

DALLA “BUROCRAZIA DIFENSIVA” ALLA “DIFESA DELLA BUROCRAZIA”? GLI ITINERARI INCONTROLLATI DELLA RIFORMA DELL’ABUSO D’UFFICIO♦

di Adelmo Manna

(Professore ordinario di Diritto penale, Università di Foggia)

e Giandomenico Salcuni

(Professore associato di Diritto penale, Università di Foggia)

SOMMARIO: 1. La contrazione del penalmente rilevante dell’abuso d’ufficio a seguito del Decreto semplificazioni - 2. La riforma del 1997 e quella del 2020, finalità analoghe con epiloghi diversi - 3. La violazione di regole poste da atti aventi forza di legge - 4. Violazioni di regolamenti. - 5. L’irrilevanza penale dell’eccesso di potere o la sua rilevanza ai sensi della condotta omissiva di abuso? - 6. L’eccesso di potere e la sua penale irrilevanza a seguito della riforma del 2020, pena la violazione del divieto di analogia in *malam partem*- 7. Profili di diritto intertemporale- 8. Conclusioni e prospettive di riforma.

1. L’art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito nella L. 11 settembre 2020, n. 120 modifica la fattispecie di abuso d’ufficio, specificando ulteriormente, rispetto a quanto già iniziato dal legislatore del 1997, la condotta tipica, con il fine di porre termine ad una serie di questioni giuridiche non sopite con la riforma del 1997. La formulazione della condotta di violazione «di norme di legge e di regolamento» è sostituita dalla più selettiva 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». Gli altri elementi di fattispecie restano immutati¹.

♦ Per quanto le riflessioni espresse nel presente contributo siano comuni agli autori, è possibile attribuire la paternità dei §§ nn. 1, 2, 7, 8, al Prof. Adelmo Manna; mentre i §§ nn. 3, 4, 5, 6, al Prof. Giandomenico Salcuni.

¹ Tra i primi commenti, v. 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, 17.7.2020; T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio*, in giurisprudenzapenale.com, 28.7.2020, L. Stortoni, *La tutela penale della pubblica amministrazione: prima ratio?*, in *Liber amicorum Adelmo Manna*, a cura di V. Plantamura, G. Salcuni, Pisa, 2020, 649 ss.; V. Valentini, [La legislazione penale](http://www.sistemapenale.it)

L'obiettivo dichiarato da più parti² è quello di circoscrivere l'area dell'abuso d'ufficio penalmente rilevante, espungendo, forse per la volta buona, l'eccesso di potere, operazione non riuscita dalla riforma del 1997. L'eccesso di potere è infatti rientrato nella tipicità della fattispecie attraverso il richiamo a norme generalissime, come l'art. 97 della Cost., oppure, considerando abuso penalmente rilevante anche la frustrazione della *ratio* della disposizione. La burocrazia difensiva, la paura della firma e l'immobilismo di alcuni settori della PA sono i mali contro cui questa riforma si scaglia³. I funzionari pubblici non possono operare nella paura e non possono essere abbandonati a loro stessi, devono poter "sbloccare lavori" e spese per far ripartire l'economia del Paese⁴. Da una politica criminale di lotta senza quartiere al malaffare, con la l. 3 del 2019, si passa ad una legge espressione di una politica criminale opposta di assicurazione dei pubblici agenti.

2. Non può però non chiedersi comunque come sia possibile che la riforma del 1990, quella del 1997, infine, quella del 2020 siano animate dalla stessa finalità politico criminale, segno evidente del fallimento dei precedenti interventi legislativi⁵. In realtà, se per la riforma del 1990 ci si può riferire più correttamente ad un difetto di tecnica legislativa imputabile al legislatore che ha descritto una norma a maglie larghe non

Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio, in *disCrimen.it*, 14.9.2020, 3; A. Perin, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in *LP*, 23.10.2020, 5 ss.; 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 *www.sistemapenale.it*, 29.7.2020, 138.; F. Coppola, *Abuso d'ufficio: appunti per una possibile riforma dai lavori della Law Commission sulla common law offence of Misconduct in Public Office*, in *www.archiviopenale.it*, 18.6.2020, 13 ss.; A. Natalini, *Nuovo abuso d'ufficio, il rischio è un'incriminazione "fantasma" – Sanzioni penali*, in *GD*, 24.10.2020, 76 ss.; G.L. Gatta, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, in *Sistema Penale*, 2.12.2020.

² S. Errani, E. Franzese, *Cantone: si deve limitare il reato di abuso d'ufficio*, in *Il Messaggero*, 8 settembre 2017, in dottrina si veda la recente proposta di riforma c.d. Castaldo, Naddeo: A. Castaldo, *L'abuso penalmente rilevante nel mercato economico-finanziario e nella pubblica amministrazione*, in *RTrimDPenEc*, 2018, 89 ss.; M. Naddeo, *Abuso d'ufficio: tipicità umbratile o legalità crepuscolare del diritto vivente? Dogmatica di categorie e struttura del tipo nella prospettiva de lege ferenda*, in *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, a cura di A. Castaldo, Torino 2018, 34.

³ Sul tema della burocrazia difensiva v. G. Marra, *Extrema ratio ed ordini sociali spontanei: Un criterio di sindacato sulle fattispecie penali eccessive*, Torino, 2018, 148; nonché V. Manes, *Semplificare l'abuso d'ufficio. "Bene il governo, ma la discrezionalità è sempre dei pm"*, in *www.ilfoglio.it*, 15.7.2020; *Burocrazia difensiva, molte cause e poche condanne ma l'abuso d'ufficio frena la PA*, in *www.ilsole24ore.com*, 15.7.2020; A. Merlo, *L'abuso di ufficio tra legge e giudice*, Torino, 2019, *passim*.

⁴ In effetti, già con il decreto sblocca cantieri ci si mosse verso una velocizzazione delle procedure, anche se l'entrata in vigore del nuovo regolamento unico appalti, in quanto regolamento in senso formale, avrebbe comportato la riespansione dell'art. 323, a seguito dell'abolizione della soft law data l'abolizione delle linee guida ANAC, v. G. Salcuni, *La "disciplina altrove". L'abuso d'ufficio tra regolamenti e formazione flessibile*, Napoli, 2019; inoltre sulle linee guida ANAC e la loro potenziale rilevanza ai sensi dell'art. 323, v. V. Valentini, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in *www.archiviopenale.it*, 18.9.2018, 17; G. Gallone, *La prevenzione amministrativa del rischio corruzione*, in *Dir. dell'econ.*, 2018, 349 ss.

⁵ T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 2.

dissimile dai precedenti interesse privato ed abuso innominato, per la riforma del 1997 è stata l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale che, sfruttando spazi più o meno "angusti" del testo codicistico, ha permesso una gestione della penalità molto simile rispetto al passato. Non a caso, la gestione del diritto intertemporale fra le varie mutazioni dell'art. 323 Cp è sempre stata lasciata all'art. 2 co. 4, anziché all'art. 2 co. 2 Cp, pur mostrando le nuove mutazioni dell'abuso d'ufficio elementi di discontinuità rispetto al passato. La gestione del fenomeno intertemporale è un dato comunque significativo della volontà, quantomeno giurisprudenziale, di non modificare di molto l'allocatione penalistica presente nella riforma del 1990.

