

LA PROSPETTATA ABROGAZIONE DELL'ABUSO D'UFFICIO: PIÙ PRO CHE CONTRO

di Bartolomeo Romano

(*Professore ordinario di diritto penale, Università di Palermo*)

Sommario: 1. Un quadro complesso. – 2. L'abuso innominato nella versione del 1930. – 3. La lettura costituzionalmente orientata dei delitti contro la P.A. – 4. L'intervento del diritto penale sull'azione amministrativa e la burocrazia del non fare. – 5. La riforma dovuta alla l. 26.4.1990 n. 86. – 6. Le modifiche dovute alla l. 16.7.1997 n. 234, ed alla l. 6.11.2012 n. 190. – 7. La riforma del 2020. – 8. La via dell'abrogazione nel d.d.l. S. 808. – 9. I contro e i pro all'abrogazione: a) la ritenuta presenza di vincoli sovranazionali. – 10. b) La temuta riespansione di fattispecie punite più gravemente. – 11. c) La creazione di vuoti di tutela. – 12. d) L'indebolimento della "lotta" alla corruzione. – 13. e) Lo sviamento da altri profili critici dei delitti contro la pubblica amministrazione. – 14. f) La capacità del "sistema giustizia" a generare poche condanne. – 15. La prevalenza delle ragioni dell'abrogazione sulla sostanziale conservazione dello *status quo*.

1. Da qualche anno, uno dei miei poli di interesse scientifico è rappresentato dal delitto di abuso di ufficio¹.

Del resto, l'abuso d'ufficio ha rappresentato, e ancora rappresenta, una delle fattispecie penali maggiormente stimolanti, controverse e discusse; e non solo tra i delitti contro la pubblica amministrazione².

¹ B. Romano, *La continua riforma dell'abuso di ufficio e l'immobilismo della pubblica Amministrazione*, ne *Il Penalista*, Focus del 28.7.2020; Id., *La prima pronuncia della Cassazione sul "nuovo" abuso di ufficio e l'abolito criminis parziale*, ne *Il Penalista*, 11.12.2020; Id., *Il "nuovo" abuso d'ufficio e l'abolito criminis parziale*, in *PDP*, 19.1.2021; Id., *L'abuso innominato nell'originario art. 323 c.p.*, ne *Il "nuovo" abuso di ufficio*, a cura di B. Romano, Pisa 2021, 5-13; Id., *Brevi considerazioni sulle ulteriori proposte di riforma dell'abuso di ufficio, a partire dalle responsabilità dei sindaci*, in *Giurisprudenza Penale Web* 2021, 11; Id., *Legittima la scelta di abrogare parzialmente l'abuso di ufficio mediante decreto-legge*, in *PDP* 2021, 803-808; Id., *La Cassazione ribadisce la parziale abolito criminis dell'abuso di ufficio*, ne *Il Penalista*, *Giurisprudenza commentata* del 20.9.2022. Per uno sguardo al contesto, Id., *Nozioni introduttive*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di B. Romano e A. Marandola, Milano 2020, 3-21. Volendo, cfr. anche B. Romano, *La burocrazia del non fare crea spazi per i favori*, ne *Il Giornale di Sicilia*, 1.3.2020, 1 e 6; Id., *Finalmente una spallata all'inutile totem dell'abuso di ufficio*, ne *Il Dubbio*, 1.8.2020, 6 e 7.

² Sui delitti contro la pubblica amministrazione, limitandomi alle principali trattazioni generali: N. Levi, *Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano 1935; F. Grispigni, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Roma

Infatti, le vicende che coinvolgono il delitto di cui all'art. 323 del codice penale hanno una importanza che esorbita la stessa funzione e lo stesso ruolo dell'abuso di ufficio, poiché investono la nozione di pubblica amministrazione, anche nei suoi rapporti con gli altri "settori" dello Stato (soprattutto, la magistratura), e interessano tematiche penalistiche di straordinaria rilevanza ed importanza, prime tra tutte la tassatività o determinatezza e la successione di norme penali nel tempo.

Dall'originario testo del 1930 sino all'ultima riforma intervenuta nel 2020, la continua riscrittura dell'abuso di ufficio è anche la narrazione del tentativo del legislatore di dare maggiori certezze al pubblico funzionario circoscrivendo la fattispecie, ma lasciando comunque ampi margini all'intervento del diritto penale. È tuttavia una storia caratterizzata da riforme parziali, insufficienti e poco durature.

Di qui, dalla considerazione che l'abuso di ufficio è irrimediabile e irredimibile, il d.d.l. S. 808, recante «modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare», comunicato alla Presidenza il 19.7.2023, prevede – all'art. 1 co. 1 lett. b – l'abrogazione dell'art. 323 Cp.

Per comprendere se tale esito sia ragionevole e possibile occorre ripercorrere rapidamente la storia normativa dell'art. 323 Cp, verificando poi le ragioni contrarie e

1953; S. Riccio, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Torino 1955; R. Pannain, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli 1966; *La riforma dei delitti contro la P.A.*, a cura di A.M. Stile, Napoli 1987; A.M. Stile, *Amministrazione pubblica (delitti contro la)*, in *DigDPen*, I, Torino 1987, 129; V. Russo, *I reati contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli 1991; P. Severino Di Benedetto, *Pubblica amministrazione (delitti contro la)*, in *EG*, XXV, Roma 1991; *Reati contro la pubblica amministrazione. Scritti in memoria di Angelo Raffaele Latagliata*, a cura di F. Coppi, Torino 1993; *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di T. Padovani, Torino 1996; G. Iadecola, *La riforma dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino 1998; *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. D'Avirro, Padova 1999; *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di A. Segreto, G. De Luca, Milano 1999; C. Benussi, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, I, *I delitti dei pubblici ufficiali*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da G. Marinucci, E. Dolcini, I, Padova 2001; B. Bevilacqua, *I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Padova 2003; *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. Bondi, A. di Martino, G. Fornasari, Torino 2004; *I delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, II, Torino 2008; A. Pagliaro, M. Parodi Giusino, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, I, *Delitti contro la pubblica amministrazione*¹⁰, Milano 2008; S. Vinciguerra, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova 2008; *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di M. Catenacci, in F.C. Palazzo, C.E. Paliero, *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, V, Torino 2011; *Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Palazzo, in S. Moccia, *Trattato di diritto penale*, II, Napoli 2011; *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di C.F. Grosso, M. Pelissero, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, a cura di C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, VI, Milano 2015; *La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili penali e processuali*, a cura di G. Flora, A. Marandola, Pisa 2019; M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Artt. 314-335-bis cod. pen.*, in *Commentario sistematico*⁴, Milano 2019; *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di B. Romano, A. Marandola, Torino 2020.

quelle favorevoli ad un esito così netto³.

2. Nell'impianto del codice penale del 1930, il delitto di cui all'art. 323, rubricato «abuso di ufficio in casi non previsti specificamente dalla legge», rappresentava una sorta di norma di chiusura del sistema, peraltro già di per sé abbastanza indeterminato e generico, in virtù della coesistente presenza del peculato per distrazione (art. 314 Cp) e, soprattutto, del delitto di interesse privato in atti di ufficio (art. 324 Cp)⁴.

In particolare, per l'originario art. 323 Cp: «il pubblico ufficiale, che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non previsto come reato da una particolare disposizione di legge, è punito con la reclusione fino a due anni o con la multa da lire cinquecento a diecimila».

Dunque, il soggetto attivo del delitto era solo il pubblico ufficiale e non anche l'incaricato di un pubblico servizio. Previsione che era stata frutto di convincenti riserve⁵, tanto che, a partire dalla riforma dell'art. 323 Cp dovuta alla legge n. 86 del 1990, soggetti attivi possono essere sia il pubblico ufficiale che l'incaricato di pubblico servizio.

