

Dibattiti

ABUSO D'UFFICIO

Abuso d'ufficio: reato da abrogare?

venerdì 09 aprile 2021

Dopo la recente modifica ad opera del D.L. n. 76/2020, convertito in Legge n. 120/2020, il tema della riforma dell'abuso d'ufficio continua ad animare il dibattito politico, complice la necessità di evitare il fenomeno della 'amministrazione difensiva' e l'esigenza di ripartenza del Paese. Tra le ipotesi sul tavolo, vi è anche quella dell'abrogazione della fattispecie. Ospitiamo pertanto il confronto tra il Dott. Luca Della Ragione, Magistrato presso il Tribunale di Napoli, e il Prof. Avv. Andrea R. Castaldo, Professore ordinario di Diritto Penale presso l'Università degli Studi di Salerno, sui pro e i contra dell'abrogazione dell'art. 323 c.p.



Pro

Della Ragione Luca Magistrato e dottore di ricerca in diritto penale

I problemi dell'abuso d'ufficio ante-riforma

La lunga e tormentata storia legislativa dell'art. 323 c.p. vede compiersi il suo ultimo atto nel 2020, quando il D.L. 76/2020, conv. in l. 120/2020 interviene per l'ennesima volta, nei trenta anni dalla sua introduzione, a modificare la fattispecie incriminatrice (da ultimo v. S. Fiore, *Abuso d'ufficio*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica amministrazione*, Padova, 2021, 275 ss.; M. Pelissero, *I delitti contro la Pubblica amministrazione*, in Bartoli, Pelissero, Seminara, *Diritto penale, Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2021, 516 ss.).

La disciplina originaria del 1930 era caratterizzata dalla presenza di due delitti che presentavano una formulazione alquanto generica. L'art. 323 prevedeva il c.d. abuso innominato, consistente nel fatto del "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 preveduto come reato da una particolare disposizione di legge". Completava la tutela il delitto di interesse privato in atti di ufficio (art. 324), punito più gravemente dell'abuso innominato.

La dottrina più attenta al rispetto del principio di legalità e all'esigenza di evitare intromissioni indebite del giudice penale nella valutazione di scelte di merito della P.A. aveva proposto una interpretazione restrittiva della fattispecie, richiedendo la strumentalizzazione abusiva dei poteri dell'ufficio per fini privati e, dunque, una

condotta in violazione della disciplina amministrativa (M. Pelissero, I delitti contro la Pubblica amministrazione, cit., 516 ss.).

Questo assetto di disciplina si presentava insoddisfacente e fonda il primo intervento di riforma con la l. n. 86/1990, che abrogava l'interesse privato in atti d'ufficio e riformulava nei seguenti termini l'art. 323: "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 sino a due anni". Al secondo comma era prevista una fattispecie più grave (punita con la reclusione da due a cinque anni) se il fatto era "commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale".

Nelle intenzioni del legislatore la nuova fattispecie avrebbe dovuto rappresentare una delimitazione dell'area di rilevanza penale ai soli fatti che si estrinsecassero in atti o condotte materiali connotate dalla strumentalizzazione dell'ufficio rivestito a fini di vantaggio o danno a terzi; in particolare, in presenza di atti amministrativi, l'abuso d'ufficio si estrinsecava nei vizi tipici dell'atto amministrativo, costituiti da violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere (M. Pelissero, I delitti contro la Pubblica amministrazione, cit., 516 ss.).

Nella nuova fattispecie, inoltre, sarebbero dovuti confluire i fatti di peculato per distrazione, abuso innominato ed interesse privato in atti d'ufficio che la l. n. 86/1990 aveva abrogato.

La riforma non convinceva buona parte della dottrina: la condotta di abuso continuava ad essere troppo ampia, includendo, in particolare, il vizio dell'eccesso di potere, attraverso il quale si dava al giudice un ampio potere di sindacato sugli atti della p.a.; inadeguato era, inoltre, il trattamento sanzionatorio le cui pene erano state abbassate, diventando così sproporzionate per difetto rispetto ad alcuni fatti che la norma mirava ad includere e non permettendo l'applicazione di misure cautelari e di intercettazioni (M. Pelissero, I delitti contro la Pubblica amministrazione, cit., 516 ss.).

Il legislatore è, quindi, nuovamente intervenuto con la l. 16 luglio 1997, n. 234 che ha riscritto l'art. 323, punendo "il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto".

