

CAPITOLO 8

L'ABUSO D'UFFICIO

di *Cristiano Cupelli*

SOMMARIO:

1. Le premesse dell'attuale formulazione dell'abuso d'ufficio. – 2. Il bene giuridico tutelato. – 3. Il soggetto attivo. – 4. Il fatto incriminato. – 4.1. L'attività funzionale. – 4.2. La violazione di norma di legge o di regolamento. – 4.2.1. Il *grimaldello* dell'art. 97 Cost. e la riemersione dell'eccesso di potere. – 4.2.2. Le norme regolamentari. – 4.3. Alcuni casi problematici. – 4.3.1. (segue) La violazione delle previsioni contenute nel piano regolatore. – 4.3.2. (segue) Le linee guida ANAC. – 4.4. L'obbligo di astensione. – 4.5. La rilevanza della condotta omissiva. – 5. Il danno, il vantaggio patrimoniale e la c.d. doppia ingiustizia. – 6. Il dolo intenzionale. – 7. Il rischio di un' *amministrazione difensiva*.

1. LE PREMESSE DELL'ATTUALE FORMULAZIONE DELL'ABUSO D'UFFICIO.

Alla formulazione attuale dell'art. 323 c.p. si è pervenuti in seguito a due successive modifiche che hanno radicalmente trasformato l'originaria fattispecie contemplata nel codice del 1930. Questa, invero, aveva una pacifica funzione di chiusura del sistema dei delitti dei pubblici ufficiali, bene espressa dalla rubrica ("abuso di ufficio in casi non preveduti specificamente dalla legge"). Il testo originario puniva, infatti, "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 preveduto come reato da una particolare disposizione di legge"¹.

¹ Nella vasta bibliografia maturata in relazione al delitto di abuso innominato in atti d'ufficio, previsto dall'art. 323 c.p. del codice Rocco, nell'originaria versione del 1930, si rinvia per tutti a F. BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1966, 985 ss.; E. CONTIERI, voce *Abuso innominato di ufficio*, in *Enc. Dir.*, vol. I, 1958, 187 ss.; T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, 76 ss.; Id., *La riforma dell'abuso innominato e dell'interesse privato in atti d'ufficio*, *ivi*, 1986, 1042 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte speciale*, 4^a ed., Milano, 1986, 269 ss.; M. PARODI GIUSINO, voce *Abuso innominato d'ufficio*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, 41 ss.; S. SEMINARA, *Riflessioni sul reato di abuso innominato in atti d'ufficio*, in *Foro it.*, II, 1984, 342 ss.

L'art. 13 della l. 26.4.1990, n. 86, trasformava l'“abuso innominato” in abuso d'ufficio *tout court*, nell'ambito di un intervento ad ampio raggio su tutto il capo relativo ai delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. La norma, in particolare con il 2° co., mirava a rimpiazzare gli abrogati delitti di peculato per distrazione (art. 314 c.p.) e di interesse privato in atti di ufficio (art. 324 c.p.), sui quali si erano registrate applicazioni giurisprudenziali molto criticate dalla dottrina. Al riguardo, l'art. 323 c.p. comprendeva, nel primo comma, le condotte prevaricatrici, sanzionando “il pubblico ufficiale o l'incaricato di 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”; nel secondo, più specificamente, le condotte affaristiche volte a realizzare vantaggi patrimoniali (“se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale”)².

