la violazione dell'art. 97 Cost. e l'eccesso di potere²⁷.

Tuttavia, a fronte delle aspirazioni selettive sottese all'operazione di riscrittura della disposizione, sono comunque rinvenibili profili di approssimazione redazionale utilizzabili ermeneuticamente per rinvigorire una incontrollata carica repressiva della figura delittuosa. Basti pensare al fatto che viene cambiata la prima modalità di condotta, ma la seconda alternativa tipica (ossia la 'omessa astensione') rimane immutata.

Ma proviamo ora a delineare in maniera più completa un primo quadro degli elementi di debolezza normativa che caratterizzano l'odierna disposizione.

In primo luogo, non viene precisato che le regole comportamentali violate debbano essere connotate da una specifica correlazione funzionale rispetto al ruolo esercitato dal pubblico agente (norme attinenti al suo settore di appartenenza e alla sua specifica attività) e rispetto all'evento verificatosi (secondo il canone del 'nesso di rischio'). Da ciò discendendo una possibile, persistente rilevanza tanto delle mere irregolarità quanto delle violazioni di norme che, pur avendo grado legislativo, siano, tuttavia, teleologicamente prive

²⁵ In argomento, vedi le incisive considerazioni di A.R. CASTALDO, *Prefazione*, in ID. (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, pp. XV-XVII.

²⁶ V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, in www.discrimen.it, 14 settembre 2020, p. 10.

²⁷ Vedi *ibidem*.

di valenza/efficacia prevenzionistica rispetto alla classe tipologica di effetti in cui si iscrive l'evento asseritamente occorso²⁸.

In secondo luogo, la riforma non risolve il problema delle possibili implementazioni sublegislative del concetto normativo di *violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge*, visto che, ancora oggi, l'ermeneuta potrebbe sostenere la tipicità della condotta in presenza della trasgressione di regole comportamentali poste da fonti di rango secondario, basandosi sul presupposto argomentativo che, comunque, la legge ne legittima l'emanazione e ne impone l'osservanza. Insomma, seguendo tale strada interpretativa, la violazione delle prescrizioni contenute in un bando concorsuale o in un piano regolatore si convertirebbe, comunque, in violazione della legge che impone il rispetto di dette (specifiche) prescrizioni²⁹ (secondo quel meccanismo che la dottrina riconduce allo schema della 'norma interposta'³⁰) e, dunque, integrerebbe gli estremi della condotta tipica nella sua prima, possibile forma.

Ancora, non viene definita l'area di discrezionalità sottratta all'art. 323. La norma evoca regole di condotta legali *dalle quali non residuino margini di discrezionalità*. Formula, quest'ultima, «semanticamente ambigua, perché espressa in forma negativa»³¹ ma che, se interpretata nella sua portata letterale oltretutto corroborata dalla volontà storica dei compilatori, sembrerebbe rimuovere dall'area dell'incriminazione le attività amministrative discrezionali così da escludere la rilevanza dello sviamento di potere ai fini della integrazione della prima condotta di abuso³². Tuttavia, queste *regole di condotta dalle quali non residuino margini di discrezionalità* potrebbero essere declinate con differente ampiezza³³, così determinando una diversa modulazione dei confini della corrispondente sottofattispecie incardinata – sia consentita l'espressione di sintesi – sulla 'violazione di legge'. Infatti, l'interprete potrebbe restringere l'ambito delle attività discrezionali, allargando (di converso) quello delle attività vincolate, in modo da mantenere nel fuoco del

²⁸ Il che, per esempio, spiega la posizione di chi sostiene che sarebbe stato preferibile selezionare le 'regole di condotta' anche in base alla loro attinenza alle funzioni esercitate (o al servizio svolto) dal pubblico agente (vedi G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., § 4.2). Diversamente, A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in www.sistemapenale.it, 20 novembre 2020, p. 7, pur riconoscendo che l'assenza di riferimento al citato nesso di rischio non preclude la rilevanza (sussistendone gli altri requisiti) delle infrazioni di regole a contenuto procedimentale, afferma che comunque la previsione della necessaria specificità della regola di condotta ne implica pure «la necessaria attinenza alla funzione esercitata dall'agente, posto che l'art. 323 c.p. continua a richiedere un nesso di attualità e pertinenza tra norme violate e funzione esercitata».