Emergono dalla lettura della fattispecie nuovi elementi strutturali (ben evidenziati da M. Pelissero, I delitti contro la Pubblica amministrazione, cit., 516 ss.):

a) viene tipizzata la condotta attraverso modalità più specifiche (violazione di legge o di regolamento o omissione di astensione) rispetto al generico riferimento all'abuso d'ufficio;

b) si tratta di un reato ad evento (è necessaria la causazione di un danno o di un vantaggio patrimoniale), mentre la fattispecie previgente di abuso d'ufficio era strutturata come reato di pura condotta a dolo specifico;

c) scomparire il riferimento al vantaggio non patrimoniale;

d) il dolo è connotato attraverso l'avverbio "intenzionalmente".

L'intenzione del legislatore era diretta a limitare l'area di incriminazione in continuità con la linea di politica criminale, limitando il sindacato del giudice penale sulle scelte discrezionali della P.A. (M. Pelissero, I delitti contro la Pubblica amministrazione, cit., 516 ss.).

Gli scopi della riforma del 1997 sono stati tuttavia ridimensionati dalla giurisprudenza di legittimità.

Le questioni sono note è tra queste è possibile ricordare come l'art. 97 Cost. è stato ricondotto "nella sua parte precettiva" – nell'ambito della "violazione di legge" necessaria a qualificare la condotta del funzionario (Cass., Sez. 2, Sentenza n. 46096 del 27/10/2015 Ud. (dep. 20/11/2015) Rv. 265464; Cass., Sez. 6, sent. 12 novembre 2020 n. 31873).

Va poi ricordato l'impiego della teoria della "norma interposta" (o della "violazione mediata") tutte le volte in cui non fosse apprezzabile una diretta violazione di legge o di regolamento. Il caso più discusso è stato quello dell'emanazione di titoli abilitativi in violazione delle previsioni di Piano. Sotto tale aspetto, la Suprema Corte è ferma nell'affermare che la violazione del Piano integra, in via interposta, la violazione delle disposizioni di legge che affidano a tale atto (il piano appunto) il compito della definizione dell'assetto del territorio (nella fattispecie gli artt. 12-13 d.P.R. 380/2001) (Cass., Sez. 6, sent. 12 novembre 2020 n. 31873).

Questione controversa è stata poi quella che attiene alla capacità integratrice delle linee guida ANAC: secondo una interpretazione, trattandosi di disposizioni adottate secondo la procedura di cui all'art. 213, comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, anche rispetto ad esse sarebbe praticabile la logica della norma interposta (V. Neri, Disapplicazione delle linee guida ANAC e rilevanza penale della loro violazione, in Urb. appalti, 2018, p. 145 ss.); secondo altri, invece, le linee guida resterebbero meri atti amministrativi generali, in quanto atti di regolazione di un'Autorità indipendente (V. Valentini, Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi, in Arch. pen., 2018, 3, p. 22 ss.).

Infine, l'apertura della violazione di legge allo sviamento di potere da parte delle Sezioni unite (Cass., Sez. un., Sentenza n. 155 del 29/09/2011 Ud. (dep. 10/01/2012) Rv. 251498), con trasformazione della violazione di legge in violazione della legalità amministrativa tout court.

Gli effetti della riforma del 1997 non risolvevano dunque i problemi sul tappeto.

La valutazione del restyling operato con il c.d. D. L. Semplificazioni

In questo contesto si colloca il D.L. n. 76/2020, che, mantenendo la struttura dell'abuso d'ufficio nato dalla riforma del 1997, ha ulteriormente delimitato la condotta incriminata, che si presenta due modalità alternative, una incentrata su una specifica violazione di legge e l'altra sulla violazione di un obbligo di astensione (S. Fiore, Abuso d'ufficio, cit., 275 ss.).

La prima modalità della condotta richiede la “violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità”.

Il legislatore si è mosso nella direzione di limitare gli spazi del sindacato del giudice penale sugli atti della P.A.

La condotta penalmente rilevante viene circoscritta in relazione a diversi profili:

a) viene anzitutto esclusa la rilevanza dei regolamenti, il che desta preoccupazioni, in quanto l’azione delle amministrazioni pubbliche è disciplinata molto spesso da queste fonti;

b) si attribuisce rilevanza solo alle fonti primarie (legge e fonti a questa equiparate, decreti-legge e decreti legislativi);

c) la fonte deve individuare specifiche regole di condotta, con l’effetto di rendere impossibile il richiamo a leggi con contenuto generico, come l’art 97 Cost. o le altre leggi che prescrivono generiche modalità d’azione dei p.u.;

d) rilevano solo le violazioni di legge che regolano condotte in modo vincolato, senza che siano lasciati “margini di discrezionalità” (come puntualmente rileva M. Pelissero, I delitti contro la Pubblica amministrazione, cit., 516 ss.).