Un altro punto di particolare rilievo riguardava la clausola di riserva presente nella disposizione: «qualsiasi fatto non previsto come reato da una particolare disposizione di legge» (di qui, la locuzione abuso "innominato" d'ufficio). Si trattava di una clausola di riserva assolutamente indeterminata, che serviva a qualificare l'art. 323 Cp come norma "sussidiaria", alla quale si poteva ricorrere, per espressa volontà del legislatore, solo qualora non fossero applicabili altre norme⁶. Oggi, invece, è presente

³ Per riflessioni *de jure condendo*, ma ovviamente prima dell'ultima riforma approvata e di quella da ultimo prospettata, *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, a cura di A.R. Castaldo, Torino 2018.

⁴ Sull'originaria formulazione dell'art. 323 Cp, oltre ad alcune tra le opere citate nella nota precedente, cfr. almeno: E. Contieri, *Abuso innominato di ufficio*, in *ED*, I, Milano 1958, 187 ss.; F. Bricola, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in *RIDPP* 1966, 985 ss.; V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*⁵, V, a cura di P. Nuvolone, G.D. Pisapia, Torino 1981, 271; S. Seminara, *Riflessioni sul reato di abuso innominato in atti d'ufficio*, in *FI* 1984, II, 342 ss.; T. Padovani, *La riforma dell'abuso innominato e dell'interesse privato in atti d'ufficio*, in *RIDPP* 1986, 1042 ss.; Id., *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *RIDPP* 1989, 76 ss.; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale, Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*⁴, Milano 1986, 269 ss.; M. Parodi Giusino, *Abuso innominato d'ufficio*, in *DigDPen*, I, Torino 1987, 41 ss.; B. Romano, *L'abuso innominato nell'originario art. 323 c.p.*, cit., 5 ss.

⁵ V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 272.

⁶ V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 275; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 235 ss. Sulle clausole di riserva, più in generale, cfr. B. Romano, *Diritto penale, parte generale*⁴, Milano 2020, 423.

una clausola di consunzione, legata alla eventuale configurabilità di «un più grave reato», al quale quello disciplinato dall'art. 323 Cp deve cedere il passo. In tal modo, si è persa, in parte, la vecchia funzione di norma di chiusura del sistema e, al contempo, è stata necessaria una maggiore determinatezza della fattispecie, alla quale hanno aspirato tutte le modifiche normative dell'abuso di ufficio intervenute negli anni.

Inoltre, un ruolo centrale, nell'originario art. 323 Cp, lo ricopriva la nozione di "abuso di potere" da parte del pubblico ufficiale. Si trattava di una espressione certamente generica, sebbene fosse precisato che si dovesse abusare di poteri inerenti alle funzioni del pubblico ufficiale. Secondo la lettura preferibile, l'abuso di potere doveva comportare uno «sviamento del potere dalla causa tipica, per la quale il potere stesso è conferito al pubblico ufficiale»⁷. Proprio sul punto si sono registrati i maggiori sforzi di tipizzazione della fattispecie, a partire dalle modifiche dovute all'art. 1 della legge 16.7.1997 n. 234 («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»: *infra*, par. 6), per giungere al testo vigente, dovuto all'art. 23 del d.l. 16.7.2020 n. 76, convertito sul punto senza modificazioni dalla legge 11.9.2020, n. 120 («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»: *infra*, par. 7).

Peraltro, nell'originario art. 323 Cp, la presenza del dolo specifico («per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio»), se da un lato serviva a circoscrivere la fattispecie, dall'altro rendeva sufficiente il perseguimento della finalità ulteriore, senza che fosse necessaria la realizzazione del fine⁸. Sempre per tentare di limitare gli spazi di intervento della fattispecie, a partire dalla versione dell'art. 323 Cp dovuta all'art. 1 della l. 16.7.1997 n. 234, il legislatore richiederà il dolo intenzionale e, dunque, leggerà la consumazione del reato alla condotta del soggetto attivo che intenzionalmente «procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto».

Infine, occorre notare come, nella versione originaria dell'art. 323 Cp, la pena fosse particolarmente lieve, come spesso si usa nelle norme di chiusura: la reclusione fino a due anni, addirittura alternativa (come indicato dalla disgiuntiva «o») alla multa da

⁷ A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 211 ss.

⁸ V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 284 ss.

lire cinquecento a diecimila. *More solito*, la pena è, negli anni, lievitata: da sei mesi ai tre anni di reclusione sino alla attuale reclusione da uno a quattro anni (dovuta alla l. 6.11.2012 n. 190). Pena ancora aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno abbiano un carattere di rilevante gravità.

3. L'originario abuso di ufficio rifletteva la convinzione che i delitti contro la pubblica amministrazione in generale tutelassero l'interesse pubblico concernente il normale funzionamento ed il prestigio della pubblica amministrazione per ciò che concerne la probità, la fedeltà e il rispetto dovuto soprattutto dai pubblici funzionari⁹.

Per tali ragioni, il Titolo II del Libro II del codice penale segnava un netto distacco tra pubblica autorità e (sudditi, oggi) cittadini, con un rapporto fortemente subordinato dei secondi rispetto alla prima. Questa impostazione rispecchiava certamente una visione pubblicistica e verticistica dei delitti in esame, nei quali l'autorità era "incarnata" dai pubblici ufficiali che si ponevano su una sorta di piedistallo, sul quale erano maggiormente tutelati, ma anche in maggior misura responsabili rispetto ai comuni cittadini¹⁰.

In tal senso, potevano leggersi, da un lato, la mancata previsione della non punibilità della c.d. reazione legittima agli atti arbitrari del pubblico ufficiale, poi introdotta dall'art. 4 d.l.it. 14.9.1944 n. 288, ed oggi disciplinata dall'art. 393-bis Cp; e, dall'altro, la severa disciplina della concussione, di cui all'art. 317 Cp, o dell'originario oltraggio a un pubblico ufficiale, di cui all'art. 341 Cp (non a caso, dichiarato costituzionalmente illegittimo da C. cost. 341/1974, nella parte in cui prevedeva come minimo edittale la reclusione per mesi sei).

Per reazione e contrasto all'impianto originario del codice penale, parte della dottrina ha ritenuto preferibile ancorare il bene giuridico tutelato nei delitti contro la pubblica amministrazione alla Costituzione e, in particolare, all'art. 97, il quale, al comma 2, chiarisce che «i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione»¹¹. Dunque, i veri beni giuridici tutelati sarebbero, appunto, il

⁹ V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 1. Sul punto, cfr. le osservazioni di R. Rampioni, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, Milano 1984, 20 ss.

¹⁰ Cfr. M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 4 ss.

¹¹ F. Bricola, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Temì*, 1968, 569 (nonché in *Scritti di diritto penale*, II, t. I, Milano 1997, 2390). Analogamente: F. Tagliarini, *Il concetto di pubblica amministrazione nel diritto penale*, Milano 1973, 140 ss.; R. Rampioni, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, cit., 79 ss.; M. Catenacci, *Considerazioni politico-criminali: il bene giuridico tutelato dagli artt. 314-*

buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione: il primo garantirebbe l'efficienza dell'azione amministrativa in aderenza al pubblico interesse; la seconda sarebbe posta a presidio della parità di trattamento tra tutti i cittadini, che non dovrebbe essere alterata dalla condotta (illecita) dei pubblici agenti.