²⁹ Vedi V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 12.

³⁰ Sul punto, vedi A. MANNA – G. SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, in www.laegislazionepenale.eu, 17 dicembre 2020, pp. 6-9.

³¹ M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, n. 7/2020, p. 142.

³² Vedi *ivi*, p. 149.

³³ D'altronde, la ricostruzione interpretativa di tale categoria di regole costituisce attività, a sua volta, caratterizzata da una inevitabile discrezionalità intellettuale... Vedi, in proposito, A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 8.

sindacato penale tutte quelle ipotesi nelle quali l'atto posto in essere dal pubblico agente «non concretizzi una delle possibili *opzioni consentite* dalla norma attributiva del potere»³⁴.

E il tema della discrezionalità, interagendo con la duplicità morfologica della condotta tipica, induce ad ulteriori considerazioni.

Incisivamente, si è osservato che la figura delittuosa è stata trasformata in «un irrocervo dalle fattezze mostruose»³⁵.

Come anticipato, la riforma ha, infatti, investito la parte riguardante la 'violazione di norme di legge o di regolamento' ma non ha toccato l'altra versione della condotta tipica, consistente nella violazione dell'obbligo di astenersi *in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti*. Pertanto, se dalla prima modalità realizzativa sono state espunte le attività discrezionali, la rilevanza delle stesse è rimasta inalterata in relazione alla seconda forma di abuso, posto che la configurazione dell'obbligo di astenersi presuppone che al decisore pubblico spetti, in generale, un potere discrezionale dal cui esercizio è chiamato a desistere, vista la ricorrenza di situazioni capaci di incidere sulla imparzialità della sua valutazione. E in effetti, sarebbe chiaramente irrazionale l'imposizione di un dovere di astensione ricordato ad un'attività integralmente vincolata, rispetto alla quale (cioè) non vi sia spazio per valutazioni e scelte. In caso di attività vincolata, infatti, sussistendo i presupposti tassativizzati dalla legge, il compimento dell'atto costituisce, per il pubblico agente, l'oggetto di una situazione soggettiva doverosa sicché egli è tenuto ad emanarlo a prescindere dalla identità soggettiva del destinatario, e quindi anche se si tratta di un parente³⁶.

Dunque, stando così le cose, l'omessa astensione presuppone la titolarità di un potere discrezionale in capo al decisore pubblico. Ma questo significa che vi è un lato della fattispecie ancora aperto alle incursioni penalistiche nel campo della discrezionalità amministrativa. Lato che, da un punto di vista tattico-giudiziario, potrebbe ora essere sfruttato in maniera privilegiata per dare impulso ad esplorazioni a più ampio raggio, facendovi trasmigrare ipotesi non più riconducibili all'ambito applicativo sotteso alla previgente 'violazione di norme di legge o di regolamento'. E, d'altronde, versandosi in situazioni sicuramente caratterizzate, sul piano fenomenologico, dall'esercizio di attività a carattere discrezionale, è possibile che la giurisprudenza non solo faccia ricorso alle previsioni contenute in fonti sublegislative, ma altresì faccia rientrare in questa area di tipicità incentrata sulla sussistenza di un conflitto di interessi anche le ipotesi di eccesso di potere (invece allontanate dai confini della prima condotta 'abusiva')³⁷. E la 'storia

³⁴ V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 11, nota 62.

³⁵ T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 7-8, 2020, p. 8.

³⁶ Vedi *ivi*, pp. 10-11.

³⁷ Cfr. M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale*, cit., p. 151.

normativa' dell'abuso d'ufficio ci insegna che le ambiguità redazionali possono essere agevolmente usate in sede giudiziaria per legittimare pratiche ermeneutiche di segno punitivista.