È chiaro il messaggio del legislatore, diretto a liberare i pubblici amministratori dal rischio di un’indagine penale, garantendo una più ampia libertà d’azione in nome della semplificazione ed elidendo le ipotesi di rilevanza penale dell’eccesso di potere (M. Pelissero, I delitti contro la Pubblica amministrazione, cit., 516 ss.).

La seconda modalità della condotta, non toccata dal d.l. n. 76/2020, è costituita dalla violazione di un obbligo di astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti. Si tratta delle ipotesi nelle quali è presente un conflitto tra l’interesse pubblico da perseguire e un interesse che può far capo allo stesso soggetto attivo o ad un prossimo congiunto o rilevare nei casi in cui sia prescritta l’astensione.

Rispetto a questa modalità della condotta non valgono le limitazioni introdotte nel 2020 sulla fonte rilevante: l’obbligo di astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto è direttamente indicato dalla fattispecie incriminatrice, mentre gli altri casi prescritti a cui l’art. 323 rinvia possono essere anche disciplinati da fonti regolamentari (M. Pelissero, I delitti contro la Pubblica amministrazione, cit., 516 ss.).

Sono stati quindi delineati contorni più definiti del fatto tipico, nel rispetto delle ragioni di garanzia che governano la materia penale, e con l’obiettivo di contenere l’uso della incriminazione come leva utile a forzare i limiti che il principio della divisione orizzontale dei poteri.

La preoccupazione del legislatore attiene alla volontà di attenuare gli effetti di quella che è stata definita amministrazione difensiva vale a dire un approccio alla gestione della cosa pubblica caratterizzato dall’adozione di criteri di cautela estrema, che

arriva fino alla paralisi decisionale, da parte dei pubblici funzionari, preoccupati di incorrere nei rigori della legge penale (S. Fiore, Abuso d'ufficio, cit., 275 ss.).

L'intento legislativo di "depotenziare l'abuso di ufficio, senza ricorrere alla scelta 'traumatica' dell'abolizione - forse più coerente ma evidentemente ritenuta politicamente non sostenibile - è stato perseguito, nel tempo, sempre lungo le stesse direttrici, cercando la soluzione nella progressiva introduzione di vincoli (ritenuti) più stringenti al formante giurisprudenziale; i giudici però - come accennato e come meglio vedremo - hanno mostrato una costante insofferenza rispetto a questo indirizzo politico criminale, cercando e trovando spazi interpretativi in grado di ripristinare gli ambiti applicativi che il legislatore intendeva precludere" (S. Fiore, Abuso d'ufficio, cit., 275 ss.).

Non è tuttavia da escludere del tutto che tra le possibili reazioni possa esserci anche il tentativo di mantenere viva la incriminazione, magari distinguendo a seconda di quale sia il tipo di 'discrezionalità' che di volta in volta viene in questione (S. Fiore, Abuso d'ufficio, cit., 275 ss.).

Un profilo preoccupante della riforma sta, come osservato in dottrina, nel messaggio sottostante trasmesso agli amministratori pubblici che rischia un pericoloso scivolamento nella tenuta dell'etica pubblica, ossia l'idea secondo la quale la semplificazione e lo snellimento delle procedure burocratiche, fondamentali nel nostro Paese, vada perseguito anche a costo dell'esercizio dolosamente distorto dei pubblici poteri (M. Pelissero, I delitti contro la Pubblica amministrazione, cit., 516 ss.).

La riforma ha poi posto sul tappeto seri problemi di diritto intertemporale.

Non ci sono infatti dubbi che la norma riformata abbia determinato una riduzione dell'area del penalmente rilevante e che dunque si sia prodotta una parziale abolitio criminis relativamente a fatti prima riconducibili all'art. 323 c.p.

Come già detto, prima della riforma del 2020, l'art. 323 c.p. contemplava due diverse modalità della condotta, realizzate dal pubblico funzionario "nello svolgimento delle funzioni o del servizio" in modo da "intenzionalmente procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero da arrecare ad altri un danno ingiusto".

L'abuso penalmente rilevante poteva quindi essere commesso: 1) in "violazione di norme di legge o di regolamento"; 2) "omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti".