Se volessimo sintetizzare i passaggi dalla l. 86 del 90 alla legge del 1997⁶, potremmo affermare che l'eccesso di potere, magari non *tout court*, ma soltanto nella sua accezione di sviamento di potere, continua anch'essa ad essere penalmente rilevante⁷. La violazione delle norme procedurali continua ad essere penalmente rilevante, solo se in grado di causare gli eventi tipici della norma⁸. Le norme generalissime e, fra queste, l'art. 97 della Cost., rientra nella nozione di norme di legge di cui all'art. 323, dato che la disposizione codicistica utilizza l'espressione violazione di norme e non violazione di legge⁹. Questi ed altri argomenti hanno portato ad una erosione della tipicità dell'art. 323 Cp¹⁰, cambiando poco o nulla rispetto al passato, considerando che l'unico vero elemento di selezione del penalmente rilevante è costituito dal dolo intenzionale. Tant'è che, criticando l'utilizzo di questa forma di dolo, in base ad una strategia ermeneutica "del sospetto", si è fatto riferimento ad un'autentica *sterilizzazione* della fattispecie, tale da espungere da essa le condotte maggiormente pericolose per il buon andamento della Pubblica Amministrazione¹¹.

Con riferimento alla tesi della sindacabilità penale dell'eccesso di potere *ex art.*

⁶ Per un'ampia sintesi dei lavori parlamentari che hanno condotto alla novella del 1997 cfr. A. Manna, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, 17 ss.; per un quadro storico, v. A. Manna, *Profili storico-comparatistici dell'abuso d'ufficio*, in *RIDPP*, 2001, 1201 ss.

⁷ Cass. S.U. 29.9.2011, n. 155, Rossi, in *CEDCass*, m. 251498.

⁸ F. Rotondo, *Linee guida ANAC ed abuso d'ufficio: principio di legalità e modifiche mediate della fattispecie incriminatrice*, in *www.penaledp.it*, 13.5.2020, 302.

⁹ M. Gambardella, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002, 241 ss.

¹⁰ Per una analisi dell'art. 323 Cp e delle sue problematiche pre-riforma del 2020, v. C. Benussi, *I delitti contro la P.A.*, I, Padova, 2001, 549 s.; M. Catenacci, *Abuso d'ufficio*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, in F. Palazzo e C. E. Paliero (a cura di), vol. V, Torino 2011, 119 ss.; C. F. Grosso, *L'“abuso innominato di autorità” nel pensiero di Francesco Carrara*, in *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Atti della prima Giornata di Studio, Lucca, 29.11.1997, Milano 2000, 121 s.; G. Licci, *Figure del diritto penale. Una introduzione al sistema punitivo italiano*, Torino 2010, 24 ss.; V. Manes, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *FI* 1998, 390 ss.; A. Manna, *Considerazioni in tema di abuso di ufficio*, in M. Catenacci, G. Marconi, *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, Torino 2009, 88 ss.; A. M. Stile, C. Cupelli, *Abuso d'ufficio*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006, 36 ss.

¹¹ In tal senso v. A. Manna, *Abuso*, cit., 29 ss.

323 Cp, dopo una prima eclissi nella giurisprudenza immediatamente successiva alla novella del 1997, riapparve e ben presto prevalse nel diritto vivente¹² sulla scia di alcune sollecitazioni dottrinali, le quali avevano evidenziato come esercitare un pubblico potere in maniera distorta rispetto al fine per cui il predetto potere è stato conferito ad un pubblico funzionario significhi violare la *ratio* del precetto attributivo¹³. Per tale via, cioè in virtù di una interpretazione teleologica, si qualificavano molti dei casi di eccesso di potere come violazioni di norme di legge, pertanto sussumibili nel paradigma dell'art. 323 Cp¹⁴.

A tale esegesi della disposizione in esame ha senza dubbio “reagito” il legislatore del 2020 con l'art. 23 del d.l. 76 del 2020, convertito dalla legge 120 del 2020, che ha riformulato la fattispecie *proprio allo scopo* (come si evince dai lavori preparatori) di espungere l'eccesso di potere dall'area del penalmente apprezzabile ex art. 323 Cp, e tanto allo scopo di *rassicurare i pubblici funzionari* e far cessare quella che si riteneva essere una vera e propria *fuga dalle responsabilità e dall'adozione di atti amministrativi* motivata dal timore di essere sottoposti a procedimento penale per una patologia dell'agire amministrativo, quale eccesso di potere, dai contorni estremamente vaghi e opinabili. Come si può constatare, nulla di troppo diverso dalle *rationes* della riforma del 1997. Questa volta, però, il legislatore sembra aver raggiunto l'obiettivo, probabilmente con una formulazione della disposizione “rozza”, risultato che sarebbe stato possibile raggiungere, mantenendo inalterata la precedente formulazione dell'art. 323 Cp, ma con una legge di interpretazione autentica che chiarisse il significato penalistico della violazione di norme di leggi o regolamenti¹⁵.

3. La prima condotta tipizzata è quella posta in essere «in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge». La *ratio* della limitazione del paradigma normativo per l'individuazione del comportamento vietato è da rinvenirsi nel soddisfacimento di esigenze di certezza e stabilità del precetto¹⁶.

¹²Esercitare un potere per un fine diverso da quello per cui è attribuito integra una violazione di legge penalmente rilevante ex art.323 c.p. per Cass. 13.4.2018, n. 19519, Filzola, in *CED Cass.*, n. 273099; Cass. 13.3.2014, n. 32237, Novi, in *CEDCass.*, 260428. Ma già, autorevolmente, Cass. Sez. Un. 29 settembre 2011, n. 155, cit.

¹³E Infante, *Abuso di ufficio*, in *Trattato di diritto penale. I delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino, 2008, 320 s.; *contra* C. Silva, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova, 2014, 170

¹⁴Per una analisi anche in chiave critica di questa prospettiva, v. G. Salcuni, *op. cit.*, 160.

¹⁵G. Insolera, *Quod non fecerunt Barberini fecerunt Barbari. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76*, in *Liber amicorum Adelmo Manna*, cit., 391 ss.

¹⁶In tal senso cfr. A. di Martino, *Abuso d'ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. Bondi, A. di Martino e G. Fornasari, Torino 2008, 243 ss.; C. Benussi, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I, 1, I delitti dei pubblici ufficiali*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, Padova, 2013, 571.

È agevole individuare cosa compone tale categoria: leggi costituzionali, parlamentari, regionali, decreti legislativi, decreti legge, leggi emanate dalle province autonome di Trento e Bolzano.

Tutte le norme di legge così individuate possono integrare l'art. 323 Cp o le stesse devono possedere ulteriori requisiti per assolvere a tale compito? In altri termini, oltre al criterio delimitativo formale dell'occupare il rango delle leggi nella gerarchia delle fonti, ve ne è anche uno strutturale che contribuisca a selezionare il novero delle norme la cui violazione integra la condotta dell'art.323 Cp? Dopo la novella del 2020 bisogna rispondere affermativamente al quesito ed espungere dalle "norme di legge" rilevanti ex art.323 Cp quelle aventi un contenuto di principio o generico nonché le clausole generali: sono ora suscettibili di integrare il tipo delittuoso soltanto le norme di legge prescrittive specifiche e ben dettagliate modalità di condotta¹⁷; tanto è imposto dalla riforma legislativa che impernia ora la condotta sulla violazione di *specifiche regole di condotta espressamente previste* dalla legge o da atti aventi forza di legge.