Il ritaglio della prima sottofattispecie produce, poi, una evidente asimmetria rispetto alla disciplina della 'mancata osservanza dell'astensione doverosa' anche in punto di declinazione categoriale delle possibili fonti precettive. Infatti, ai fini della configurabilità dell'abuso incentrato sull'omissione dell'obbligo di astenersi, non occorre che vi sia l'infrazione di una specifica previsione di fonte primaria così come è, invece, necessario perché si profili la 'violazione di [...] regole di condotta' nei termini tipizzati dalla 'novella'. E questa combinazione di eterogeneità formale e contenutistica (tra i due volti della condotta) trova la sua più evidente espressione nella clausola di chiusura. Difatti, rimane sullo sfondo la locuzione "*negli altri casi prescritti*" nella quale, per via giurisprudenziale, potrebbero trovare ingresso tutti i parametri che la riforma ha inteso allontanare dal perimetro categoriale delle possibili fonti alla cui inosservanza viene associata la prima sottofattispecie³⁸.

Per un verso – guardando verso l'alto della piramide delle fonti di produzione giuridica –, l'art. 97 Cost., benché formalmente espunto dal paradigma qualificativo della prima *species* comportamentale, potrebbe nondimeno assumere rilevanza nella individuazione della condotta di 'omessa astensione'. Nel dettaglio, l'inosservanza del principio di imparzialità (data dalla deviazione dell'esercizio della pubblica funzione verso il perseguimento di fini privatistici), pur non essendo più configurabile come 'violazione di legge', potrebbe tuttavia essere intesa come omissione dell'obbligo astensivo incombente sul pubblico agente in presenza di interessi egoistici confliggenti con lo scopo istituzionalmente assegnatogli, con ciò perpetuandosi un patologico sindacato penale sul merito dell'attività amministrativa³⁹.

E per altro verso – guardando verso il basso della gerarchia ordinamentale –, anche le fonti secondarie, a loro volta, continuano comunque ad alimentare la fattispecie penale *de qua* visto che, in ragione del carattere 'aperto' e non selettivo delle coordinate giuridiche di ricostruzione delle situazioni che impongono al soggetto pubblico di non intervenire (gli '*altri casi prescritti*'), possono fornire – così come, costantemente e pletoricamente, facevano già prima della riforma – le previsioni delle ipotesi di conflitto di interessi sulle quali si incardina il dovere di astenersi posto alla base della corrispondente condotta di abuso⁴⁰.

Ma un'ermeneutica di impostazione punitivista può alimentarsi anche di altre correlazioni inferenziali. Infatti, da un lato, la norma incriminatrice evoca in maniera comunque generica il 'conflitto di interessi', che, pertanto, è suscettibile di (ri)costruzioni interpretative variabili e può, quindi, assumere carattere

³⁸ Vedi G.L. GATTA, *Da 'spazzia-corrotti' a 'basta paura'*, cit., § 4.3.

³⁹ Vedi V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 13.

⁴⁰ Vedi *ivi*, pp. 14-15.

anche solo potenziale⁴¹. Dall'altro, – come detto – il riferimento ampio e non selettivo agli *'altri casi prescritti'* consente che vengano in rilievo anche le previsioni contenute in fonti secondarie: si pensi, emblematicamente, al *'formante ANAC'*⁴².

E non è tutto. Proprio tali fonti *'agenziali'*, prospettando declinazioni aperte e potenziali delle situazioni di conflitto di interessi inerenti all'agire amministrativo, rimandano ad un apprezzamento del caso concreto raccordato ai *'principi di buon andamento e imparzialità'* sanciti dall'art. 97 della Costituzione. E nulla impedisce che lo stesso art. 97 Cost., dopo essere stato estromesso dal novero delle fonti rilevanti ai fini della configurazione della nuova *'violazione di regole di condotta'*, nondimeno possa essere autonomamente utilizzato con riferimento alla *'inosservanza del dovere di astenersi'* quale vero e proprio *«generatore di obblighi di astensione»*⁴³.