Certo, neanche tale impostazione è andata esente da critiche. In particolare, si è da più parti osservato che il riferimento al buon andamento ed all'imparzialità della pubblica amministrazione è comunque generico e, dunque, non in grado di fotografare con precisione il vero oggetto della tutela penale¹². Inoltre, si è rilevato come la Costituzione, all'art. 54 co. 2, richiami correttezza e prestigio della pubblica amministrazione, allorché sancisce che «i cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore»¹³; e, quindi, abbandonare il riferimento al prestigio della pubblica amministrazione sarebbe opzione non del tutto condivisibile. Infine, si è sottolineato che, in realtà, i reati contro la pubblica amministrazione sarebbero reati plurioffensivi, nei quali al bene giuridico di categoria, spesso riflettente una pluralità di beni-interessi, dovrebbe aggiungersi il bene giuridico specifico¹⁴. In tal senso, si tende ad ammettere la possibilità che il privato si opponga alla richiesta di archiviazione avanzata dal pubblico ministero, ai sensi dell'art. 410 Cpp¹⁵.

In ogni caso, rispetto ad un originario approccio, di stampo certamente verticale, con uno sguardo sui delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione quali strumenti di tutela del prestigio di una parte dell'apparato statale o, comunque, pubblico, si è a poco a poco, anche in virtù di un ancoraggio costituzionalmente orientato alla tutela del buon andamento e dell'imparzialità della P.A., spostata la prospettiva, con una visione quasi rovesciata, della offesa ricevuta, da noi tutti, da parte di un "pubblico" che non salvaguarda i cittadini e che finisce per essere il luogo del malaffare e del privilegio di pochi. Di qui, probabilmente, il ruolo fondamentale e centrale attribuito, almeno nella percezione diffusa, alla corruzione, da contrastare e combattere sino in fondo. Forse, più che l'efficienza dell'azione amministrativa, la

335 c.p., in *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 9 ss. Anche la giurisprudenza aderisce a questa impostazione: per tutte, Cass. S.U. 25.6.2009 n. 38691, in *DPP* 2010, 433, con commento di V. Maiello.

¹² In tal senso, già F. Tagliarini, *Il concetto di pubblica amministrazione nel diritto penale*, cit., 157 ss.

¹³ Cfr., M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 11 ss.

¹⁴ S. Vinciguerra, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 18. In argomento, per una diversa impostazione, S. Massi, «Qui in corruptione versatur etiam pro licito tenetur». «Offesa» e «infedeltà» nella struttura della corruzione propria, Torino, 2004, *passim*.

¹⁵ M. Catenacci, *Considerazioni politico-criminali: il bene giuridico tutelato dagli artt. 314-335 c.p.*, cit., 17 ss.

richiesta maggiormente avvertita – almeno da larga parte della opinione pubblica – è quella di non fare uso privato del *munus* pubblico.

Ma, anche al di là di tali riserve, l'odore di antico che, alla luce della nuova sensibilità, sembrava si diffondesse dal “vecchio” abuso innominato in atti d'ufficio ne indicava comunque la vetustà e l'inadeguatezza. Soprattutto, il richiamo alla Costituzione esponeva, tecnicamente, il testo originario dell'art. 323 Cp, dal punto di vista della legittimità costituzionale, ad almeno due diversi dubbi.

Il primo, come anticipato, concerneva la lamentata indeterminatezza della disposizione, divenuta un problema, almeno in astratto, in relazione all'art. 25 co. 2 Cost.¹⁶. Il secondo profilo riguardava la supposta disparità di trattamento, ai sensi dell'art. 3 Cost., tra il pubblico ufficiale, punito dall'art. 323 Cp, e l'incaricato di un pubblico servizio, che invece non era indicato tra i soggetti attivi del delitto. La Corte costituzionale, con sentenza n. 7 del 4.2.1965, tuttavia, ritenne infondati entrambi i dubbi¹⁷.

Oggi, come chiarito nel paragrafo precedente, il secondo dei due temi indicati è stato superato, poiché la norma vigente prevede espressamente che soggetto attivo del reato possa essere un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio¹⁸. Rimane, invece, l'altro profilo, quello legato alla tassatività o determinatezza, sul quale si sono esercitati il legislatore, nonché la dottrina e la giurisprudenza, negli ultimi decenni.

4. Nel sistema del 1930 – pur in presenza di un grave *deficit* di efficienza e di trasparenza dell'azione amministrativa e di una oggettiva carenza dei controlli interni – l'intervento della magistratura penale, con ruoli di vera e propria supplenza, come lo conosciamo oggi¹⁹, era però fortemente limitato da un complesso normativo estraneo al diritto penale in senso stretto, ma che comunque ne circoscriveva la disciplina e la rilevanza. Aspetto, questo, particolarmente significativo ai nostri fini, poiché è noto che le intersezioni più significative tra sindacato del giudice penale e attività amministrativa – e cioè, sostanzialmente, tra potere giudiziario e potere esecutivo – si

¹⁶ Sul punto, per ragioni di sintesi, sia consentito il rinvio a B. Romano, *Diritto penale, parte generale*, cit., 116 ss.

¹⁷ La sentenza, oggi facilmente consultabile in www.cortecostituzionale.it, ha trovato, in dottrina, opinioni favorevoli (per tutti, A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale, Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 224) e critiche (tra gli altri, F. Bricola, *In tema di legittimità costituzionale dell'art 323 c.p.*, in *RIDPP* 1966, 984, e S. Seminara, *Riflessioni sul reato di abuso innominato in atti d'ufficio*, cit., 352).

¹⁸ In argomento, da ultimo, M. Lombardo, *Le qualifiche soggettive*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di B. Romano, A. Marandola, cit., 23 ss., cui si rinvia per tutti i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

¹⁹ M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 13 ss.

sono verificate proprio nella disciplina del delitto di abuso di ufficio (e nei reati edilizi)²⁰.

Infatti, in passato, innanzitutto era presente l'istituto della c.d. garanzia amministrativa, che condizionava l'esercizio dell'azione penale nei confronti di determinati funzionari pubblici ad una previa autorizzazione. In particolare, tale autorizzazione a procedere poteva essere concessa con decreto del Capo dello Stato, sentito il Consiglio di Stato, a tutela del prefetto (salvo che per i reati elettorali) e del sindaco agente quale ufficiale del governo, e dal Ministro della giustizia nei confronti di ufficiali e agenti della polizia giudiziaria per le ipotesi di reati commessi con l'uso delle armi. L'istituto è stato dichiarato illegittimo con sentenze n. 94 del 1963 e n. 4 del 1965 della Corte costituzionale per contrasto con l'art. 28 Cost., che sancisce la piena responsabilità penale di tutti i pubblici funzionari²¹; è, dunque, venuto meno un "filtro" che oggi appare certamente anacronistico²².

Allo stesso modo, il codice di rito penale del 1930, nato strategicamente in uno con il coevo codice penale, disciplinava le questioni pregiudiziali sia pure nel segno della facoltatività (art. 20 Cpp) e fissava una generale (salvo taluni casi) autorità del giudicato che decideva la questione pregiudiziale amministrativa: così, sembrava limitarsi, almeno in parte, la supremazia della via penalistica. Invece, la disciplina del sindacato del giudice penale sulla legittimità degli atti amministrativi prevista dal codice di procedura penale del 1988 va in diversa direzione. Infatti, il codice Vassalli stabilisce che il giudice penale risolva ogni questione dalla quale dipende la decisione (salvo che sia diversamente stabilito) e che la decisione del giudice penale che risolve incidentalmente una questione amministrativa (o civile oppure penale) non abbia efficacia vincolante in nessun altro processo (art. 2 Cpp). Ancora una ragione che segna un accresciuto ambito di intervento della magistratura penale, solo leggermente attenuato da quanto previsto dall'art. 479 Cpp, nell'eventualità che la decisione

²⁰ Cfr., anche per ulteriori riferimenti, C. Benussi, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 7 ss.; A. Merli, *Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio*, in www.penalecontemporaneo.it, 16.11.2012; F. Prete, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi*, ivi, 20.9.2013. Per una ampia indagine, M. Gambardella, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano 2002.