Analizzando la casistica giurisprudenziale, violazioni di norme di legge sono state riscontrate nell'inosservanza del dovere di motivazione che l'art. 3 della l. 241 del 1990 pone in generale per gli atti amministrativi¹⁸; nella condotta dell'amministratore di una AUSL che, per l'affidamento di un appalto, contatta una sola azienda e non almeno tre, come imposto dalla legislazione di settore¹⁹; nella condotta di un commissario di esami che riveli ad un candidato il titolo di una prova scritta, violando il dovere del segreto per i dipendenti della P.A. statuito dall'art. 28 della l. 241 del 1990²⁰; nella condotta del sindaco che adotta ordinanza di necessità e di urgenza in assenza delle predette condizioni, e, dunque, in violazione dei precetti legislativi che a tali presupposti subordina l'adozione di tali ordinanze²¹.

Limitare l'abuso d'ufficio alle sole violazioni di specifiche ed espresse regole di condotta vuole escludere la penale rilevanza della violazione di norme generalissime e costituzionali. Il tema è quello relativo alla violazione dell'art. 97 Cost., interpretazione che tramuterebbe l'art. 323 Cp da reato a condotta vincolata in reato d'evento a forma libera²². Che il legislatore sia riuscito nel suo intento non è da scommetterci. In effetti, l'art. 97 della Cost. nella parte in cui richiama il buon andamento non pone una

¹⁷ C. Cupelli, *L'abuso d'ufficio*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di B. Romano, A. Marandola, Torino 2020, 291 ss.

¹⁸ Cass., 19.11.1999, Stagno D'Alcontres, in *CEDCass* 215278.

¹⁹ Cass., 23.11.1998, De Simone, in *CEDCass* 213034.

²⁰ Cass., 27.8.1999, Cianetti, in *CP*, 2000, 2245.

²¹ Trib. Taranto, 19.3.1999, Cito, in *FI*, 2000, II, 487.

²² Cass. 27.10.2015, n. 46096, Giorgino, in *CEDCass* 265464; Cass. 21.2.2019, 22871, Vezzola, in *CEDCass* 275985; Cass. 2.4.2015, n. 27816, Di Febo, in *CEDCass* 263933.

specifica regola di condotta, ma laddove richiama l'imparzialità potrebbe sostenersi, come già accadeva, la natura immediatamente precettiva della disposizione costituzionale²³.

Non si ritiene che la nuova formulazione legislativa abbia inciso sulla rilevanza penale delle norme procedimentali, almeno nella misura in cui queste tipizzano la condotta che il pubblico agente deve tenere e risultino causali rispetto agli eventi tipizzati. In altri termini, entrambe le formulazioni dell'art. 323 Cp (quella del 1997 e quella del 2020) consentono, proprio perché descritto in termini causalistici, la penale rilevanza di tutte quelle regole di condotta, anche procedimentali, che abbiano incidenza eziologica sugli eventi²⁴. Ad esempio, anche l'obbligo di motivazione non rileverà sempre e comunque nel caso di violazione, ma solo nel caso di violazione che sia causale. Ed è ovvio che intanto sarà causale in quanto vi sarà almeno una massima di esperienza che possa far sostenere che in una certa tipologia di casi se si motiva non si può conseguire un certo risultato. E dunque se il risultato *de facto* conseguito è dipeso dall'assenza di motivazione, è già integrato il reato.

4. Prima della riforma del luglio 2020 rilevavano pure le violazioni delle norme regolamentari. Con il d.l. 76 del 2020 le infrazioni ai regolamenti sono state depenalizzate, almeno questa è la volontà del legislatore ispirata da alcune prese di posizione della dottrina²⁵. Tale conclusione appare però affrettata, perché, oltre alle regole di condotta poste dalla legge, riteniamo che – pure dopo la novella del 2020 – fonti inferiori alla legge, tanto regolamentari quanto sub-regolamentari, possano integrare il fatto di reato *qualora la loro osservanza sia espressamente prevista da una norma di legge*²⁶. La dottrina giunge a questa conclusione valorizzando due percorsi argomentativi, in parte sovrapponibili.

Per alcuni ²⁷ la penale rilevanza delle fonti *sub*-primarie avverrebbe richiamandosi alla teoria della norma interposta, oggetto di specifica elaborazione dei costituzionalisti a proposito delle leggi ordinarie che attuano un precetto

²³ G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit.; G. Amato, *Abuso d'ufficio meno azioni punibili, così la nuova riforma svuota il reato*, in *GD*, 8 agosto 2020, nn. 34/35, p. 30 ss.

²⁴ A. Tesaro, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, Torino, 2002, 211 ss.; G. Amato, *Abuso d'ufficio meno azioni punibili*, cit., 30 ss.

²⁵ A. Castaldo, *Prefazione*, in Id. (a cura di), *Migliorare la performance della PA*, Torino, 2018, XV; Id., *Porque es necesario reformar el delito de abuso de poder*, in *Estudios de Derecho penal, Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Montevideo – Buenos Aires, 2017, 1053 ss.; S. Massi, *Parametri formali e "violazione di legge" nell'abuso d'ufficio*, in *www.archiviopenale.it*, 5.2.2019, 5 ss., 14 ss.; R. Rampioni, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, in *Questioni Fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di A. Fiorella, Torino, 2019, 800; A. Merlo, *L'abuso di ufficio tra legge e giudice*, Torino, 2019, 273 ss.

²⁶ G. Salcuni, *op. cit.*, 165 ss.

²⁷ E. Infante, *op. cit.*, 325 ss.

costituzionale (e la cui violazione si traduce, quindi, nella violazione della norma costituzionale) ma che, a ben considerare, è moneta corrente in pressoché ogni ramo dell'ordinamento: essa permette ai civilisti di riscontrare un illecito contrattuale (cioè la violazione degli articoli del codice civile disciplinanti gli obblighi contrattuali) analizzando il contenuto del singolo negozio giuridico, consente ai penalisti di ritenere integrato il reato di cui all'art. 650 Cp o qualsiasi altro reato informato al modello ingiunzionale ogni qual volta è violato il provvedimento od il contratto cui l'incriminazione rinvia. Ed ancora, è questo il meccanismo che permette di ritenere perfezionato un illecito colposo qualora sia violata la regola cautelare cui esso rinvia²⁸.

Tale impostazione, del resto, da tempo è *jus receptum* in giurisprudenza per quanto attiene all'attività urbanistica: si è giunti alla conclusione per cui il rilascio di titoli abilitativi illegittimi comporta sempre violazione di legge, e, per la precisione, dell'art.12 del DPR 380 del 2001, il Testo Unico dell'Edilizia, che impone l'osservanza di tutti gli strumenti urbanistici.

Invero, su di un piano più generale, non pare debba rinunziarsi alla protezione offerta dall'art. 323 Cp ogni qual volta può rinvenirsi una norma di legge che espressamente imponga l'osservanza di una data disciplina: nel caso di inosservanza della disciplina cui si rinvia risulterà pur sempre violata la norma che ad essa fa riferimento.