Infine, lo scopo di riproporre la perseguibilità penalistica delle ipotesi anteriormente iscritte dalla giurisprudenza nel quadro delle violazioni di norme legislative o regolamentari potrebbe essere coltivato interpretativamente non solo – come visto – all'interno della fattispecie⁴⁴, ma anche all'esterno di essa, attraverso una possibile riscoperta delle virtualità repressive di altri titoli di reato tra i quali si segnala innanzitutto il peculato, la cui *'versione distrattiva'* potrebbe ora essere tacitamente riportata in vita (e si tratterebbe di vita nuovamente autonoma, non più costretta entro i confini dell'art. 323) dalla prassi giudiziaria *«per lo meno ogni qual volta sia in bazzica il maneggio discrezionale di denaro o la destinazione pure discrezionale di risorse pubbliche a favore di terzi»*⁴⁵. Con la conseguenza che sull'amministratore verrebbe ad incombere il ben più preoccupante spettro della *«reclusione da quattro a dieci anni, comminata dall'art. 314 e s., con il ricco cotillon dell'art. 4 bis ord. penit. in malaugurato caso di condanna»*⁴⁶. E, con forzatura ermeneutica strumentale alla attivazione di una potente macchina inquirente, il pubblico ministero potrebbe optare per il ricorso alle potenzialità qualificative/repressive di una iscrizione di tipo corruttivo. Per questo motivo, (prendendo spunto anche da una vicenda recente) si è osservato che *«d'ora*

⁴¹ Vedi ID., *La difesa dall'abuso d'ufficio. Ancora un ritaglio selettivo ex lege 120/2020*, in *www.discrimen.it*, 2 gennaio 2021, p. 7.

⁴² In merito alle *'fonti ANAC'*, vedi, in ambito penalistico, G.M. FLICK, *Governance e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato o viceversa?*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015, (specialmente) pp. 4-5 e V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in *Arch. Pen. (Rivista Web)*, n. 3/2018, (in particolare) pp. 23 ss.

⁴³ V. VALENTINI, *La difesa dall'abuso d'ufficio*, cit., p. 8.

⁴⁴ E questo, in sintesi, sia (con riguardo alla prima modalità realizzativa della condotta) allargando, mediante l'espedito di una vera e propria *'interposizione normativa'*, lo spazio categoriale delle violazioni di regole poste da fonti primarie o espandendo l'ambito delle attività considerabili come vincolate, sia (con riferimento alla seconda alternativa comportamentale) modellando variamente il concetto di *'interesse proprio'* o insinuandosi nella sempre evanescente clausola degli *'altri casi prescritti'*.

⁴⁵ T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., pp. 11-12.

⁴⁶ *Ivi*, p. 12.

in poi, l'atto discrezionale in odore di favoritismo oscillerà pericolosamente tra l'omessa astensione *ex art.* 323 c.p. e la galassia delle fattispecie corruttive»⁴⁷.

In definitiva, già in base ad una prima lettura, può dirsi che se il 'messaggio legislativo' era teso a tranquillizzare gli amministratori così da contrastarne le pratiche di 'burocrazia difensiva', alla resa dei conti bisogna comunque constatare che l'operatività amministrativa è ancora esposta ad un rischio penale dai contorni indefiniti e sfuggenti. E questo, nonostante in sede di comunicazione mediatica relativa al "decreto semplificazioni", il decisore governativo abbia enfaticamente rivendicato di aver «definito in modo più puntuale il reato di abuso d'ufficio, affinché i funzionari pubblici abbiano certezza su quali sono gli specifici comportamenti puniti dalla legge»⁴⁸.

3. I primi segnali giurisprudenziali

Il rischio della riespansione ermeneutica di segno punitivista è dietro l'angolo. Ma quali sono stati i primi passi giurisprudenziali dell'abuso d'ufficio riformato?

La prima sentenza di legittimità successiva alla riforma⁴⁹ conferma, in primo luogo, quanto già rilevato in dottrina. La novella non tocca la seconda condotta alternativa, sicché per quanto riguarda l'inosservanza dell'obbligo di astensione «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»⁵⁰.

Dunque, per la Cassazione, l'obbligo di astensione trova fondamento nella stessa norma penale, che lo configura o in ragione della sussistenza di *un interesse proprio o di un prossimo congiunto*, oppure, *negli altri casi prescritti*, attraverso il rinvio a fonti esterne anche di rango non legislativo.

Ma vi è di più. Senza che vi sia nemmeno la necessità di modulare i confini dell'omessa astensione, è possibile che già le stesse fonti di grado legislativo rilevanti ai fini della configurabilità della (riformata) "violazione..." vengano intese in termini tali da rendere immutato il quadro applicativo della fattispecie. Leggendo, infatti, successiva pronuncia della Suprema Corte⁵¹ troviamo ribadito l'orientamento giurisprudenziale secondo cui – visto il rinvio operato dall'art. 12, comma 1, del d.p.r. n. 380/2001

⁴⁷ A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 10.