La riforma del 2020 ha inciso solo sulla prima delle modalità della condotta: l'abuso penalmente rilevante non è più quello commesso "in violazione di norme di legge o di regolamento", bensì quello realizzato "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".

La nuova formulazione della fattispecie restringe la materia del divieto, comportando in via di principio una abolitio criminis in relazione ai fatti di abuso d'ufficio commessi prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 76/2020 e non più riconducibili alla nuova versione dell'art. 323 c.p.

Detto altrimenti, ne è derivato un fenomeno di abolitio criminis, limitatamente a quei fatti che, pur integrando gli altri elementi della fattispecie non interessati dalla riforma, esulino dal nuovo ristretto ritaglio di condotte, il quale ultimo soltanto continuerà la penale rilevanza della figura criminosa in esame.

Sul punto, la Suprema Corte (Cass. Sez. F., 25 agosto 2020, n. 32174), ha rilevato che l'abolitio criminis non interessa i fatti riconducibili alla modalità alternativa della condotta di abuso d'ufficio descritta dall'art. 323 c.p. e non modificata dalla riforma: l'omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti. In particolare, si afferma che per effetto dell'ultima modifica normativa dell'art. 323 c.p., la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che nello svolgimento delle funzioni o del servizio viola le norme di legge che ne disciplinano l'esercizio può essere ora integrata solo dalla violazione di "regole di condotta previste dalla legge o da atti aventi forza di legge", cioè da fonti primarie, con esclusione dei regolamenti attuativi, e che abbiano, inoltre, un contenuto vincolante precettivo da cui non residui alcuna discrezionalità amministrativa. Pertanto, si è notevolmente ristretto l'ambito di rilevanza penale del delitto di abuso d'ufficio con inevitabili effetti di favore applicabili retroattivamente ai sensi dell'art. 2, comma 2, c.p. Si sarebbe, cioè, determinata una parziale abolitio criminis in relazione alle condotte commesse prima dell'entrata in vigore della riforma mediante violazione di norme regolamentari o di norme di legge generali e astratte dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità. Sotto altro aspetto, la riforma non esplica alcun effetto con riguardo al segmento di condotta che, in via alternativa rispetto al genus della violazione di legge, riguarda esclusivamente e più specificamente l'inosservanza dell'obbligo di astensione, rispetto al quale la fonte normativa della violazione è da individuarsi nella stessa norma penale salvo che per il rinvio agli altri casi prescritti, rispetto ai quali non pare ugualmente pertinente la limitazione alle fonti primarie di legge, trattandosi della violazione di un precetto vincolante già descritto dalla norma penale, sia pure attraverso il rinvio, ma solo per i casi diversi dalla presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, ad altre fonti normative extra-penali che prescrivano lo stesso obbligo di astensione.

È stato anche affermato (Cass. pen., Sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 442) che "la modifica del delitto di abuso d'ufficio, intervenuta con l'art. 23 del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, che ha sostituito le parole «di norme di legge o di regolamento» con quelle «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità», ha ristretto l'ambito di operatività dell'art. 323 cod. pen. determinando una parziale "abolitio criminis" in relazione alle condotte commesse prima dell'entrata in vigore della riforma mediante violazione di norme regolamentari o di norme di legge generali e astratte dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità".

Nel medesimo contesto si colloca altra recente sentenza secondo cui l'interpretazione della nozione di "violazione di legge" come delineata dalla giurisprudenza in passato risulta pienamente condivisibile anche nel mutato quadro normativo, ribadendo la rilevanza penale del fatto di abuso d'ufficio in materia

edilizia-urbanistica (Cass. Sez. VI, 12 novembre 2020 (ud. 17 settembre 2020), n. 31873).