²¹ C. cost. n. 94 del 1963 si può leggere in www.cortecostituzionale.it, nonché in RIDPP 1963, 923, con nota di E. Casetta, *Cade l'istituto della garanzia amministrativa*, ed in *Giur. cost.* 1963, 783, con nota di V. Crisafulli, *Incompatibilità dell'autorizzazione a procedere ex art. 16 c.p.p. con l'art. 28 della Costituzione*. Per C. cost. n. 4 del 1965 (oltre che www.cortecostituzionale.it), cfr. RIDPP 1965, 1045, con nota di I. Gorlani, *In ordine all'illegittimità costituzionale dell'autorizzazione a procedere contro il sindaco ed il prefetto*, e *Giur. cost.* 1965, 21, con nota di G.B. Verbari, *Un anacronismo costituzionalmente illegittimo: l'istituto della garanzia amministrativa*.

²² Per tale sottolineatura, S. Vinciguerra, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 8.

sull'esistenza del reato dipenda dalla risoluzione di una controversia (civile o) amministrativa di particolare complessità, per la quale sia già in corso un procedimento presso il giudice competente. In tal caso, il giudice penale, se la legge non pone limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa, può disporre la sospensione del dibattimento, fino a che la questione non sia stata decisa con sentenza passata in giudicato²³.

Saltati, nel tempo, i ricordati limiti, i difetti dell'originaria norma sull'abuso di ufficio sono emersi con particolare evidenza.

A ciò si aggiunga che il delitto di cui all'art. 323 Cp ha subito un destino, comune a quasi tutte le fattispecie presenti tra i delitti contro la pubblica amministrazione, amplificato e reso evidente da fenomeni diffusi di malcostume e di vera e propria corruzione sistemica, sino alla emersione (e, forse, alla emergenza) di "tangentopoli" all'inizio degli anni '90 del secolo scorso, con conseguente affermazione della c.d. questione morale²⁴.

Almeno da allora, ciclicamente, più che l'efficienza dell'azione dell'apparato pubblico, si è inteso porre al centro dell'attenzione del legislatore la questione della "lotta" o del "contrasto" alla corruzione, ritenuta – certo, non a torto – un problema gravissimo del nostro Paese²⁵, soprattutto alla luce della c.d. corruzione percepita²⁶. La normativa italiana, dunque, è stata spesso ritenuta insufficiente e, anzi, una sorta di concausa del malcostume e della corruttela. Anche ciò ha contribuito ad una notevole (per molti, eccessiva) ampiezza dell'intervento della magistratura sulla pubblica

²³ La sospensione è disposta con ordinanza, contro la quale può essere proposto ricorso per cassazione, che non ha effetto sospensivo. Tuttavia, qualora il giudizio civile o amministrativo non si sia concluso nel termine di un anno, il giudice, anche di ufficio, può revocare l'ordinanza di sospensione.

²⁴ Cfr. P. Davigo, G. Mannozi, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Bari 2007, *passim*. Più recentemente, R. Borsari, *La corruzione pubblica. Ragioni per un cambiamento della prospettiva penale*, Torino 2020, 326 ss.

²⁵ Sul punto, A. Vannucci, *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B.G. Mattarella, M. Pelissero, Torino 2013, 25 ss.

²⁶ Secondo *Transparency International*, organizzazione internazionale non governativa che si occupa della corruzione, nel 2022 l'Indice di Percezione della Corruzione vedrebbe l'Italia al 41° posto nel mondo su 180 Paesi, con un punteggio di 56 su 100. Si confermerebbe, quindi, il *trend* in lenta crescita del nostro Paese nella classifica globale. Sempre sulla base di 13 sondaggi e valutazioni di esperti sulla corruzione nel settore pubblico (ognuno dei quali assegna un punteggio da 0, altamente corrotto, a 100, per niente corrotto), dal 2012 (con l'introduzione della Legge Severino e poi con l'istituzione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione) l'Italia è tra i Paesi dell'area dell'Europa occidentale e dell'Unione europea che hanno registrato maggiori progressi (ha, infatti, guadagnato 14 punti), nonostante resti ancora sotto la media del punteggio europeo. L'Indice di Percezione della Corruzione conferma l'Italia al 17° posto tra i 27 Paesi membri dell'Unione Europea. Per maggiori informazioni, cfr. www.transparency.it.

amministrazione, attraverso il c.d. controllo di legalità, spesso perseguito proprio tramite il “cavallo di Troia” dell'abuso di ufficio.

Questo aspetto è molto importante, perché si sono affidati al diritto penale, al processo penale e a tutto ciò che “gira” loro intorno un ruolo ed una funzione che hanno in ben pochi Paesi. Nel campo dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, come in molti altri settori, ma forse più che in altri settori, il contrasto penalistico rappresenta un simbolo, trasmette “messaggi”, testimonia impegno alla repressione di un fenomeno certamente disdicevole e meritevole di attenzione da parte della polizia giudiziaria e della magistratura.

Tuttavia, anche per reazione a tale situazione, i pubblici agenti hanno adottato una condotta che ha dato luogo alla “burocrazia del non fare” (o “burocrazia difensiva”), con un generalizzato immobilismo della pubblica amministrazione. In particolare, l'abuso di ufficio, a tutti i livelli, sia quelli statuali, che regionali o locali, è avvertito come un rischio reale, effettivo, che terrorizza chi deve prendere decisioni. La norma di cui all'art. 323 Cp è stata, ed è, probabilmente una delle principali cause della c.d. fuga dalla firma.

È un “blocco”, questo, che immobilizza il Paese e la sua economia; profilo particolarmente rilevante in un momento, come l'attuale, nel quale occorre garantire la piena attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), con ben 191,5 miliardi di euro da spendere (dei quali 2,3 dedicati alle riforme in materia di giustizia): una cifra enorme per un'occasione storica, talmente importante che non la dovremmo assolutamente perdere²⁷.

5. Dunque, nel tentativo di conferire maggiore determinatezza alla norma sull'abuso di ufficio ed al contempo limitare le paure dei pubblici funzionari nei confronti di azioni penali nei loro confronti, si giunse alla riforma dovuta alla l. 26.4.1990 n. 86, la quale, tra l'altro, sostituì integralmente l'art. 323 Cp²⁸. Più precisamente, il nuovo testo,

²⁷ Naturalmente, non può essere questa l'unica ragione che può condurre ad un esito abrogativo, come invece sembra ritenere E. Amodio, *Il fine vita dell'abuso di ufficio: uno scudo per la gestione libera di fondi europei?*, in *DisCrimen*, 22.6.2023. Ma è un argomento del quale tenere realisticamente e trasparentemente conto nel quadro complessivo delle motivazioni di una riforma.

²⁸ Sul testo dovuto alla l. 24.6.1990 n. 86: A.M. Stile, *Commento all'art. 16, l. 26/4/1990, n. 86*, in *LP* 1990, 331 ss.; C.F. Grosso, *L'abuso di ufficio*, in *RIDPP* 1991, 321 ss.; T. Padovani, *L'abuso d'ufficio*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, a cura di M.C. Bassiouni, A.R. Latagliata, A.M. Stile, Milano 1991, 584; F. Bricola, *La riforma dei reati contro la pubblica amministrazione: cenni generali*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Coppi, Torino 1993, 18 ss.; R. Rampioni, *L'abuso di ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Coppi, cit., 117 ss.; M. Parodi Giusino, *Abuso d'ufficio*, in *DigDPen*, VIII (app. aggiorn.), Torino 1994, 600 ss.; A. Pagliaro,

sotto una rubrica più asciutta («abuso d'ufficio») stabili: «il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni. Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due a cinque anni».