⁴⁸ Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 54, 7 luglio 2020.

⁴⁹ Cass., Sez. F., 25 agosto 2020, n. 32174.

⁵⁰ *Ivi*, p. 6.

⁵¹ Cass., Sez. VI, 17 settembre 2020, n. 31873.

(anche) agli strumenti urbanistici quali parametri di legittimità del permesso di costruire – «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 cod. pen.»⁵². Secondo tale impostazione, quindi, i piani urbanistici vanno iscritti nella categoria degli «atti amministrativi generali la cui violazione, in conformità dell’indirizzo ermeneutico consolidato, rappresenta solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica [...], normativa cui deve farsi riferimento, per ritenere concretata la “violazione di legge”, quale dato strutturale della fattispecie delittuosa *ex* art. 323 cod. pen. anche a seguito della modifica normativa»⁵³. Ma questo significa che la nuova nozione di (mutuando l’abbreviazione classificatoria utilizzata dalla Suprema Corte) ‘violazione di legge’ non ha quella capacità di selezione gerarchica che il taglio normativo effettuato dalla riforma aveva di mira, prestandosi infatti ad essere comunque ricostruita in modo da farvi rientrare anche la violazione delle fonti di rango sublegislativo alle quali la norma di legge faccia rinvio.

Merita, infine, di essere segnalata una ulteriore pronuncia della Cassazione⁵⁴ con la quale, pur riconoscendosi l’intervenuto restringimento dell’ambito di operatività della fattispecie con la conseguente instaurazione di un meccanismo diacronico riconducibile al paradigma dell’*abolitio criminis* parziale, si (ri)definiscono in chiave detassativizzante i limiti della irresponsabilità per abuso d’ufficio del pubblico agente che operi in un contesto normativo di discrezionalità amministrativa. Infatti, si precisa che la discrezionalità è sottratta a sindacato penalistico per tale titolo di reato, «sempreché l’esercizio del potere discrezionale non trasmodi tuttavia in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici – c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità – laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito; oppure si sostanzi nell’alternativa modalità della condotta, rimasta penalmente rilevante, dell’inosservanza dell’obbligo di astensione in situazione di conflitto di interessi»⁵⁵. Scontata la seconda precisazione – vista la conformazione ontologicamente discrezionale dello scenario di ‘vita amministrativa’ in cui si inserisce il tema dell’astenersi –, risulta invece dirompente la prima affermazione poiché ripropone la rilevanza dello sviamento/eccesso di potere. L’eterno ritorno...

⁵² *Ivi*, p. 5.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Cass., Sez. VI, 9 dicembre 2020, n. 442.

⁵⁵ *Ivi*, p. 5.

4. Considerazioni finali

All'esito di queste rapide osservazioni emerge, dunque, la inesausta carica dilatatoria comunque insita anche nella nuova formulazione.

Non a caso, vi è chi ha sostenuto che sarebbe stato preferibile conservare la versione precedente provando a fornirne una interpretazione autentica che escludesse il ricorso all'art. 97 Cost. quale parametro qualificativo della condotta⁵⁶; chi, pur invitando – considerato il periodo di imperante populismo penale – ad accontentarsi «della imperfetta riforma, invece di provare a soffocarla nella culla»⁵⁷, nondimeno ha rilevato che, alla luce dei problemi palesati dalla tormentata evoluzione normativa di questa figura criminosa, «forse non era del tutto infondata l'osservazione secondo la quale, piuttosto che lavorare di cesello sul testo [...], sarebbe stato probabilmente preferibile immaginare una abrogazione secca dell'art. 323 c.p., non mancando – nel ricco panorama dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione – altre norme incriminatrici, più specifiche e severe, che avrebbero potuto punire singole condotte»⁵⁸; e chi⁵⁹ ha ripreso precedente proposta abrogativa orientata (in ossequio alla configurazione deonticamente sussidiaria dell'intervento penale) all'adozione di più efficaci mezzi di tutela di natura extrapenale⁶⁰.

Per altro verso, si è comunque evidenziato che vi sono settori della vita sociale nei quali «l'abuso d'ufficio è l'unica fattispecie in grado di reprimere comportamenti prevaricatori dei pubblici poteri a scapito delle ragioni del cittadino»⁶¹.