Con la riforma del 1990, il reato usciva altresì dalla categoria degli abusi di potere, connessa alla sola qualità di pubblico ufficiale, divenendone possibile soggetto attivo anche l'incaricato di pubblico servizio (come già per il peculato per distrazione). Divenuto così uno dei cardini del sistema dei delitti degli intranei contro la P.A., la prassi applicativa evidenziava ben presto il fallimento del tentativo del legislatore di definire il fatto in modo sufficientemente determinato e preciso, così da garantire la non sovrapposizione di valutazioni giudiziarie alle scelte discrezionali dell'amministrazione. Il *punctum dolens* risultava l'inidoneità del concetto di abuso di ufficio – “*abusa del suo ufficio*” era il nucleo dell'azione tipica – a costituire un argine sufficiente a contenere interventi a tutto campo del giudice penale o, più esattamente, del P.M. Peraltro, i punti salienti del dibattito possono rinvenirsi tutti nella prima delle numerose ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale proposte dal G.I.P. presso il Tribunale di Piacenza³, laddove si lamentava una descrizione della condotta priva di connotati oggettivamente verificabili ed effettuata in termini talmente generici da demandare la rilevanza penale del fatto all'accertamento dell'elemento soggettivo, di modo che una identica condotta avrebbe potuto

² Sulla formulazione della fattispecie di abuso d'ufficio risultante dalla riforma del 1990 si rinvia, fra i molti commenti e senza pretesa di esaustività, a G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, vol. I, II ed., Bologna, 1997, 242 ss.; A. SEGRETO, G. DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, II ed., Milano, 1995, 514 ss.; C.F. GROSSO, *L'abuso di ufficio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, 321 ss.; 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.; T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, M.C. Bassiouni, A.R. Latagliata, A.M. Stile, vol. I, Milano, 1991, 584; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte speciale*, VII ed., Milano, 1995, 242 ss.; M. PARODI GIUSINO, voce *Abuso d'ufficio*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII (app. aggiorn.), Torino, 1994, 600 ss.; P. PISA, voce *Abuso di ufficio*, in *Enc. giur.*, vol. II, Roma, 1995, 10; R. RAMPIONI, *L'abuso di ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 117 ss.; V. SCORDAMAGLIA, *L'abuso di ufficio*, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 256 ss.; A.M. STILE, *Commento all'art. 16, l. 26/4/1990, n. 86*, in *Leg. pen.*, 1990, 331 ss.

³ In *Dir. pen. e proc.*, 1996, 1136 ss.

indifferentemente essere qualificata come abuso penalmente rilevante o come mera irregolarità amministrativa a seconda della finalità perseguita⁴.

Può ben dirsi, dunque, come, più che le (invero non numerose) condanne, furono proprio gli intralci creati alla P.A. dall'avvio di indagini preliminari, sul presupposto della sindacabilità – in base alla struttura della fattispecie – del merito amministrativo da parte della pubblica accusa, a indurre il legislatore al ripensamento della norma, che ha assunto l'attuale configurazione ad opera dell'art. 1 della l. 16.7.1997, n. 234⁵.

Anche se la rubrica resta ancorata al generico concetto di *abuso di ufficio*, la fattispecie è oggi strutturata in maniera certamente più selettiva; nelle intenzioni del legislatore, il prezzo pagato per il raggiungimento (vedremo poi se effettivamente perseguito) di una maggiore tipizzazione non era indifferente, a cagione della totale sottrazione alla valutazione giudiziaria del c.d. "merito amministrativo". È oggi punito, ai sensi dell'art. 323 c.p., con la reclusione da uno a quattro anni⁶, "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".

Già ad una prima lettura emergono le scelte garantistiche sottese alla riformulazione, così schematizzabili: a) la condotta tipica (funzionale) deve essere caratterizzata dalla violazione di "norme di legge o di regolamento" ovvero di un dovere di astensione; b) il delitto si consuma con la produzione effettiva di un evento di danno

⁴ Per un approfondimento sul punto, sia consento il rinvio a C. CUPELLI, *Il nuovo abuso d'ufficio: tra vecchi problemi e nuove prospettive*, in *Legalità e giustizia*, 1998, 47 ss.