Questo orientamento risulta condiviso anche dalla dottrina prevalente²⁹, mentre voci minoritarie osservano che il rinvio a fonti *sub-regolamentari* non univocamente indicate dalla legge violerebbe il principio di determinatezza³⁰. Detta critica non persuade, specie dopo la novella del 2020, poiché essa richiede ora la violazione di *specifiche* regole di condotte *espressamente* previste dalla legge o da atto avente forza di legge. Un precetto che statuisca che “*si deve osservare la disciplina X*” pare soddisfare i requisiti della specificità e della espressa previsione. In altri termini: se il rinvio generico a fonti subordinate permesso dalla precedente formulazione legislativa poteva indurre taluno a dubitare circa la tassatività dell'incriminazione, dopo il d.l. 76 del 2020 non si vede per quale ragione non possa essere rilevante

²⁸ E. Infante, op. cit., 327.

²⁹ M. Romano, *Abuso d'ufficio*, in *Commentario sistematico. I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2006, 266; G. Salcuni, *La “disciplina altrove”*, cit., 217 ss.

³⁰ Così si esprime A Di Martino, *Abuso*, cit., 251. Comunque critici sulla rilevanza penale della violazione dei regolamenti in una prospettiva più generale di riforma dell'art. 323 Cp, v. A. R. Castaldo, *Il reato di abuso d'ufficio: caos normativo, inefficienza della P.A.*, in *Quotidiano giuridico*, 26 marzo 2019, 1; Id, *Contro la corruzione una burocrazia rapida e trasparente*, in *In ordine sparso. Il diritto penale, oggi*, Torino 2016, 31; e con riferimento espresso alle indispensabili prospettive di riforma dell'abuso d'ufficio, Id, *Abuso d'ufficio, la riforma che serve per rilanciare la PA*, in *I Commenti del Mattino*, 14 ottobre 2017, 51. Sul punto, le interessanti considerazioni di C. Cupelli, *L'abuso d'ufficio*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di B. Romano e A. Marandola, Torino, 2020, 291 ss.

penalmente la violazione di un precetto composto dal rinvio *specifico ed espresso* ad una disciplina subordinata. Da ciò discende che deve essere ben individuata, già a livello legislativo, la normazione sub-legislativa oggetto di richiamo (come accade, ad esempio, con l'art. 12 DPR 380 del 2001). Se tuttavia così è, cadono definitivamente i dubbi di violazione del principio di precisione. È possibile rinviare legislativamente a fonti ed atti subordinati in maniera univoca (specificata ed espressa nella terminologia del legislatore del 2020); la teoria della norma interposta può allora ben essere utilizzata per ricostruire le condotte vietate dall'art. 323 Cp: non solo le violazioni di specifici precetti interamente posti dalla legge ma pure quelli di discipline di cui specifiche norme di legge espressamente impongono l'osservanza. La violazione del regolamento, che espressamente rinvia alla fonte subordinata per la sua concretizzazione, si risolve in violazione mediata della legge che attribuisce alla P.A. il potere di emanare il regolamento. Così PRG, Linee Guida ANAC, risultavano integrare la norma penale non già come violazione di regolamento, ma violazione mediata di legge³¹.

Le linee guida vincolanti sono norme dotate di un requisito di accessorialità rispetto al d.lgs. 50 del 2016 (da ora Codice Appalti) perché integrano, chiariscono, attuano i precetti normativi in esso contenuti. La legge prescrive, in alcuni casi, la vincolatività delle linee guida (art. 1, co. 1, lett. t) l. 11/2016), perciò la violazione di queste ultime integra in via mediata la violazione della legge³². La violazione di linee guida ANAC rileva dunque alla stregua di quello che accade per le circolari, per i PRG, per gli statuti comunali, attraverso la violazione mediata di norme di legge³³. La violazione delle linee guida vincolanti si tradurrebbe in una violazione mediata di legge, dal momento che il ruolo delle linee guida è quello di integrare e specificare quanto a livello generale indicato nel CAP³⁴. La violazione mediata di legge vale anche

³¹ G. Salcuni, *op. cit.*, 179 ss.

³² G. Salcuni, *op. cit.*, 180 -181. In senso critico: M. Donini, *Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo" di riforma dell'art. 323 c.p. La ricerca di un'ultima ratio ancora più tassativa contro il trend generale dell'espansione penalistica*, in Castaldo (a cura di), *Migliorare le performance*, cit., 94 ss.

³³ E. Infante, *op. cit.*, 326 ss.; G. Ruggiero, *Abuso d'ufficio*, in *Reati contro la Pubblica amministrazione*, a cura di C. F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano 2015, 359; R. Riz, *L'abuso d'ufficio nella pianificazione urbanistica*, in AA.VV., *Studi in onore di Giandomenico Pisapia*, Milano, 2000, 875; con importanti distinzioni, pur ammettendo la legittimità di una simile interpretazione, v. A. Vallini, A. Di Martino, *Abuso d'ufficio*, in F. C. Palazzo (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2011, 280 ss.

³⁴ V. Manuali, *Linee guida ANAC e abuso d'ufficio*, in *GiustAmm.it*, 2018, 1 ss.; I sostenitori di questa tesi in ambito penalistico affermano che si tratterebbe dell'«*applicazione della teorica della norma interposta, elaborata dai costituzionalisti a proposito delle leggi ordinarie che attuano un precetto costituzionale e la cui violazione si traduce, quindi, nella violazione della norma costituzionale*», v. E. Infante, *Abuso d'ufficio*, cit., 326. Una delle applicazioni più note di questa teoria al diritto penale è quella relativa alla natura giuridica degli artt. 1 e 2 Cp, norme di legge ordinaria che presentano la stessa forza dell'art. 25, co. 2, di cui forniscono attuazione maggiormente puntuale. Tesi oggi in parte ripresa per sancire un valore costituzionale all'art. 3 bis Cp e al

laddove l'atto cui si rinvia non sia un atto pubblico, ma un atto privato, purché, ovviamente, di natura obbligatoria. Rinviando espressamente la legge ad un atto subordinato, l'inosservanza di quest'ultimo si traduce infatti pur sempre in violazione di legge.

L'attuale formulazione legislativa contiene ancora questa interpretazione, d'altronde, se la norma di legge rinvia espressamente ad un regolamento che puntualizzi, specifichi, concretizzi la regola di condotta, sembra irragionevole l'esclusione *tout court* dei regolamenti dal novero delle fonti normative la cui inosservanza può dar luogo all'abuso d'ufficio³⁵. Di conseguenza la violazione del Regolamento Unico Appalti (RUA), che ai sensi dell'art. 216, co. 27-*octies*, del vigente d.lgs. n. 50/2016 - aggiunto ad opera del d.l. n. 32/2019, convertito con modificazioni dalla L. n. 55/2019, sostituirà le linee guida vincolanti dell'ANAC e si tradurrà in via mediata in una violazione di quelle norme di leggi del codice appalti che richiamano espressamente il RUA che, in forza di questi richiami, integra la disciplina in senso esecutivo ed attuativo, tra cui quella relativa alle procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie³⁶.

5. La limitazione della rilevanza penale altresì alle sole regole che non implicano l'esercizio di un potere discrezionale da parte del soggetto agente vuole escludere dall'abuso d'ufficio le ipotesi di eccesso di potere, sotto forma di sviamento, che ricorre quando nei provvedimenti discrezionali il potere viene esercitato per un fine diverso da quello per cui è attribuito³⁷. Si tratta del superamento dell'orientamento accolto dalla Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza 155 del 2011 che affermava la sussistenza «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

principio di riserva di codice. M. Donini, *La riserva di codice (art. 3 bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, in www.la legislazione penale.eu.