È il caso di segnalare, sia pur sinteticamente, come la complessità dell'intervento normativo dovuto alla legge del 1990 (con abrogazioni, sostituzioni ed aggiunzioni), la consueta mancanza di norme transitorie, unita alla importanza ed alla delicatezza della materia e alla presenza di numerosissimi procedimenti penali pendenti su tutto il territorio nazionale per delitti contro la pubblica amministrazione, segnarono l'inizio di un dibattito, poi mai più interrotto, sulla tematica, di carattere generale, della successione di norme penali nel tempo. Infatti, fu la prima volta che si delineò con nettezza la ormai nota distinzione tra *abrogatio cum abolitione* e *abrogatio sine abolitione*²⁹.

6. Tuttavia, i risultati sperati dall'intervenuta riforma dell'abuso di ufficio non furono raggiunti e, pochi anni dopo, il legislatore ritornò a modificare l'art. 323 del codice penale³⁰.

*Principi di diritto penale, parte speciale*⁷, Milano 1995, 242 ss.; P. Pisa, *Abuso di ufficio*, in *EG*, II, Roma 1995, 10; A. Segreto, G. De Luca, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*², Milano 1995, 514 ss.; C. Cupelli, *La riforma del 1990*, in *Il "nuovo" abuso di ufficio*, cit., 15 ss.

²⁹ Sul punto, mi permetto di rinviare a B. Romano, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano 1996, 66 ss.

³⁰ Sul testo dovuto alla l. 16.7.1997 n. 234, ed alla l. 6.11.2012 n. 190: C. Cupelli, *Il nuovo abuso d'ufficio: tra vecchi problemi e nuove prospettive*, in *Legalità e giustizia*, 1998, 47 ss.; Id., *L'abuso di ufficio*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di B. Romano, A. Marandola, cit., 273 ss.; M. Gambardella, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit.; A. Tesauro, *Violazione di legge ed abuso di ufficio*, Torino 2002; S. Seminara, *Art. 323*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di A. Crespi, F. Stella, G. Zuccalà. Padova, 2003, 938 ss.; A. di Martino, *Abuso d'ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. Bondi, A. di Martino, G. Fornasari, cit., 236 ss.; A. Manna, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Torino 2004; E. Infante, *Abuso d'ufficio*, ne *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Trattato di Diritto penale, parte speciale*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, cit., 295 ss.; G. Ruggiero, *Abuso d'ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione. Trattato di diritto penale. Parte speciale*, a cura di C.F. Grosso, M. Pelissero, cit., 345 ss.; C. Benussi, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, Padova 2016, 411 ss.; M. Catenacci, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in *Reati contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia*, a cura di M. Catenacci, cit., 131 ss.; S. Fiore, *Abuso d'ufficio*, ne *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di S. Fiore, G. Amarelli, Torino 2018, 223 ss.; S. Massi, *Parametri formali e "violazione di legge" nell'abuso d'ufficio*, in *AP* 2019, 5 ss.; M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 349 ss.; A. Merlo, *Le modifiche del 1997 e del 2012*, ne *Il "nuovo" abuso di ufficio*, cit., 33 ss.

Nuovamente, con l. 16.7.1997 n. 234, l'art. 323 Cp fu integralmente sostituito, con tale testo: «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 norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità».

Più recentemente, la l. 6.11.2012 n. 190 (c.d. legge Severino, significativamente intitolata «disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione»), nel consueto rilancio in termini di gravità della cornice edittale, ha addirittura aggravato la pena prevista dal primo comma dell'art. 323 Cp, sostituendo le parole «da sei mesi a tre anni» con le seguenti: «da uno a quattro anni».

Inutile ribadire che i problemi sopra indicati non soltanto non sono stati superati con i due interventi normativi da ultimo considerati, ma si sono persino ulteriormente complicati, considerato l'aumento di pena.

7. Con tali premesse, non può stupire che il lungo e tormentato cammino dell'abuso di ufficio recentemente abbia incrociato, ancora una volta, il legislatore. Infatti, con il d.l. 16.7.2020 n. 76, recante «misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale», convertito (sul punto) senza modificazioni dalla l. 11.9.2020 n. 120, il legislatore è nuovamente intervenuto sull'abuso di ufficio³¹. In particolare, l'art. 23 del citato d.l. 16.7.2020 n. 76, ha disposto che, all'art. 323 co. 1 Cp, le parole «di norme di legge o di regolamento,» siano sostituite dalle seguenti: «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

³¹ Sull'intervento del 2020: 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; G. Insolera, *Quod non fecerunt barbarini fecerunt barbari. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76*, in *DisCrimen*, 31.7.2020; B. Romano, *La continua riforma dell'abuso di ufficio e l'immobilismo della pubblica Amministrazione*, cit.; Id., *La prima pronuncia della Cassazione sul "nuovo" abuso di ufficio e l'abolitio criminis parziale*, cit.; Id., *Il "nuovo" abuso d'ufficio e l'abolitio criminis parziale*, cit.; Id., *Legittima la scelta di abrogare parzialmente l'abuso di ufficio mediante decreto-legge*, cit.; Id., *La Cassazione ribadisce la parziale abolitio criminis dell'abuso di ufficio*, cit.; Id. (a cura di), *Il "nuovo" abuso di ufficio*, cit. (e ivi soprattutto i contributi di G.L. Gatta, M. Gambardella, T. Padovani).

Dopo la feroce “caccia all'uomo”, ed al funzionario infedele, tipici della legge Severino e, soprattutto, della c.d. spazza-corrotti (l. 9.1.2019 n. 3, recante «misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici»), si è tentata una sorta di rivoluzione copernicana, frutto di un approccio diverso.

Più precisamente, il decreto-legge *de quo* agisce dichiaratamente – secondo il comunicato stampa diffuso subito dopo l'approvazione da parte del Consiglio dei Ministri del 7.7.2020, nonché la stessa conferenza stampa dell'allora Presidente del Consiglio – al fine di semplificare i procedimenti amministrativi, eliminare e velocizzare gli adempimenti burocratici, digitalizzare la pubblica amministrazione, sostenere l'economia verde e l'attività di impresa. A tal fine, si opera con semplificazioni in materia di contratti pubblici ed edilizia, semplificazioni procedurali e responsabilità, misure di semplificazione per il sostegno e la diffusione dell'amministrazione digitale, semplificazioni in materia di attività di impresa, ambiente e *green economy*.

Quanto allo specifico tema della responsabilità dei pubblici agenti, si agisce “a forbice”, sia sotto il profilo della responsabilità erariale, che sotto quello della responsabilità penale.

Per quanto attiene, in particolare, alla responsabilità erariale, innanzitutto si incide sull'art. 1 della legge sulla Corte dei conti (l. 20/1994), al quale si aggiunge che «la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso». Pertanto, il procuratore della Corte dei conti non potrà limitarsi a provare che la condotta sia stata frutto della previsione e volontà dell'incolpato, ma deve dimostrare la volontà dell'evento. Inoltre, l'art. 21 del d.l. 76/2020 prevede che, limitatamente ai fatti commessi dal 17.7.2020 e fino al 31.7.2021, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti «è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta», a meno che non si tratti di danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente: siamo in presenza, dunque, di una specie di scudo erariale, pur dalla portata transitoria.

L'altra parte della “sforbiciata”, invece, riguarda da vicino il diritto penale e incide direttamente sull'art. 323 Cp. Rispetto al passato, non è più sufficiente che il pubblico funzionario violi qualsiasi norma di legge o di regolamento.