⁵ Per una compiuta analisi dell'evoluzione storica della fattispecie di abuso e dei tratti caratterizzanti l'odierna formulazione, si vedano, tra i molti, 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, Torino, 2004, 236 ss.; A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, *passim*; E. INFANTE, *Abuso d'ufficio*, in *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Trattato di Diritto penale, parte speciale*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino, 2008, 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, Milano, 2015, 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, in *Trattato teorico-pratico di Diritto penale*, diretto da F.C. Palazzo e C.E. Paliero, Torino, 2016, 131 ss.; S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di S. Fiore, G. Amarelli, Milano, 2018, 223 ss.; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2019, 349 ss.

⁶ Cornice editale risultante da una più recente riforma – unicamente *quoad poenam* – dell'art. 323 c.p., intervenuta nel 2012 con la l. n. 190; la riforma del 1997, infatti, la cui descrizione del precetto primario è rimasta immutata, aveva comminato una pena più mite, e cioè la reclusione da sei mesi a tre anni, con rilevanti conseguenze in tema di custodia cautelare, prescrizione, ecc.

o di vantaggio (non è più sufficiente che, come oggetto del dolo specifico, siano solo perseguiti); *c*) il vantaggio ingiusto deve essere di natura patrimoniale (non così il danno); *d*) danno e vantaggio ingiusti devono essere oggetto di dolo intenzionale.

2. IL BENE GIURIDICO TUTELATO.

La profonda evoluzione del delitto e le sue ragioni devono essere tenute presenti nell'interpretazione della norma vigente. Tuttavia, le modifiche di cui si è dato rapidamente conto non sono tali da incidere sulla riferibilità della tutela apprestata al corretto funzionamento della P.A. (intesa in senso lato): legalità, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, assunti a valori costituzionali (art. 97 Cost.), costituiscono di certo i beni giuridici tutelati dall'art. 323 c.p.⁷.

Tale considerazione, a ben vedere, non appare esaustiva, se si considera per un verso che, come è stato accennato in precedenza e sarà precisato in seguito, una sfera di attività illecita dei pubblici agenti è stata espunta – almeno secondo il disegno riformatore – dalla fattispecie, sicché imparzialità e buon andamento sono tutelati solo in rapporto a particolari modalità della condotta; e, dall'altro, che la previsione del danno ingiusto intenzionalmente cagionato, in alternativa all'ingiusto vantaggio patrimoniale, sembra coinvolgere direttamente anche diritti e interessi della vittima della condotta prevaricatrice⁸.

In quest'ottica, la ritenuta plurioffensività consentirebbe la legittimazione del soggetto danneggiato quale persona offesa a proporre opposizione alla richiesta di archiviazione del P.M. Invero, va osservato come anche il danno ingiusto subito dal soggetto prevaricato passi necessariamente attraverso un comportamento lesivo degli interessi tradizionali dell'amministrazione e solo nei limiti della tutela a questa apprestata: sicché, sotto questo aspetto, la tutela del diritto o interesse del privato potrebbe ancora ritenersi indiretta. Seguendo questa lettura, l'evento del reato, sia quale vantaggio patrimoniale ingiusto sia quale danno ingiusto, non coinciderebbe con l'offesa al bene giuridico se non per il profilo della lesione dell'imparzialità, la quale va a sua volta collegata all'illegittimità della condotta, secondo i parametri specifici contenuti nella norma.

⁷ S. SEMINARA, *Art. 323*, cit., 938; da ultimo, per un'originale rilettura dei beni del buon andamento e dell'imparzialità della P.A. tra vincoli di bilancio, sostenibilità della democrazia e costituzionalismo multilivello, con spunti di sicuro interesse anche nella dimensione penalistica, A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica. Sui principi di imparzialità, buon andamento e pareggio di bilancio*, in *Dir. amm.*, 2019, 381 ss.