Di sicuro, per mettere fine alla 'paura della firma', sarebbe stato opportuno agire innanzitutto in un'ottica sistematica. All'interno del diritto penale della pubblica amministrazione, per porre rimedio alle derive emergenziali che hanno trovato la loro massima espressione nella "spazzacorrotti" (che – come già detto –, a maggior ragione dopo la isolata modifica del 323 c.p., è uno spettro che può materializzarsi nella quotidianità amministrativa per il tramite di geometrie ermeneutiche volte a spostare il baricentro delle eventuali operazioni di qualificazione giudiziaria verso altre e più tette fattispecie criminose). E al di fuori del diritto penale, poiché risulta ormai evidente la profonda crisi che attanaglia l'apparato amministrativo (sempre più indebolito dalla mancanza di un adeguato sistema di controlli interni – carenza che, inevitabilmente, finisce col determinare una patologica connotazione di primarietà/esclusività del

⁵⁶ Vedi G. INSOLERA, *Quod non fecerunt barbarini fecerunt barbari. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76*, in *www.discrimen.it*, 31 luglio 2020, p. 3.

⁵⁷ B. ROMANO, *Il "nuovo" abuso d'ufficio e l'abolitio criminis parziale*, in *www.penaedp.it*, 19 gennaio 2021, § 4.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Vedi A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., pp. 12-13.

⁶⁰ Vedi L. STORTONI, *Intervento*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione*, cit., (in particolare) pp. 120-121.

⁶¹ A. MANNA – G. SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"?*, cit., p. 16.

controllo esercitato dall'autorità giudiziaria penale – e dalla caotica incertezza delle norme che gli amministratori pubblici sono chiamati ad applicare⁶²) e, quindi, appare indispensabile la predisposizione di una seria strategia di prevenzione⁶³, capace di incidere organicamente sui problemi strutturali della pubblica amministrazione⁶⁴.

Ebbene, un intervento normativo sull'abuso d'ufficio può risultare conforme a canoni di razionalità ed efficacia solo se, innanzitutto, vi è la volontà politica di inserirlo in questo più ampio e articolato quadro di riforme.

È, però, chiaro che un programma riformatore di tale portata dovrebbe essere elaborato (con l'auspicabile contributo culturale e critico-propositivo della scienza penalistica⁶⁵) all'interno dei circuiti democratico-costituzionali della dialettica politico-parlamentare. Circuiti che non possono essere oscurati dalle 'piattaforme', dagli accordi di natura privatistica e dalle torsioni monocratiche. Circuiti al di fuori dei quali vi è spazio solo per regressioni premoderne del diritto penale. Circuiti che, dunque, devono essere sempre preservati nella loro effettività, poiché rappresentano le prime, indispensabili *catene* di contenimento razionale e garantistico della forza del *Leviatano*⁶⁶.

⁶² Cfr. T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., pp. 14-15.

⁶³ Sul punto, vedi A.R. CASTALDO, *Prevenire è meglio che reprimere*, in Id., *In ordine sparso. Il diritto penale, oggi*, Torino, 2016, pp. 38-39.

⁶⁴ Vedi S. STAIANO, *Né modello né sistema*, cit., pp. 549-550.

⁶⁵ Per una ricostruzione del dibattito più recente sul ruolo e sulla funzione della scienza penalistica, si rinvia (senza alcuna pretesa di completezza) a M. DONINI, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *www.sistemapenale.it*, 7 settembre 2020; G. FIANDACA, *Legislatore e dottrina penalistica: è ancora possibile un dialogo?*, in *Criminalia*, 2015, pp. 17 ss.; A. MANNA, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in *Arch. Pen.* (Rivista Web), n. 3/2018, (in particolare) pp. 7 ss.; D. PULITANÒ, *La cultura giuridica e la fabbrica delle leggi*, cit.; S. SEMINARA, *Divagazioni sulla nozione di Accademia*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 ottobre 2018.

⁶⁶ La suggestiva metafora dell'«incatenamento del Leviatano» è utilizzata da D. PULITANÒ, *Il penale tra teoria e politica*, in *www.sistemapenale.it*, 9 novembre 2020, p. 4.