Innanzitutto, occorre che la violazione concerna leggi o atti aventi forza di legge: pertanto, “norme primarie” e non più anche il regolamento. Questa modifica ha una

portata di grande respiro, tagliando di fatto la punibilità di un numero elevatissimo di condotte prima punibili.

Inoltre, il d.l. 76/2020 richiede che la violazione sia (non più di qualsiasi violazione di una norma, ma) «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità». Anche questa innovazione restringe notevolmente la sfera del penalmente rilevante, poiché non sembrerebbe potersi più fare riferimento – come faceva la precedente giurisprudenza – alla violazione dell'art. 97 Cost. (con il generico riferimento al buon andamento e all'imparzialità dell'amministrazione, che tutto può fagocitare e comprendere) ma occorre individuare singole condotte espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge.

Infine, il d.l. 76/2020 chiarisce che occorre la violazione di specifiche regole di condotta, espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge, «dalle quali non residuino margini di discrezionalità». Dunque, se il pubblico agente esercita un potere discrezionale, non dovrebbe essere possibile farne derivare una responsabilità penale, almeno per il delitto di abuso di ufficio.

Con l'ultimo intervento normativo si è tentato, quindi, nuovamente di incidere sull'abuso di ufficio e di limitare la “burocrazia difensiva”. Rimangono, peraltro, alcuni profili dubbi, quali – ad esempio – quello legato alla punizione dell'inosservanza di regole di condotta puramente formali o di natura meramente procedimentale, benché fissate dalla legge o da atti aventi forza di legge e prive di margini di discrezionalità. Si sarebbe potuto, allora, ulteriormente specificare che le regole violate dovrebbero essere collegate alle funzioni e al servizio esercitato o riguardare la disciplina degli interessi affidati alla tutela della pubblica amministrazione.

In ogni caso, a fronte di tutte le ricordate riforme, ed anche di quella intervenuta nel 2020, il delitto di abuso di ufficio non è giunto ad una versione rassicurante e dai confini certi e predeterminati³².

8. La prova del nove di un esito normativo indeterminato e fumoso è nei numeri. Come emerge dalla relazione al d.d.l. S. 808, nel 2021 vi sono state 4.745 iscrizioni nel registro degli indagati, con ben 4.121 provvedimenti di archiviazione. Le condanne, invece, sono state 18 in dibattimento in primo grado (naturalmente, passibili di riforma

³² Cfr. anche A. Sessa, *L'art. 323 c.p.: l'abuso d'ufficio del “quinto” tipo tra dommatica di garanzia e razionalità della politica criminale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 2022, 625 ss.

in appello o in Cassazione), 9 davanti al GUP e sono intervenute 35 sentenze di patteggiamento. Nel 2022 sono state iscritte nel registro degli indagati 3.938 persone, con 3.536 archiviazioni.

Numeri insostenibili, che meritano una profonda riflessione critica³³. Come anticipato, la scelta fatta con il d.d.l. S. 808 non è stata quella di riformulare ulteriormente il delitto *de quo*, ma è stata quella di abrogarlo, anche sulla base della considerazione che non mancano – nel ricco panorama dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione – altre norme incriminatrici, più specifiche e severe, che potrebbero punire singole condotte³⁴. È dunque opportuno verificare, naturalmente dal mio punto di vista, se tale scelta sia possibile, sia condivisibile oppure se vi siano prevalenti ragioni contrarie.

9. Un primo ordine di obiezioni e di riserve critiche sulla possibilità di abrogare l'abuso di ufficio è riconducibile alla ritenuta presenza di vincoli sovranazionali che impedirebbero di perseguire tale esito.

In particolare, si afferma che l'Italia, abrogando l'art. 323 Cp, violerebbe gli obblighi internazionali che impongono una penalizzazione di condotte abusive, innanzitutto per contrasto con l'art. 19 della Convenzione di Merida del 2003, ratificata dal nostro Paese con la legge n. 116 del 2009³⁵. Ciò esporrebbe inoltre la scelta legislativa a vizi di

³³ Per una rassegna stampa dei casi più celebri, cfr. <https://presuntoinnocente.com/documenti-chi-abusa-dellabuso>. Per una diversa lettura, C. Pagella, *L'abuso d'ufficio nella giurisprudenza massimata della Corte di Cassazione: un'indagine statistico-criminologica su 500 sentenze*, in *SP* 2023, 229 ss.

³⁴ Per tale conclusione, sia pur in termini problematici, già: B. Romano, *La continua riforma dell'abuso di ufficio e l'immobilismo della pubblica Amministrazione*, cit.; Id., *Finalmente una spallata all'inutile totem dell'abuso di ufficio*, cit., 7. Analogamente, con sfumature diverse, tra gli altri: V. Manes, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, in *RIDPP* 1997, 1234 s.; S. Perongini, *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio*, in *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione*, a cura di A.R. Castaldo, cit., 20; L. Stortoni, *Intervento*, ivi, 117 ss.; A. Merlo, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, Torino 2019, 124; Id., *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, in www.sistemapenale.it, 1.3.2021, 16; G. Fiandaca, A. Merlo, *Non si sblocca l'Italia senza togliere potere alla repubblica giudiziaria*, ne *Il Foglio*, 9.7.2020, IV; A. Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in www.sistemapenale.it, 20.11.2020, 12 s.; S. Vinciguerra, *Prime riflessioni su due recenti modifiche dell'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*, in *FI* 2020, 373; L. Della Ragione, *L'abuso d'ufficio riformato tra diritto penale ed extrema ratio di tutela*, in *La riforma dell'abuso d'ufficio*, a cura di A.R. Castaldo, M. Naddeo, Torino 2021, 126; S. Fiore, *Abuso d'ufficio*, ne *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*², a cura di S. Fiore, G. Amarelli, Torino 2021, 289; E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio. Una questione aperta*, Napoli 2022, 349 ss.

³⁵ M. Romanelli, *L'insostenibile leggerezza della paura (della firma)*, in *SP* 2023, 55. In senso adesivo, B. Musolino, *Prospettive per una nuova riforma dell'abuso d'ufficio: è l'abrogazione dell'art. 323 c.p. la soluzione definitiva per superare la "paura della firma"?*, in *PDP*, 11.7.2023, 12.

costituzionalità (anche se *in malam partem*), per contrasto con l'art. 117 Cost.³⁶.

Inoltre, sarebbe ostativa ad una ipotesi di abrogazione anche la recente Proposta di Direttiva UE in materia di contrasto alla corruzione del 3.5.2023 – Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta contro la corruzione, che sostituisce la decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio e la convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio – ove all'art. 11 è previsto, per la prima volta, un obbligo di incriminazione dell'abuso di ufficio³⁷.

Tuttavia, a mio avviso, la Convenzione di Merida è una “Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione” che infatti impone un obbligo di incriminazione per le sole fattispecie corruttive (artt. 15 e 16), per le quali adopera l'espressione «*shall adopt*» (adotteranno); mentre all'art. 19 rimette la scelta di criminalizzazione dell'abuso d'ufficio agli Stati membri, tanto è vero che utilizza la diversa espressione «*each State party shall consider adopting*» (ciascun Stato membro valuterà di adottare), anche alla luce del quadro complessivo della legislazione interna³⁸.