⁸ Sul punto, si rinvia a C. BENUSSI, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, cit., 560, ove si rinviengono ampi riferimenti a quella giurisprudenza che considera la vittima "persona offesa" e non solo "danneggiato" dal reato; sulla questione, cfr. altresì M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 352, ad avviso del quale nella versione attuale dell'art. 323 c.p. il danno ingiusto, "seppure in alternativa al vantaggio, è elemento essenziale del reato e, quale risultato della condotta, ne sottolinea il disvalore di evento", di talché "pare riduttivo ritenere il privato semplice danneggiato".

3. IL SOGGETTO ATTIVO.

Fin dalla riforma introdotta dalla l. n. 86/1990, soggetti attivi possono essere sia il pubblico ufficiale che l'incaricato di pubblico servizio. Ciò deriva non solo dall'aver l'art. 323 c.p. inglobato il peculato per distrazione, già riferibile anche ai secondi, ma dalla più radicale trasformazione dell'abuso di potere (o di autorità) in abuso d'ufficio.

Con riferimento all'attuale formulazione, il soggetto attivo, per essere tale, deve operare "nello svolgimento delle funzioni o del servizio" (in conformità alle nozioni penalistiche di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio di cui agli artt. 357 e 358 c.p., di stampo chiaramente oggettivo). Ne segue che un mero abuso di qualità non rileva, che la cessazione della qualità rende inapplicabile per incompatibilità la disposizione dell'art. 360 c.p. e che, più in generale, ogni qualvolta il pubblico agente operi al di fuori dell'esercizio delle funzioni o del servizio il delitto non si configura.

Per quanto riguarda i soggetti in aspettativa, l'abuso era stato ritenuto ammissibile⁹; ma questa soluzione, opinabile già in rapporto alla precedente fattispecie, non appare più compatibile con quella vigente che, come meglio si vedrà trattando l'azione tipica, richiede l'attualità dello svolgimento delle funzioni o del servizio. Da rilevare inoltre come l'art. 323 c.p. non sia richiamato dall'art. 322-*bis* c.p., che equipara ai pubblici ufficiali e agli incaricati di pubblico servizio i soggetti titolari di funzioni pubbliche a livello europeo o che svolgono nell'ambito di altri Stati membri dell'Unione europea funzioni o attività corrispondenti.

Infine, il privato che dall'abuso riceva un vantaggio ingiusto non può essere considerato, per ciò solo, concorrente nel reato, a meno che non vi sia stato un accordo precedente con il soggetto pubblico con rilievo causale. Sul punto, appare consolidato l'orientamento giurisprudenziale, per il quale, ai fini della configurabilità del concorso del privato, destinatario dell'ingiusto vantaggio patrimoniale di cui all'art. 323 c.p., è reputata "necessaria la dimostrazione che questi abbia posto in essere una condotta causalmente rilevante nella realizzazione della fattispecie criminosa, partecipando con comportamenti diretti a determinare o ad istigare il pubblico ufficiale, ovvero accordandosi con quest'ultimo, essendo necessario che il contesto fattuale, i rapporti personali tra le parti o altri dati di contorno dimostrino l'intesa col pubblico funzionario o, comunque, eventuali pressioni dirette a sollecitarlo, ovvero a persuaderlo al compimento dell'atto illegittimo"¹⁰.

⁹ Cass., sez. VI, 21.8.1995, in *Cass. pen.*, 1997, 395; la giurisprudenza, infatti, in questo caso, ha ritenuto che l'aspettativa non costituisca una sospensione del rapporto di pubblico impiego, ma solo una sospensione dell'obbligo di prestare servizio, rimanendo pertanto intatti gli obblighi a carico del pubblico funzionario.

¹⁰ Tra le più recenti, *ex multis*, Cass. pen., sez. V, sent. 2.4.2019, n. 14380.

4. IL FATTO INCRIMINATO.

La fattispecie è integrata da un qualsiasi comportamento del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio attinente allo svolgimento delle funzioni o del servizio e al loro concreto esercizio¹¹, caratterizzato da violazione di norme di legge o di regolamento ovvero dalla violazione del dovere di astensione, tale da realizzare l'evento di vantaggio patrimoniale o di danno ingiusti intenzionalmente perseguiti.