³⁵ G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit. La soluzione legislativa sembra aver recepito l'interpretazione proposta da A. Vallini, A. Di Martino, *Abuso d'ufficio*, cit., 290

³⁶ A. Massari, *La nuova bozza di Regolamento e le novità per gli affidamenti diretti*, in www.appaltiecontratti.it, 18.5.2020; S. Usai, *Il nuovo schema di regolamento enfatizza il ruolo e le responsabilità del RUP (nel sotto soglia) con funzioni anche di commissione di gara) e si introduce la possibilità di rinegoziare l'offerta (prima dell'aggiudicazione)*, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 19/5/2020.

³⁷Cfr., ad es., Cass. 13.4.2018, n. 19519, Filzola, in *CEDCass* 273099; Cass. 13.3.2014, n. 32237, Novi, in *CEDCass* 260428.

schema normativo che ne legittima l'attribuzione»³⁸.

Il legislatore sembra sia riuscito nel suo intento³⁹, in quanto oggi l'eccesso di potere non sembra più penalmente rilevante. Se questa scelta così radicale sia ragionevole è altra e diversa questione, dato che gli abusi, quelli più pericolosi, si annidano spesso nelle maglie della discrezionalità⁴⁰.

Non è condivisibile, innanzitutto, l'assunto che attraverso il sindacato sulla discrezionalità amministrativa, si trasformi in un sindacato sul merito amministrativo, controllo che sarebbe di regola impedito anche al giudice amministrativo. Il giudice penale doveva infatti verificare se ci fosse un vero e proprio merito amministrativo, come tale insindacabile, oppure se dietro quel merito amministrativo vi fosse un merito privato⁴¹. Inoltre, v'è chi precisa come certamente sia insindacabile la vera e propria discrezionalità politica, che riguarda il merito delle scelte di indirizzo, non altrettanto la discrezionalità amministrativa e quella tecnica, che sono in vario modo ancorate a criteri e parametri di esercizio, spesso individuati da regole specifiche ed espresse, contenute in leggi o regolamenti⁴².

Tali lacune di tutela potrebbero spingere la giurisprudenza in futuro, come suggerito dalle prime interpretazioni dottrinali⁴³, a valorizzare la condotta omissiva dell'art. 323, rimasta inalterata. L'omessa astensione infatti non si riferisce soltanto ai casi prescritti da leggi, dunque può rilevare anche in presenza di obblighi previsti da fonti subordinate⁴⁴, ma soprattutto alle regole di condotte caratterizzate da più o meno ampi margini di discrezionalità, consentendo nuovamente di rendere penalmente rilevante l'eccesso di potere. Tali soluzioni non paiono tuttavia condivisibili alla luce del nuovo testo legislativo e sulla scorta delle caratteristiche della condotta omissiva di abuso. In primo luogo, non è affatto scontato che la precisazione per cui l'attività discrezionale non costituisce condotta penalmente rilevante non sia riferibile anche alla condotta omissiva. In effetti, pur avendo la condotta omissiva una formulazione meno stringente rispetto a quella attiva, parte della dottrina ritiene che l'obbligo di

³⁸ Cass. Sez. Un. 29 settembre 2011, n. 155, cit.

³⁹ B. Romano, *Finalmente una spallata all'inutile totem dell'abuso d'ufficio*, in www.ildubbio.news, 1.8.2020.

⁴⁰ M. Donini, *Osservazioni sulla proposta "CastaldoNaddeo" di riforma dell'art. 323 c.p. La ricerca di un'ultima ratio ancora più tassativa contro il trend generale dell'espansione penalistica*, in *Migliorare le performance*, cit., 94, 100; M. Naddeo, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in www.penedp.it, 10.8.2020.

⁴¹ T. Padovani, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *RIDPP* 1989, 88.

⁴² G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit.; M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit.; T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., passim.

⁴³ T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 11; da ultimo A. Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in www.sistemapenale.it, 20 novembre 2020.

⁴⁴ M. Romano, *Abuso d'ufficio*, cit., 265, *contra* N. Pisani, *Abuso d'ufficio*, in *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di S. Canestrari, L. Cornacchia e G. De Simone, Bologna, 2015, 257 ss.

astensione debba essere comunque previsto dalle stesse fonti presupposto della condotta attiva (dunque leggi). La mancata duplicazione del concetto può essere dovuta per evitare una ripetizione e non appesantire la formulazione linguistica della norma. Sarebbe inoltre paradossale escludere la penale rilevanza dell'eccesso di potere dalla condotta attiva, per mantenerla in quella omissiva. L'intento legislativo è abbastanza chiaro nel ritenere che la discrezionalità amministrativa non possa dar vita a fatti penalmente rilevanti. È facile prevedere che nei primi anni applicativi della disposizione possa affermarsi una interpretazione soggettiva e che tenga in considerazione la volontà del legislatore, che non sarebbe nemmeno corretto obliterare del tutto, sostituendosi al legislatore. Sussiste, tuttavia, una ragione per affermare l'impossibilità di utilizzare, estendendo la condotta omissiva, fino a ricomprendere nel penalmente rilevante l'eccesso di potere e, dunque, l'attività discrezionale. L'obbligo di astensione impone infatti di non partecipare alla formazione di un atto o di non compiere una determinata condotta in presenza di alcuni presupposti o in situazioni di conflitto di interessi. Gli obblighi di astensione non impongono al pubblico agente di contemperare diversi interessi, ma in presenza di interessi privati di astenersi. L'utilizzo della condotta omissiva di abuso per colmare eventuali lacune di tutela che si vengono a creare con la nuova formulazione dell'art. 323 integrerebbero così ipotesi di analogia *in malam partem*. Diversa conclusione sarebbe possibile soltanto laddove la condotta fosse descritta in termini di violazione delle norme che regolano il conflitto di interessi (v. *infra*).

6. L'attuale disposizione dell'art. 323 Cp punisce certamente il vizio di violazione di legge e l'incompetenza, che costituisce una *species* del *genus* violazione di legge. Al contrario, per l'eccesso di potere il legislatore fino alla riforma del 2020 non è mai stato in grado di espungerlo dal penalmente rilevante, pur possedendo tutte le novelle precedenti al 2020 questa finalità in omaggio al principio di determinatezza⁴⁵.

L'eccesso di potere viene inteso come inidoneità di un certo provvedimento a realizzare lo scopo per il cui raggiungimento è stato delineato il potere di adottare una data tipologia di atti: sviamento della (concreta modalità di esercizio della) funzione dal suo fine tipico. Tale vizio si è dimostrato utile per sottoporre a sindacato giudiziale le scelte discrezionali della P.A.⁴⁶. La giurisprudenza amministrativa andò tuttavia

⁴⁵ A. Manna, *Abuso*, cit., 31, 71 ss. Esprime un giudizio tutto sommato favorevole sulla riforma del 2020, Vittorio Manes, dal momento che la gestione ermeneutica dei delitti dei pubblici ufficiali contro la PA è stata improntata ad erodere la tipicità delle fattispecie incriminatrici: *Semplificare l'abuso d'ufficio. "Bene il governo, ma la discrezionalità è sempre dei pm"*. Parla Manes, in *Il Foglio*, 15.7.2020.