È stato infine rilevato (Cass. Sez. VI, 9 dicembre 2020, n. 1146), sempre avuto riguardo agli effetti di diritto intertemporale, che la nuova disposizione “ha un ambito applicativo ben più ristretto rispetto a quello definito con la previgente disposizione normativa”. In primo luogo in quanto viene sottratto al giudice penale “l’apprezzamento dell’inosservanza di principi generali o di fonti normative di tipo regolamentare o subprimario (neppure secondo il classico schema della eterointegrazione, cioè della violazione mediata di norme di legge interposte)”; in secondo luogo in quanto la condotta produttiva di responsabilità penale del pubblico funzionario deve essere “connotata, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, dalla violazione di regole cogenti per l’azione amministrativa...specificamente designate in termini completi e puntuali”; in terzo luogo, in quanto le suddette regole comportamentali non devono consentire al pubblico funzionario di agire in un contesto di discrezionalità amministrativa, anche tecnica, da intendersi, a detta della Corte, nel senso di scelta di merito dell’interesse primario pubblico da perseguire in concreto, scelta effettuata all’esito di una ponderazione comparativa tra gli interessi pubblici e quelli privati. Non si può mettere in dubbio che tali affermazioni facciano intravedere una direzione interpretativa che si allinea alle intenzioni sottese all’intervento riformatore: restringere l’ambito di rilevanza penale dell’abuso d’ufficio, precisando i requisiti di fattispecie per rimodulare e contenere il sindacato del magistrato penale sull’attività amministrativa.

Tale ultima pronuncia sembra assicurare rispetto al rischio – da molti evocato – di una persistenza delle derive in senso estensivo che si erano progressivamente consolidate sotto la vigenza della neoriformata fattispecie di abuso, e nonostante i requisiti in essa richiamati (S. Tordini Cagli, *Il reato di abuso d’ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, in www.penaledp.it, 25 febbraio 2021).

In particolare, la Corte sembra aver risposto a chi ha profetizzato la inadeguatezza delle “correzioni” normative rispetto allo scopo, almeno sotto due fondamentali profili: da un lato sbarrando la strada ad un possibile perpetuarsi dell’espansione della condotta di inosservanza di norme di legge attraverso il recupero dell’art. 97 cost., – e dei principi di imparzialità e buon andamento della attività amministrativa ivi enunciati- tra le norme di legge rilevanti; dall’altro, confutando la ipotesi di inclusione nel tipo, attraverso il fenomeno della eterointegrazione, della violazione di norme subprimarie e/o meramente procedurali.

Ora, lo sbarramento esplicito alla considerazione dell’art. 97 cost. quale parametro legale della condotta tipica, operato dalla Corte, dovrebbe riversare i suoi effetti anche sulla radicale esclusione dell’eccesso di potere dall’ambito dei vizi rilevanti ex art. 323 c.p.: esclusione che è obbiettivo primario della riforma ed è espressa nella norma nelle forme di elemento negativo del fatto (dalle quali non residuino margini di discrezionalità). Una tale aspettativa viene in realtà in parte delusa (S. Tordini Cagli, *Il reato di abuso d’ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, cit.). Dopo aver puntualizzato che, secondo la nuova disposizione, la responsabilità penale si arresta davanti all’esercizio del potere discrezionale, anche nel caso di mera discrezionalità tecnica, la Corte infatti precisa:

“sempreché l’esercizio del potere discrezionale non trasmodi in una vera e propria distorsione funzionale dei fini pubblici- c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità- laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito; oppure si sostanzii nell’alternativa modalità della condotta, rimasta penalmente rilevante, dell’inosservanza dell’obbligo di astensione in situazione di conflitto di interessi”.

Le ragioni pro abrogazione della fattispecie

La drastica presa di posizione del legislatore della riforma ha fatto riemergere la contraddizione di fondo che accompagna da sempre la vita dell’art. 323 c.p. (S. Fiore, *Abuso d’ufficio*, cit., 275 ss.).

È invero difficile dare torto a chi individua un legame indissolubile tra la fattispecie di abuso di ufficio e il controllo sull’esercizio della discrezionalità amministrativa finalizzato a punire il suo uso distorto, investendo tale questione il ‘merito amministrativo’ e non solo il controllo della legalità formale dell’azione amministrativa (S. Fiore, *Abuso d’ufficio*, cit., 275 ss.). Fin quando una fattispecie di abuso sarà presente tra i reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione è plausibile e a quanto pare inevitabile che ai tentativi di neutralizzazione operati dal legislatore continui a contrapporsi la reazione uguale e contraria della giurisprudenza per rivitalizzare la incriminazione, restituendola al suo scopo originario.

L’abuso d’ufficio continua ad essere al centro di un dibattito particolarmente vivace, non sopito, anzi forse addirittura rinvigorito, dalla recente riforma. Punto fermo: trovare la chiave per garantire una certezza ex ante, che la contrapposizione tra formante legislativo e formante giurisprudenziale continua a precludere (S. Tordini Cagli, *Il reato di abuso d’ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, cit.).

Occorre chiedersi, a questo punto, se erano prospettabili alternative opzioni di intervento normativo.