4.1. L'ATTIVITÀ FUNZIONALE.

L'art. 323 c.p. descrive chiaramente le caratteristiche che, sotto il profilo formale e finalistico, l'attività funzionale, quale che sia, deve possedere. Escluso che l'abuso di posizione o di qualità integri di per sé il fatto tipico¹², assumono rilievo tutte le attività inerenti a ciascuna funzione o servizio esercitati: non solo quindi quelle finalizzate all'emissione di provvedimenti o atti amministrativi (di qualsiasi genere), ma anche (almeno in astratto) tutte le operazioni e i comportamenti materiali posti in essere dal pubblico agente¹³.

A maggior ragione la condotta abusiva può manifestarsi non soltanto nell'ambito dell'amministrazione attiva, ma anche dell'amministrazione consultiva o di controllo, ove peraltro risulterà in concreto meno agevole (ma non impossibile) riscontrare il collegamento causale – ad esempio del parere (in violazione di norme di legge o di regolamento o da parte di chi era tenuto ad astenersi) – con il danno o il vantaggio patrimoniale ingiusti. Anche i comportamenti connessi all'attività di diritto privato dell'amministrazione possono ricadere nell'ambito dell'art. 323 c.p., nei limiti fissati dall'art. 358, 2° co., c.p.

4.2. LA VIOLAZIONE DI NORMA DI LEGGE O DI REGOLAMENTO.

La nuova dimensione dell'abuso d'ufficio impone una riflessione in ordine alla funzione che la "violazione di norme di legge o di regolamento" è chiamata a svolgere all'interno della struttura tipica della fattispecie. Un aspetto fondamentale dell'interpretazione risiede proprio nella presa d'atto che la condotta, per essere tipica ai sensi dell'art. 323 c.p., deve essere qualificata da una illiceità parametrata alla violazione di norme di legge o di regolamento ovvero di un obbligo di astensione¹⁴.

¹¹ Per tutti, cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 257.

¹² C. BENUSSI, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, cit., 421; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 257.

¹³ Così M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 257 ss.

¹⁴ Ribadisce la centralità di una corretta interpretazione delle nozioni di norma e di regolamento per arginare gli slittamenti ermeneutici nell'accertamento della legittimità

Si è già accennato alle ragioni che hanno spinto a questa formalizzazione in funzione di garanzia *ex art. 25, 2° co., Cost.*, diretta a limitare l'estensione del controllo giudiziario alla sola attività vincolata, scongiurando la possibilità di incursioni nel merito delle scelte discrezionali della P.A.¹⁵ Va tenuto presente che l'art. 323 c.p. (e non solo nell'odierna versione) attiene a comportamenti di persone fisiche, ancorché qualificate, e non dell'amministrazione: il problema del sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo, e in particolare sul cattivo uso della discrezionalità, era mal posto con riferimento al sistema degli abusi, perché spesso dalla (impropria) valutazione dell'eccesso di potere si facevano discendere automaticamente tutti gli altri elementi della fattispecie (l'abuso), con il paradosso che la P.A. astrattamente lesa dal delitto fosse in realtà spesso assolutamente solidale con le scelte operate da chi era accusato di averne colpito gli interessi.

Pertanto, l'attuale opzione – secondo la quale l'eccesso di potere andrebbe espunto dall'area di intervento penale – non si riporta solo alla (pur importante) generale esigenza di garanzia, ma anche a un regolamento di confini tra intervento penale ed azione amministrativa. Tale scelta riduzionista sulla meritevolezza di pena è stata da subito sottoposta al vaglio della Corte costituzionale¹⁶, la quale si è pronunciata per l'inammissibilità della questione¹⁷, ribadendo come spetti al legislatore non solo “individuare i beni da tutelare mediante la sanzione penale”, ma anche (e soprattutto) “le condotte, lesive di tali beni, assoggettate a pena”, specificando ulteriormente che le “esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono (...) nella eventuale tutela penale, ben potendo invece essere soddisfatte con diverse forme di precetti e di sanzioni; che anzi l'incriminazione costituisce una *extrema ratio* cui il legislatore ricorre quando, nel suo discrezionale apprezzamento, lo ritenga necessario per l'assenza o l'insufficienza o l'inadeguatezza di altri mezzi di tutela”¹⁸.