⁴⁶ Sulla rilevanza penalistica dell'eccesso di potere cfr. A. Pagliaro, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *DPP*, 1999, 111.

oltre, e, di fronte alla difficoltà, in molti casi, di individuare con nettezza l'interesse pubblico cui doveva essere finalizzata l'azione amministrativa (interesse alla cui luce valutare la congruità dell'azione dei pubblici poteri e, dunque, la correttezza degli stessi), ritenne di individuare alcune "spie" di tale eccesso di potere. Si tratta delle cosiddette figure sintomatiche: contraddittorietà della motivazione del provvedimento, disparità di trattamento, travisamento dei fatti posti a fondamento di una data decisione amministrativa, difetto di istruttoria, violazione delle circolari, illogicità delle statuizioni, ingiustizia manifesta. Di fronte ad una di tali *figure sintomatiche*, la giurisprudenza, ravvisando una patologia nell'esercizio della discrezionalità amministrativa, suole annullare l'atto amministrativo senza possibilità di prova contraria, senza, cioè, che la P.A. possa "salvare" l'atto dimostrando la sua congruità rispetto all'interesse pubblico cui è finalizzata una data azione amministrativa. Senza però la possibilità di prova contraria, le figure c.d. sintomatiche perdono il loro rango di indizi di uno sviamento di funzione, ed estendono l'area dell'eccesso di potere alla generica illegittimità per contrarietà a canoni di logica. Ne è derivato un concetto vago e suscettibile, pertanto, di dar luogo a decisioni giurisprudenziali di difficile controllabilità razionale e, dunque, di prevedibilità delle decisioni, il che appare un prezzo incompatibile con i principi del diritto penale, *in primis* quello di tassatività⁴⁷. La disposizione introdotta dal legislatore del 1997 fallì in questo intento perché esercitare la discrezionalità amministrativa *contro l'interesse pubblico* significa *non esercitare il potere conferito dalla legge*⁴⁸.

Sulla scia di tale osservazione, è stato relativamente agevole concludere, nel periodo ricompreso tra la riforma del 1997 e quella del 2020, che in caso di sviamento del potere dal fine che esso doveva perseguire era stata violata la *ratio* di una disposizione di legge che attribuisce il relativo potere e, dunque, si era in presenza di una "violazione di norma di legge" rilevante *ex art. 323 Cp* E ciò alla luce del basilare art. 12 delle preleggi, che postula di ogni disposizione di legge la possibilità di enucleare un senso (la norma) dalla sua lettera⁴⁹. Ne discende che violare una norma significa violare il suo senso. Così, ad esempio, favorire un candidato od un'impresa sulle altre importa violare il senso della lettera della legge che prescrive il concorso o l'appalto pubblico. Del resto, l'art. 323 Cp così come riformulato nel 1997 faceva riferimento proprio alle *norme di legge* (e di regolamento), non alle *disposizioni di legge*, e norma è il significato di una disposizione, il senso che discende dalla *ratio* della disposizione.

⁴⁷ Da ultimo, P. Scevi, *Prevedibilità e legalità nel diritto penale alternatività o binomio garantistico?*, in www.lalegislazionepenale.eu, 6.11.2020 e bibliografia ivi richiamata.

⁴⁸ C.F. Grosso, *Condotte ed eventi nel delitto di abuso d'ufficio*, in *FI*, 1999, 122/12, 329, 334; M. Parodi Giusino, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, in *RTrimDPenEc*, 2009, 902 ss.

⁴⁹ E. Infante, *op. cit.*, 333; *contra*: C. Silva, *op. cit.*, 159.

Almeno nei casi in cui fosse agevole l'individuazione del fine pubblico in vista del quale un potere è stato conferito al pubblico funzionario, era ben possibile concludere che l'uso distorto di tale potere era apprezzabile *ex art. 323 Cp* poiché si traduceva nella violazione della norma che lo conferiva. A tali conclusioni era ormai da tempo pervenuta pure la giurisprudenza di legittimità⁵⁰.

A tale conclusione esegetica ha inteso reagire il legislatore dell'ultima riforma: la locuzione «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*», esclude ora ogni possibilità di sindacare la discrezionalità amministrativa *ex art. 323 Cp*. Ed essendo l'eccesso di potere nient'altro che l'uso distorto della discrezionalità, la non sindacabilità di questa esclude che esso possa venire in rilievo ai sensi del novellato abuso di ufficio. Invero, di discrezionalità amministrativa possono darsi due definizioni, entrambe corrette, ma che descrivono il fenomeno da due angoli visuali diversi, uno attinente all'aspetto funzionale (la finalità gius-politica perseguita con la discrezionalità), l'altro all'aspetto strutturale, cioè alle caratteristiche - così come rilevabili da un osservatore esterno - che presenta l'azione dei pubblici uffici, allorché agiscono in ambiti connotati da discrezionalità. Se in senso funzionalistico discrezionalità amministrativa significa ponderazione e bilanciamento - da parte della P.A. - di diversi interessi confliggenti in vista della realizzazione dell'interesse pubblico, dal punto di vista strutturale essa significa che la P.A. ha facoltà di scelta tra almeno due condotte. La novella del 2020 esclude che discipline che delineino tali margini di scelta possano ora integrare il fatto tipico descritto dall'*art. 323 Cp*; altro non significa la locuzione «in violazione di specifiche regole di condotta (...) dalle quali non residuino margini di discrezionalità». Se vi è una regola che conferisce facoltà di scelta al pubblico funzionario, e quindi discrezionalità (e connessa possibilità di un abuso della stessa, cioè eccesso di potere), non può mai venire in gioco l'attuale *art. 323 Cp*.

Peraltro, i primi commentatori dell'ultima riforma hanno cercato di reagire a tale radicale decurtazione del campo del penalmente rilevante, che indubbiamente lascia prive di risposta penale proprio le forme più insidiose di abusi dei pubblici funzionari, quali gli indebiti favoritismi di un concorrente nei concorsi pubblici o negli appalti pubblici (ad esempio conferendogli un punteggio spropositato) o quali le emarginazioni sui luoghi di lavoro o i comportamenti persecutori nei confronti di qualche soggetto sgradito (reiterazioni di perquisizioni, ispezioni, sanzioni

⁵⁰ Cass. Sez. Un. 29 settembre 2011, n. 155, cit., soluzione ermeneutica quella delle sezioni unite condivisa anche da parte della dottrina, v. A. Fiorella, *Riflessioni sulla c.d. amministrazione pubblica difensiva: l'abuso d'ufficio come 'spauracchio'?*, in *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione*, cit., 109; N. D'Ascola, *Intervento*, in *ivi*, 103 ss.

amministrative, semmai lasciando del tutto immuni da controlli soggetti che si trovano in analoga situazione). Si è così cercato di argomentare che, pure sotto il vigore della vigente formulazione dell'art. 323 Cp, sia possibile attribuire penale rilievo all'abuso della discrezionalità amministrativa. L'itinerario logico che fonda tale conclusione⁵¹ si impenna sulla condotta di omessa astensione e si snoda così come segue: 1) se il pubblico funzionario persegue una finalità incompatibile con quella per cui gli è stato attribuito un potere, egli evidentemente persegue un interesse proprio che gli imporrebbe l'obbligo di astensione; 2) esercitando in maniera distorta tale potere egli viola tale dovere di astensione; 3) il suo abuso della discrezionalità sarà allora penalmente rilevante non più ai sensi della prima condotta vietata (violare norme di legge che abbiano determinate caratteristiche) ma ai sensi della seconda (l'omessa astensione).