Sono sul punto note le proposte di riforma hanno cercato di ricondurre l’uso distorto di un potere discrezionale al diritto penale, muovendosi in direzione opposta a quella seguita dalla recente novella del 2020.

Va ricordato il progetto elaborato dalla Commissione Morbidelli (prima della riforma del 1997), basato su una scomposizione della fattispecie in più titoli di reato, segnatamente “prevaricazione”, “favoritismo affaristico” e “sfruttamento privato dell’ufficio”. , di certo confacente ad una descrizione più precisa dei vari fenomeni criminosi sommariamente riconducibili all’abuso. La soluzione, però, non sarebbe del tutto appagante, almeno nell’attuale temperie, in quanto ogni figura era incentrata su nozioni, quali l’“arbitrarietà” e la “strumentalità” dell’esercizio del potere, bisognose di un cauto approccio ermeneutico (in tema A. Nisco, *La riforma dell’abuso d’ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sistema penale*, 20 novembre 2020).

Altra opzione era quella di modellare la condotta secondo la figura del “conflitto d’interessi” o nell’assoggettare l’evento di danno o vantaggio al requisito della

“manifesta” ingiustizia.

Di particolare interesse è poi la recente proposta cd. “Castaldo e Naddeo” (per la quale si rinvia a A.R. Castaldo (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica amministrazione. Riscrivere l’abuso d’ufficio*, Torino, 2018; Id., *Il reato di abuso d’ufficio: caos normativo, inefficienza della p.a.*, in *Quotidiano Giuridico*, 26 marzo 2019), di rivedere l’art. 323 c.p., inserendo nel testo l’esplicita previsione di un nesso di rischio tra condotta ed evento dannoso-vantaggioso.

Tale elemento avrebbe reso evidente che l’abuso d’ufficio richiede la violazione di norme aventi attitudine preventiva di un evento del tipo di quello in concreto verificatosi; con ciò, si sarebbe assecondata l’esigenza di evitare incriminazioni per violazioni puramente formali.

La proposta ipotizza di intervenire sui tre pilastri della fattispecie (sui quali approfonditamente 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 giugno 2020): la condotta, l’evento e l’elemento soggettivo.

Con riferimento alla condotta, viene circoscritto il perimetro alle violazioni di leggi “formali”, escludendo in tal modo il richiamo ermeneutico a principi costituzionali e ai riferimenti mediati alle fonti primarie. In aggiunta, le norme di legge o regolamento per attivare la contestazione di abuso d’ufficio dovrebbero riguardare lo specifico settore di riferimento. In tal modo, nel caos normativo, sarebbe stata fatta una selezione *ratione materiae* delle fonti essenziali per il virtuoso esercizio della funzione, escludendo che qualsiasi violazione commessa dall’agente pubblico possa attivare l’art. 323 c.p. Su queste basi, emerge una selezione quantitativa e qualitativa del materiale da offrire al vaglio del giudice dibattimentale (F. Coppola, *Abuso d’ufficio: appunti per una possibile riforma dai lavori della Law Commission sulla common law offence of Misconduct in Public Office*, cit.).

Per quanto concerne il risultato offensivo, oltre alla doppia ingiustizia, si richiedeva un nesso di pertinenzialità tra la condotta e l’evento stesso, di modo che non ogni ingiusto vantaggio patrimoniale o danno ingiusto rilevi quale abuso d’ufficio, bensì soltanto quello che la fonte normativa violata voleva prevenire (F. Coppola, *Abuso d’ufficio: appunti per una possibile riforma dai lavori della Law Commission sulla common law offence of Misconduct in Public Office*, cit.).

Passando, infine, alla necessità di rasserenare l’operato del pubblico dipendente sin dal momento della decisione e non soltanto all’esito del giudizio, la proposta che proponeva di introdurre un meccanismo di controllo preventivo per i casi di maggiore complessità. Quest’ultimo, avrebbe potuto offrire un sicuro riparo sin dalle indagini preliminari dalla contestazione della intenzionalità dell’elemento soggettivo, requisito che la fattispecie pretende di affidare al controllo della magistratura procedente nell’ottica di escludere le violazioni in buona fede o comunque non mosse da un chiaro ed esplicito intento contrario all’interesse pubblico (F. Coppola, *Abuso d’ufficio: appunti per una possibile riforma dai lavori della Law Commission sulla common law offence of Misconduct in Public Office*, cit.).