Quanto poi alla Proposta di Direttiva UE in materia di contrasto alla corruzione del 3.5.2023, da un lato essa conferma che nella Convenzione di Merida non vi è un obbligo di incriminazione per l'abuso di ufficio³⁹. Ma soprattutto, occorre considerare che, sulla stessa Proposta di Direttiva, la XIV Commissione della Camera dei Deputati (Politiche dell'Unione Europea) il 19.7.2023 ha redatto un “parere motivato” (ai sensi dell'art. 6, Protocollo n. 2, allegato al TUE e al TFUE), esponendo le ragioni per le quali entrerebbe in frizione con il principio di sussidiarietà e con il principio di proporzionalità, e, per quanto riguarda proprio il reato di abuso d'ufficio ha sottolineato, tra l'altro, come non sia dimostrato «l'asserito carattere transnazionale del fenomeno criminale oggetto della disciplina, invocato dalla Commissione europea a sostegno della conformità dell'intervento normativo al principio di sussidiarietà». E il parere negativo della Commissione Politiche dell'UE è stato confermato dall'aula

³⁶ C. Cupelli, *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in www.sistemapenale.it, 23.1.2023; G.L. Gatta, *L'annunciata riforma dell'abuso di ufficio: tra “paura della firma”, esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, in *SP* 2023, 169.

³⁷ Così G.L. Gatta, *L'annunciata riforma dell'abuso di ufficio*, cit., 169.

³⁸ Analogamente, L. Stortoni-G.S. Califano, *Ex falso sequitur quodlibet: l'invocazione di vincoli sovranazionali nel dibattito sull'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, in *DisCrimen*, 8.6.2023.

³⁹ Così, L. Stortoni-G.S. Califano, *Ex falso sequitur quodlibet*, cit.

della Camera il 26.7.2023 (con 187 sì, 100 contrari e 3 astenuti)⁴⁰.

10. Un secondo ordine di obiezioni all'intervento abrogativo riguarda la possibile riespansione di altre fattispecie, punite più gravemente⁴¹.

In realtà, però, tale preoccupazione prova troppo perché, rispetto a fattispecie più gravi, il vigente art. 323 Cp già soccombe per effetto della prevista clausola di riserva, anzi di consunzione, «salvo che il fatto non costituisca un più grave reato»⁴².

L'unico esito da contrastare sarebbe, semmai, una interpretazione estensiva delle fattispecie più gravi che, pur non potendosi escludere, sarebbe possibile già oggi, in presenza del vigente delitto di abuso di ufficio⁴³.

11. All'opposto, secondo una diffusa opinione, l'abrogazione dell'art. 323 Cp lascerebbe vuoti di tutela e indebolirebbe la salvaguardia apprestata dai delitti contro la pubblica amministrazione⁴⁴. Inoltre, l'abrogazione del delitto di abuso di ufficio favorirebbe il consolidamento, ed anzi la diffusione, di condotte lontane dai parametri fissati dall'art. 97 Cost.⁴⁵.

Ora, è veramente singolare che ormai da decenni ci si lamenti di un diffuso panpenalismo, di una inflazione penale, di un uso simbolico della legislazione penale, e si spinga verso ipotesi di ampia depenalizzazione (o decriminalizzazione); ma, di contro, ogni qual volta si tenti di eliminare uno o due reati dal panorama penalistico, peraltro affollato da migliaia di incriminazioni che probabilmente colmeranno i vuoti

⁴⁰ In senso critico su tale voto parlamentare, cfr. comunque M. Gambardella, *La "proposta di direttiva in materia di lotta alla corruzione" al vaglio del Parlamento: qualche riflessione sui reati di abuso d'ufficio e traffico di influenze*, in www.sistemapenale.it, 27.7.2023.

⁴¹ Per questa preoccupazione M. Pelissero, *L'instabilità dell'abuso d'ufficio e la lotta di Sumo*, in *DPP* 2023, 618.

⁴² Infatti M. Pelissero, *L'instabilità dell'abuso d'ufficio e la lotta di Sumo*, cit., 618, ritiene, dal mio punto di vista erroneamente, trattarsi di una «clausola di sussidiarietà».

⁴³ Analogamente, E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio*, cit., 351.

⁴⁴ In tal senso, tra gli altri: P. Tanda, *Abuso d'ufficio: eccesso di potere e violazione di norme di legge o regolamento*, in *CP* 1999, 2133 s.; G. Salcuni, *La "disciplina altrove". L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, Napoli 2019, 213; M. Parodi Giusino, *In memoria dell'abuso d'ufficio? Osservazioni critiche sulla riforma dell'art. 323 c.p.*, in *SP* 2021, 100 ss.; G. Morbidelli, *Il contributo dell'amministrativista alla riforma dell'abuso d'ufficio*, in *AA.VV., La riforma dell'abuso d'ufficio*, Milano 2000, 24. Più recentemente, M. Donini, *Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell'abuso di ufficio*, in www.sistemapenale.it, 23.6.2023; R. Garofoli, *La annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: le preoccupazioni dei sindaci tra pnrr e rilancio della macchina dello Stato*, in www.sistemapenale.it, 27.3.2023; A. Manna, *L'abolizione dell'abuso d'ufficio: "cronaca di una morte annunciata"?*, in *DisCrimen*, 7.7.2023.

⁴⁵ A.R. Castaldo, *La riforma del 2020*, in *La riforma dell'abuso d'ufficio*, a cura di A.R. Castaldo, M. Naddeo, cit., 79; M. Pelissero, *L'instabilità dell'abuso d'ufficio e la lotta di Sumo*, cit., 619.

creati, si alzino gli scudi e si gridi alla possibile diffusione della criminalità. Mi viene in mente «*not in my back yard*», «non nel mio giardino»: tutti si dichiarano, in astratto, favorevoli ad uno sfoltoimento della foresta penalistica, ma poi – in concreto – non è mai la disposizione “giusta” quella da abrogare⁴⁶.

Peraltro, lunghe ed approfondite riflessioni sul carattere frammentario del diritto penale, e sul suo dover essere *extrema ratio*, dovrebbero semmai dare maggiore spazio e controllo all'apparato amministrativo, perché non tutti gli eventuali illeciti configurabili devono necessariamente essere illeciti penali⁴⁷.

12. In parziale continuità con le riserve sopra indicate, vi è chi afferma che l'abrogazione dell'abuso di ufficio indebolirebbe la “lotta” alla corruzione, almeno della corruzione “in senso ampio”⁴⁸.

In realtà, in un sistema come il nostro basato sul principio di stretta legalità e sul divieto di interpretazione analogica *in malam partem*, non sembra opportuno affidarsi a fattispecie che dovrebbero avere ampi ed indeterminati campi applicativi o che dovrebbero svolgere funzioni e rivestire ruoli eccedenti i predeterminati e circoscritti settori di intervento repressivo⁴⁹.

Né sarebbe ragionevole affermare che il delitto di abuso di ufficio è una disposizione da utilizzare come una sorta di “cavallo di Troia”, una “fattispecie spia” per scoprire e disvelare contigue sacche di illegalità⁵⁰. Altrimenti, si dovrebbe immaginare un sistema penale ancora più ricco e pregno di incriminazioni, con una sorta di “grande fratello” occhiuto, in chiave penalistica, che perseguisse ogni comportamento minimamente

⁴⁶ Per una sintesi, B. Romano, *Diritto penale, parte generale*, cit., in particolare 29 ss., 132 ss., 589 ss.

⁴⁷ Sul punto, cfr. le osservazioni di G. Viciconte, *Il controllo del giudice penale e del giudice contabile sulla discrezionalità amministrativa: la legalità dell'esperienza giuridica concreta*, in *Rivista della Corte dei Conti* 2021, 3, 50 ss. ed in *DisCrimen*, 2.8.2021.

⁴⁸ M. Gambardella, *La “proposta di direttiva in materia di lotta alla corruzione” al vaglio del Parlamento*, cit., 3; Id., *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel “disegno di legge Nordio”*, in *www.sistemapenale.it*, 26.11.2023; G.L. Gatta, *L'annunciata riforma dell'abuso di ufficio: tra “paura della firma”*, cit., 169.