Tale suggestivo percorso argomentativo, tuttavia, non persuade poiché il precetto che scaturisce dall'incriminazione dell'omessa astensione è, per l'appunto, quello di non agire. Incriminando l'omessa astensione, il legislatore comanda al pubblico agente un *non facere*. Il disvalore della condotta vietata sta nel fatto *sic et simpliciter* di agire. Sarebbe allora applicazione analogica *in malam partem* riferire tale comando alle situazioni di vita in cui il disvalore non è in sé quello agire, ma quello di *agire male*, abusando della discrezionalità. Riassumendo: il precetto che impone l'astensione, e che sanziona chi comunque operi, non può essere ricostruito - a pena di violare il divieto di analogia *in criminalibus* - come se imponesse il dovere di agire correttamente.

Ci si può interrogare in ultimo di quale sia la portata applicativa di questa precisazione, se essa si limiti a dettare una regola valevole per il solo art. 323 Cp, oppure la sua introduzione comporti una revisione di quelle norme penali che possono sanzionare attività di natura discrezionale da parte della PA. Lo sguardo corre al vicino art. 328 Cp, laddove appare controversa la sua applicabilità agli atti discrezionali. Parte importante della dottrina ritiene la penale rilevanza dell'omissione, pur quando ha ad oggetto atti di natura discrezionale, sia quelli in cui la discrezionalità afferisce alla forma e al contenuto, sia quelli in cui la discrezionalità si riferisce al tempo e all'*an*. Il giudice penale deve in questi casi verificare che non sia stata esaminata la situazione di fatto, ma non può sindacare il merito dell'atto⁵². La soluzione non è univoca, v'è infatti chi sostiene che l'art. 328 non punisce un mancato obbligo di attivarsi, ma la mancata adozione dell'atto che, se è discrezionale, non fa sorgere obbligo⁵³. Non a caso,

⁵¹ G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit.; M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit.; T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit.

⁵² Per tutti M. Romano, *Omissione di atti d'ufficio*, in *Commentario sistematico. I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano 2019, 443 ss.

⁵³ L. Tarasco, *Rifiuto e omissione di atti d'ufficio*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica*

l'art. 328 precisa che l'atto «*deve essere compiuto*». Questa interpretazione sarebbe ulteriormente da preferire anche alla luce delle precisazioni presenti nell'art. 323 c.p.. Se il più grave abuso avente ad oggetto un atto di natura discrezionale non è suscettibile di assurgere a rango di illecito penale, *a fortiori* per l'ipotesi meno grave di omissione di atti d'ufficio.

7. La novellata fattispecie di cui all'art. 323 Cp comporta una restrizione del penalmente rilevante, risolvendosi in una *abolitio criminis* parziale, la cui estensione dipende dal modo di interpretare le novità introdotte dal d.l. 76/2020. sussistono alcune interpretazioni che evidenziano come vi sia stata *abolitio criminis* parziale limitatamente ai fatti di abuso d'ufficio commessi:

- a) in violazione di norme di regolamento, dal momento che la norma ha espressamente espunto le fonti subordinate alla legge in senso formale e materiale;
- b) in violazione di norme di legge dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse. Risulterebbero, dunque, abolite quelle ipotesi di abuso d'ufficio per violazione di norme generali, costituzionali, procedurali ecc.;
- c) in violazione di regole di condotta che lasciano residuare margini di discrezionalità⁵⁴.

La soluzione interpretativa proposta in queste riflessioni dell'art. 323 c.p. porta a conclusioni parzialmente diverse in punto di applicazione della disciplina intertemporale. È possibile infatti argomentare anche la tesi della perfetta continuità normativa rispetto ai fatti di abuso d'ufficio commessi:

- a) in violazione di norme di regolamento, nell'ipotesi in cui sia la norma di legge a richiamare espressamente la fonte subordinata;
- b) in violazione di norme procedurali, in quanto, anche queste descrivono regole di condotta, sempre che siano causali rispetto agli eventi;

Sussiste, invece, *abolitio criminis* con riferimento alla violazione di regole di condotta che lasciano residuare margini di discrezionalità, dal momento che la penale rilevanza di queste forme di condotta non può sopravvivere alla luce della condotta omissiva dell'art. 323 Cp, pena la violazione del divieto di analogia.

8. La scelta legislativa in senso abolitivo della rilevanza penale dell'eccesso di potere, se certamente rende la norma più determinata, allo stesso tempo lascia

Amministrazione, Torino, 2018, 279 ss.

⁵⁴ L'abolizione del reato, ai sensi del combinato disposto dell'art. 2, co. 2, Cp e dell'art. 673 Cpp, comporta l'archiviazione dei procedimenti in fase di indagine, il proscioglimento nei processi in corso e la revoca delle sentenze passate in giudicato, v. G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit.; *amplius*: Id., *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, in www.sistemapenale.it, 2.12.2020.

nell'ordinamento una norma *inutile*. Infatti, gli abusi d'ufficio più offensivi rispetto al buon andamento ed all'imparzialità della PA si nascondono proprio dietro l'uso improprio del potere discrezionale⁵⁵. La contrazione del penalmente rilevante che la norma ha subito, già a partire dal 1997, ha fatto perdere alla disposizione quel ruolo di "norma civetta" utile alle indagini. Tale ruolo è stato assunto da altre norme, magari oggetto anch'esse di interpretazioni cripto-analogiche, si pensi agli artt. 353 e 353 *bis* Cp, con riferimento al settore degli appalti⁵⁶. Una norma così strutturata come l'attuale 323 Cp rende evidentemente ragione a quegli autori che da tempo affermano l'impossibilità di scrivere l'abuso d'ufficio in termini rispettosi dei principi penalistici di determinatezza, offensività, riserva di legge. Si suggerisce, da più parti, la necessità e l'utilità di una abolizione dell'art. 323 Cp, non avendo senso mantenere in vita una fattispecie depotenziata come quella attualmente vigente⁵⁷. La soluzione abolizionista, pur avendo alcune frecce nel suo arco, rischia comunque di provare troppo, ovvero, sguarnire di tutela alcuni settori sensibili dell'agire della PA in cui è utile e necessaria una forma di tutela avanzata. Si tratta di settori come la materia degli appalti oppure la materia giudiziaria, nella quale l'abuso d'ufficio è l'unica fattispecie in grado di reprimere comportamenti prevaricatori dei pubblici poteri a scapito delle ragioni del cittadino⁵⁸. La via per mantenere una tutela penale effettiva ed efficiente dell'abuso d'ufficio, ma al contempo rispettosa dei principi di offensività, determinatezza e riserva di legge è stata suggerita dalla dottrina, la quale, già in passato, ha evidenziato come il legislatore abbia perso l'ennesima occasione per descrivere la fattispecie in maniera autonoma⁵⁹. In altri termini, il difetto delle varie norme susseguitesi nel tempo relative all'art. 323 Cp consiste nell'appiattare l'illiceità penale su quella amministrativa, ciò almeno a livello di individuazione della condotta tipica. In realtà, proprio le critiche alla soluzione legislativa in tema di eccesso di potere e la possibilità, da alcuni paventata (ma *de lege lata* non percorribile), di far rientrare nella condotta omissiva di abuso l'eccesso di potere, fa riemergere quanto sostenuto in un precedente lavoro e cioè il conflitto di interessi come criterio selezionatore della condotta punibile

⁵⁵ In tal senso, v. M. Donini, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *Liber amicorum Adelmo Manna*, cit., 223 ss.