Del pari, ragionevole appare la proposta di prevedere l’esonero da responsabilità per il pubblico agente che si attiene alle linee guida o ai pareri formalmente resi

dall'autorità regionale di controllo.

Questo non ha trovato consenso negli autori che hanno evidenziato problemi nella individuazione pratica di linee guida in materia, con possibili ulteriori ostacoli frapposti all'azione amministrativa (A. Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit.).

Si è ancora osservato come, alla luce dell'attuale esperienza, le linee guida costituiscano più spesso uno strumento di espansione che di limitazione della responsabilità.

Senonchè, l'esimente pare per contro idonea ad arricchire il disvalore della fattispecie di un momento procedurale, finalizzato a setacciare le condotte che, con certezza, superino una prima soglia di illiceità amministrativa – o di rischio consentito – derivante appunto dall'inosservanza di pareri o linee guida, per poi sfociare nell'illiceità penale, ove il rischio si realizzi in uno degli eventi tipici.

Ma se questa è l'esigenza sullo sfondo di una tale raffinata proposta, potrebbe anche ipotizzarsi che lo strumento più idoneo a soddisfarla potrebbe essere una netta "amministrativizzazione" della fattispecie previa depenalizzazione.

Quest'ultima conclusione si collegherebbe anche ad un progetto di riorganizzazione della normativa di settore della pubblica amministrazione e di potenziamento dell'illecito amministrativo, a sua volta espressione del canone costituzionale di sussidiarietà ed extrema ratio del diritto penale (G. Insolera, *Quod non fecerunt barbarini fecerunt barbari*, in *DisCrimen*, 31 luglio 2020; A. Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit.; S. Tordini Cagli, *Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, cit.), oltre che consentaneo ad esigenze di stretta legalità.

I vuoti di tutela sarebbero colmati dalla ri-espansione di altre fattispecie di reato esistenti, consentendo di riassorbire (solo) quei fatti di abuso dotati di meritevolezza e necessità di pena, vale a dire ipotesi di sviamento di potere che si risolvano in una realizzazione – effettiva – di interessi estranei e collidenti con quelli propri dell'attività amministrativa, oggettivamente verificabili, in quanto tali capaci di incidere sul buon andamento, sull'efficacia, sull'imparzialità, della pubblica amministrazione (G. Insolera, *Quod non fecerunt barbarini fecerunt barbari*, cit.; A. Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit.; S. Tordini Cagli, *Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, cit.).

Sempre, tuttavia, nella consapevolezza che la maggior parte delle criticità si annidano fuori dal diritto penale e dunque qualsiasi sia l'opzione prediletta, non potrà per raggiungere il suo scopo, che affiancarsi ad una azione di riforma complessiva della pubblica amministrazione e di potenziamento delle misure extrapenali di supporto (G. Insolera, *Quod non fecerunt barbarini fecerunt barbari*, cit.; A. Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit.; S. Tordini Cagli, *Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, cit.).

Sarebbe quindi necessario, in ossequio al modello di diritto penale quale *extrema ratio*, un rafforzamento dei controlli interni e di una riorganizzazione complessiva della pubblica amministrazione, accompagnata da misure extrapenali capaci di colpire, in virtù della loro prontezza e capacità afflittiva, comportamenti in modo proporzionato al loro disvalore (A. Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit.).

Contro

Castaldo Andrea R. Professore Ordinario di Diritto Penale Università degli Studi di Salerno