⁴⁹ Neppure sembra avere rilievo la direttiva PIF (Protezione Interessi Finanziari) – direttiva (UE) 2017/1371, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, attuata con d.lgs. 14.7.2020 n. 75, poi modificato con d.lgs. 4.10.2022 n. 156 – la quale, all'art. 4, § 3, non impone un obbligo di incriminazione avente ad oggetto specificamente l'abuso d'ufficio, ma un'ipotesi di reato – denominata «*misappropriation*» (appropriazione indebita) – che sembra riconducibile all'ambito di applicazione di altre fattispecie incriminatrici previste nel nostro ordinamento, quale, ad esempio, il peculato (più precisamente, il vecchio peculato per distrazione).

⁵⁰ Così, invece, R. Cantone, *Ancora in tema di abuso d'ufficio e traffico di influenze illecite (d.d.l. Nordio)*, in *www.sistemapenale.it*, 19.9.2023.

illecito, sulla base della considerazione che, induttivamente, dal piccolo illecito sarebbe possibile risalire al grande delitto o a “sistemi” criminali.

Un siffatto modo di pensare ricorderebbe la distorta lettura de “il fine giustifica i mezzi” di machiavelliana memoria. Saremmo di fronte ad un regime certamente autoritario, in quanto soffocherebbe le libertà dei cittadini⁵¹. È forse la stessa idea che sta alla base di molte impostazioni, dal mio punto di vista illiberali, sul superamento della prescrizione del reato come istituto a garanzia delle libertà individuali⁵².

13. Ancora, secondo una ulteriore lettura, l'abrogazione dell'art. 323 Cp distoglierebbe l'attenzione da ben altri profili di necessaria riforma relativi ai delitti contro la pubblica amministrazione⁵³.

Ora, che ci siano altri profili meritevoli di attenzione e di un afflato riformatore, proprio nel quadro dei delitti contro la pubblica amministrazione, è dato certo. Ma da qualche parte bisogna pur sempre iniziare. E a me sembra che proprio il delitto di abuso di ufficio e il delitto di traffico di influenze illecite rappresentino un buon punto di inizio⁵⁴.

In un Paese nel quale è complicato fare riforme organiche e che, nonostante i vari tentativi esperiti nel passato, ha come suo testo fondamentale il codice penale del 1930, la sindrome del “benaltrismo” condurrebbe a non fare neppure le riforme, pur settoriali, contingentemente possibili.

14. Un ultimo argomento teso a confutare la ragionevolezza di una possibile abrogazione del delitto di abuso di ufficio è legato alla considerazione che, in fondo, il sistema giudiziario italiano sarebbe in grado di distinguere il grano dal loglio. Fuor di metafora, proprio l'elevato numero di archiviazioni e di assoluzioni dimostrerebbe che il “pericolo” dell'abuso di ufficio è schivato dalle poche condanne intervenute.

⁵¹ Apparentemente opposta la lettura di M. Donini, *Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell'abuso di ufficio*, cit., per il quale l'abrogazione dell'abuso di ufficio lascerebbe i cittadini privi di tutela di fronte alla pubblica amministrazione.

⁵² B. Romano, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, in *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, a cura di G. Cocco, Milano 2016, 119 ss., in www.penalecontemporaneo.it, 15.2.2016, ed in *DPenCont* 2016, 79 ss.

⁵³ Così M. Pelissero, *L'instabilità dell'abuso d'ufficio e la lotta di Sumo*, cit., 619.

⁵⁴ Per i miei rilievi critici sul delitto di cui all'art. 346-bis Cp: B. Romano, *L'insostenibile leggerezza del traffico di influenze illecite*, in *Giurisprudenza Penale Web* 2021, 11; Id., *La Cassazione prova nuovamente a definire l'inafferrabile traffico di influenze illecite*, in *Giurisprudenza Penale Web* 2022, 1; Id., *Il fumus dello sfuggente traffico di influenze illecite*, ne *Il Penalista*, *Giurisprudenza commentata del 6.5.2022*.

Saremmo dunque in presenza della «capacità della giurisprudenza di selezionare gli abusi penalmente rilevanti»⁵⁵; e comunque non sarebbe ragionevole ipotizzare l'abrogazione di reati per i quali le raccolte di giurisprudenza contengono poche condanne, come «per i delitti di strage, di epidemia, di avvelenamento di acque, o per vari disastri»⁵⁶.

A mio avviso, tuttavia, la prima obiezione sembra dimenticare che «il processo è di per sé una pena»⁵⁷ e che ancor di più lo è oggi per i noti effetti della c.d. legge Severino in materia di sospensione automatica dalla carica di chi sia stato condannato in via non definitiva per reati di particolare gravità o commessi contro la pubblica amministrazione⁵⁸.

Quanto al fatto che esistano reati gravissimi per i quali intervengono poche condanne, questo è un dato certamente vero. Tuttavia, per quel che attiene al delitto di abuso di ufficio, il vero problema non è che ci siano poche condanne, ma che ci siano troppe archiviazioni o troppe assoluzioni: dunque un numero eccessivo di procedimenti penali a fronte di rari accertamenti della responsabilità penale. Con vite stravolte; carriere irrimediabilmente bruciate; elezioni poste nel nulla (con la sottrazione dell'innocente, presunto colpevole, all'unico giudice che – in quanto innocente – gli sarebbe dovuto spettare: il corpo elettorale) con un *vulnus* per la stessa democrazia.

15. In conclusione, di fronte alle numerose riforme sin qui susseguitesi, con gli esiti insoddisfacenti sopra ricordati, la via di una ulteriore rimodulazione del delitto di abuso di ufficio – peraltro da moltissimi anni oggetto di attente, e prevalentemente critiche, letture da parte della dottrina italiana – richiamerebbe alla mente una sorta di tela di Penelope, che lascerebbe la situazione normativa perennemente perfettibile, ma concretamente imperfetta.

Dunque, mi sembra che le ragioni di una possibile strada abrogatrice prevalgano su

⁵⁵ R. Garofoli, *La annunciata riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 6.

⁵⁶ M. Donini, *Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell'abuso di ufficio*, 4.

⁵⁷ F. Carnelutti, *Pena e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, I, 161; Id., *Principi del processo penale*, Napoli 1960, 55.

⁵⁸ Con sentenza n. 35 del 2021, in www.cortecostituzionale.it, la Corte costituzionale ha peraltro dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8 co. 1 lett. a del d.lgs. 31.12.2012 n. 235 (Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi, a norma dell'art. 1 co. 63 l. 6.11.2012 n. 190), sollevate dal Tribunale ordinario di Genova, in riferimento agli artt. 117 e 122 Cost. e al principio di leale collaborazione, nonché in riferimento all'art. 117 co. 1 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 3 del Protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmato a Parigi il 20.3.1952.

una visione più prudente, tendente ad una sostanziale conservazione dello *status quo*. E ciò in linea con l'*in dubio pro reo*, o con una sua possibile esplicitazione («meglio un colpevole fuori che un innocente in galera»), che ormai da centinaia di anni aleggia, per fortuna (ma, evidentemente, con alterne fortune), sul diritto penale e sulla procedura penale⁵⁹.

In questa luce, ove mai l'abrogazione del delitto di abuso di ufficio lasciasse limitati vuoti di tutela in settori ancora meritevoli dell'intervento del diritto penale, si potrebbe intervenire selettivamente. Del resto, nella stessa relazione al d.d.l. S. 808 testualmente si afferma che «resta ferma, peraltro, la possibilità di valutare in prospettiva futura specifici interventi additivi volti a sanzionare, con formulazioni circoscritte e precise, condotte meritevoli di pena in forza di eventuali indicazioni di matrice euro-unitaria che dovessero sopravvenire».

⁵⁹ *Digesto giustiniano*, 50.17.125.