⁵⁶ V. Manes, *Corruzione senza tipicità*, in *RIDPP*, 2018, 1126 ss.

⁵⁷ L. Stortoni, *Intervento*, in *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, a cura di A. Castaldo, Torino, 2018, 117 ss.

⁵⁸ Sulla necessità di mantenere il reato di abuso d'ufficio, limitatamente al settore degli appalti, dell'urbanistica e della giustizia, v. G. Salcuni, *La tutela altrove*, cit., 222 ss.

⁵⁹ Descrizione autonoma che favorirebbe anche le indagini, v. V. Maglione, *Il nuovo abuso d'ufficio non taglia i fascicoli a carico dei funzionari ma rischia di complicare le indagini*, in *Giustizia penale e riforme*, *Il Sole 24 Ore*, 28 luglio 2020. Le problematiche dell'art. 323 c.p. non sono risolvibili con abrogazioni secche o interventi normativi restrittivi, se non si recupera una cultura democratica liberale che porti ad una gestione processuale ragionevole di queste norme, v. G. Fiandaca, A. Merlo, *Riformare, abolire? C'è una terza via per il reato fantasmatico dell'abuso d'ufficio*, in *Il Foglio*, 24.6.2020.

di abuso. Muovendo dalla condotta omissiva, essendo quest'ultima incentrata esplicitamente ad evitare situazioni di conflitto di interessi, dovrebbe essere proprio quest'ultimo il criterio sostanziale capace di selezionare le leggi, in omaggio anche ad una interpretazione teleologica e restrittiva che valorizzi il bene protetto dell'art. 323 Cp e cioè l'imparzialità. In effetti, a ben considerare, la scomposizione dell'abuso d'ufficio in abuso prevaricatorio, affaristico e privatistico nasconde già l'idea di un conflitto di interessi, fra l'interesse del pubblico agente e quello della PA o del terzo in caso di abuso prevaricatorio⁶⁰. L'art. 323 deve, insomma, reprimere quelle ipotesi caratterizzate da una situazione di conflitto di interessi in senso sostanziale⁶¹.

Questo rilievo ci sembra assai importante, giacché dimostra come sia, in fondo, possibile rintracciare una *ratio* comune tra l'art. 323 e l'art. 2634 Cc, in quanto entrambe le forme di realizzazione della condotta tipica sono individuabili nel conflitto d'interessi. L'art. 2634 non ha fornito grandi prestazioni, ma a causa del regime della procedibilità a querela, anziché d'ufficio, ma la tenuta della condotta in termini di rispetto del principio di determinatezza non è stata messa in discussione. Il conflitto di interessi è infatti locuzione di per sé determinata, non necessariamente bisognosa di ulteriore concretizzazione, sostanziandosi in tutti quei comportamenti che perseguono un interesse privatistico in conflitto con il miglior assetto di interessi per la PA. Proprio l'evoluzione della nozione di conflitto di interessi che ha interessato la legislazione penale economica può fornire un ottimo supporto per valutare la tenuta dell'idea di riscrivere la condotta di abuso d'ufficio sul comportamento tenuto in conflitto di interessi con la PA⁶². «Da qui la proposta, *de jure condendo*, di utilizzare il criterio del conflitto d'interessi che, dall'origine civilistica, e, quindi, con ricadute, a livello penalistico, in tema di reati contro il patrimonio e, successivamente, societari, si è progressivamente affermato anche in ambito pubblicistico e, da ultimo, caratterizza l'attuale dibattito sul controllo delle attività di governo. Questa sua caratteristica ad ampio spettro, induce, appunto, ad individuarlo come disvalore comune di condotta nei reati, *lato sensu*, di infedeltà, sia patrimoniale, che societaria, che, infine, pubblica, giacché esso esprime, in tutti e tre i casi, la prevalenza dell'interesse privato su quello, o del mandante, oppure della società, o, infine, della PA, per cui può ben assurgere a nucleo centrale e, soprattutto, tangibile dei reati *de quo*, insieme al saldo vincolo al danno»⁶³.

Il conflitto di interessi è concetto che da tempo si è esteso al settore

⁶⁰ A. Manna, *Una possibile riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, in Id. (a cura di), *Materiali sulla riforma dei reati contro la PA. La tutela dei beni collettivi: i delitti dei pubblici ufficiali contro la PA*, Padova, 2007, 435 ss.

⁶¹ A. Manna, *Abuso d'ufficio*, cit., 180; Id., *Una possibile riforma dei delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 435 ss.

⁶² A. Manna, *Abuso d'ufficio*, cit., 61 ss.

⁶³ A. Manna, *Abuso d'ufficio*, cit., 194.

pubblicistico, essendo di diretta derivazione del principio di imparzialità di cui all'art. 97 Cost., per cui molte norme dello statuto penale della PA tutelano direttamente o in via mediata anche l'imparzialità e dunque prevengono situazioni di conflitto di interessi⁶⁴.

Non a caso il referente costituzionale dell'abuso d'ufficio sarebbe costituito proprio dall'art. 97 Cost., sotto il profilo dell'imparzialità, perché in questi reati si antepone sempre un interesse privatistico a scapito di quello della PA, di modo che il conflitto di interessi riuscirebbe a far sì che l'illegittimità della condotta non derivi dalla mera violazione di norme *extra*-penali (suscettibile di essere tutelata in via amministrativa), ma risulti la sommatoria della violazione di norme *extra*-penali che sono volte a reprimere ipotesi di conflitto di interessi e che si traducono in un danno alla PA o in un vantaggio al privato⁶⁵.

In conclusione, il conflitto d'interessi consente il recupero di una dimensione penalistica unitaria a tutti quei reati che presuppongono la violazione di un dovere di agire a favore di altri e, quindi, come tali, meritano l'intervento del diritto penale, invece non sufficientemente giustificabile se s'insiste, come nell'ipotesi paradigmatica dell'abuso d'ufficio, sul modello della violazione di norme *extra*-penali, che, infatti, ha condotto il legislatore ad una sempre più preoccupante bagatellizzazione della fattispecie, anch'essa non più giustificabile se si pone mente, invece, alla sottostante violazione del rapporto di fiducia, che dovrebbe legare il pubblico funzionario allo Stato e che ha costituito il *leitmotiv* degli interventi normativi succedutisi dal 2012 al 2019 nel settore dei delitti dei pubblici ufficiali contro la PA.

⁶⁴ Sul punto ancora A. Manna, *Abuso d'ufficio*, cit., 192; nonché R. Alagna, *Lobbying e diritto penale*, Torino, 2018, 90 ss. e *passim*. Per ulteriori richiami al conflitto di interessi nella tematica relativa alla rilevanza penale della violazione delle linee guida ANAC, v. G. Salcuni, *op. cit.*, 151 ss. Non mancano pronunce giurisprudenziali che valorizzano la situazione di conflitto di interessi per ritenere integrato l'estremo normativo in analisi. Cfr. Cass. 28.9.2018, n. 42911, Castagna, in www.plurisonline.it. in chiave critica, v. V. Manes, *Corruzione senza tipicità*, in *RIDPP*, 2018, 1126 ss., spec. 1134.

⁶⁵ A. Manna, *Abuso d'ufficio*, cit., 194 – 196.