Perché si è rivelata utile la riforma dell'abuso d'ufficio

L'interessante contributo di Della Ragione si snoda attraverso un'articolata analisi critica del pre e del post nella riforma dell'abuso d'ufficio. La descrizione della tormentata cronologia dei vari interventi di modifica rappresenta un agevole 'libretto di istruzioni' per il lettore, non soltanto per comprendere le spinte che hanno accompagnato la successione delle norme, ma anche e soprattutto per approfondire l'utilità dell'attuale formulazione e le linee politico-criminali (ancora una volta) de lege ferenda. L'Autore è uno studioso appassionato del diritto penale e l'esperienza di magistrato impegnato nel quotidiano alla 'soluzione del caso concreto' rende le sue riflessioni ancora più coinvolgenti. Egli conclude per una sostanziale abrogazione della fattispecie. Dico subito che ha contemporaneamente ragione (mi scuserà il gioco di parole) e torto. Cercherò di spiegare sinteticamente ciò che mi convince e i passaggi che – al contrario – destano perplessità. Condivido intanto integralmente la parte iniziale, cioè come le modifiche precedenti del delitto di abuso d'ufficio possano e debbano ricondursi – temporalmente e strutturalmente – alla chiara volontà legislativa di recuperare maggiore tipicità in chiave di tassatività e offensività, di conseguenza frenare le fughe in avanti della magistratura giudicante. Gli esempi che l'Autore riporta (il richiamo all'art. 97 Cost., la teoria della norma interposta, le delibere ANAC) testimoniano in modo eloquente il percorso, netto quanto accidentato per le resistenze in fase interpretativa e applicativa della fattispecie, in vista del raggiungimento di un difficile equilibrio. Si arriva così all'attuale formula, sulla quale penso tutti possiamo essere d'accordo nel leggerla come l'ennesimo tentativo del Legislatore di restringere in maniera drastica il perimetro del penalmente punibile. Però, le prime pronunce della giurisprudenza di legittimità sul 'nuovo' abuso d'ufficio, seppur riconoscendo l'effetto dell'abrogatio sine abolitione, si avventurano in una serie di distinguo e di eccezioni, non sempre intrinsecamente coerenti, che sembrano far dubitare della recettività del messaggio che Governo e poi Parlamento hanno voluto veicolare.

Sono nuovamente d'accordo con Della Ragione quando evidenzia come la riforma del 2020 sia stata ispirata dalla necessità di restituire fiducia all'agente pubblico, così tentando di arginare il triste e noto fenomeno della 'fuga dal potere di firma' o, se si preferisce, della 'amministrazione difensiva'. Quanto al tratto di penna che ha cancellato i regolamenti, l'Autore scrive: «il che desta preoccupazioni, in quanto l'azione delle amministrazioni pubbliche è disciplinata molto spesso da queste fonti». Ciò è esatto, ma proprio la quantità e la effimera qualità della tecnica normativa della categoria dei regolamenti li rendeva in primis poco o addirittura non conoscibili e inoltre incerti nella comprensione e applicazione. Sicché è da accogliersi con soddisfazione la loro eliminazione, proprio in funzione del conferire serenità di lavoro al decisore pubblico. Dalle premesse illustrate, dopo essersi confrontato con ulteriori

proposte di riforma, tra cui (e approfittando di questo spazio per ringraziarlo) la Castaldo-Naddeo, a cui viene dedicata particolare attenzione, Della Ragione conclude per l'abrogazione tout-court del delitto, pronunciandosi a favore di una «netta "amministrativizzazione" della fattispecie previa depenalizzazione», collegandosi «ad un progetto di riorganizzazione della normativa di settore della pubblica amministrazione e di potenziamento dell'illecito amministrativo». Come antidoto al vuoto di tutela, infine, si caldeggia la riespansione di fattispecie penali satellite e un'iniezione di maggiore efficacia delle misure extra-penali. Ecco, dicevo, queste righe del ragionamento mi convincono di meno. Intanto, se è vero come è vero che l'Autore censura i costanti tentativi della giurisprudenza di ampliare lo spazio del punibile, non appare allora coerente, anzi diventa pericolosa, l'opzione di affidarsi per la repressione a figure delittuose di contorno, amplificate nei confini applicativi. Aggiungerei un ulteriore profilo: nel dibattito attuale di favorevoli e contrari alla riforma, il contrasto regge pressoché esclusivamente sulla punibilità di condotte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che si traducano in una palese distorsione della trasparenza e legalità dell'agire della Pubblica Amministrazione. Si tratta a mio avviso di un equivoco e di un falso problema, proprio perché la gran parte di tali condotte sono oggi riconducibili, senza coazioni ermeneutiche, alla ipotesi del conflitto di interesse, che non è stata minimamente toccata dalla riforma del 2020. Come noto, infatti, l'inosservanza dell'obbligo di astensione mantiene la medesima formulazione del passato e non è pertanto vincolata al richiamo alla violazione di legge e alle «regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità». In conclusione, la norma vigente rappresenta un utile ed equilibrato punto di arrivo. Da un lato insistendo nel significato politico-criminale di un recupero di fiducia e credibilità nelle istituzioni pubbliche attraverso i vari 'paletti' innestati nell'incriminazione; dall'altro lasciando nella formula concernente il conflitto di interessi la condivisibile scelta di punire le condotte realmente offensive. Nulla è perfetto, tutto è migliorabile. Ma in questo caso accontentarsi del nuovo volto dell'abuso d'ufficio non è simile a un'operazione negativa di maquillage.

Copyright © - Riproduzione riservata