4.2.1. IL GRIMALDELLO DELL'ART. 97 COST. E LA RIEMERSIONE DELL'ECESSO DI POTERE.

È innegabile che oggi – a differenza che in passato – la descrizione (con relativa “caratterizzazione”) del “tipo” sia stata *in toto* rimessa alla carica individualizzante della modalità comportamentale («in violazione di norme di legge o di regolamento»). Nella nuova tipicità, quindi, la violazione di norma di legge (alternativamente a quella di regolamento e all'omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto) precisa la condotta vietata, delineandone i

dell'attività discrezionale del pubblico funzionario, S. MASSI, *Parametri formali e “violazione di legge” nell'abuso d'ufficio*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 1, 5 ss.

¹⁵ Cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 258.

¹⁶ Cfr. Trib. Bolzano, ord. 7.8.1997; Trib. Firenze, ord. 5.1.1998.

¹⁷ Corte cost., sent. 28.12.1998, n. 447, in *Cass. pen.*, 1999, 1373 ss.

¹⁸ Sul punto, A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso di ufficio*, Torino, 2002, 287 ss.

confini. La “norma di legge”, cioè, ha il fondamentale compito di integrare il precetto, o meglio il comportamento che il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio deve (o meno) tenere; talché appare indispensabile che essa rispetti i canoni di tipicità e tassatività propri di un precetto penale, ponendo in tal modo un vincolo di selezione per l'interprete.

Non sono tuttavia mancati, sul piano interpretativo, vari tentativi volti a (ri) estendere l'oggetto della tutela. I più significativi fanno appello all'art. 97, 1° co., Cost., norma fondamentale che verrebbe violata direttamente dal cattivo uso dei poteri, delle funzioni e delle prestazioni costituenti pubblico servizio. Con la conseguenza che il giudice penale, chiamato ad applicare l'art. 323 c.p., potrebbe quindi ricondurre al concetto di “norma di legge” i parametri costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento della P.A., al fine di verificare la loro eventuale violazione e sanzionare di conseguenza l'uso distorto della discrezionalità amministrativa¹⁹.

Si è discusso a lungo sulla plausibilità di una siffatta integrazione del precetto primario del reato di abuso d'ufficio e delle possibili ripercussioni sul sindacato del giudice penale sul merito dei provvedimenti amministrativi²⁰.

a) Nel ripercorrere gli andamenti giurisprudenziali sul punto, va subito precisato come la posizione più radicale – che surrettiziamente finisce per reintrodurre *in toto* la sindacabilità dell'eccesso di potere²¹ – non pare potersi condividere, quantomeno nei termini assoluti delle prime prospettazioni. Invero, il richiamo all'art. 97 Cost. nella sua assolutezza è improprio ed appare in stridente contrasto non solo con lo spirito della riforma, ma anche con la lettera dell'art. 323 c.p.; è lo stesso art. 97 Cost. che dispone che i pubblici uffici sono organizzati *secondo disposizioni di legge*, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione: si tratterebbe di una norma non con valore precettivo bensì meramente programmatico, sicché tali principi, per il carattere generale che li distingue, non sarebbero idonei a costituire oggetto della violazione. In questi termini, l'art. 97, 1° co., Cost. rappresenta un principio che richiede la necessaria *mediazione* di disposizioni di legge per assicurare i beni del buon andamento e dell'imparzialità. Il richiamo *tout court* a tale articolo è quindi la negazione dei caratteri che, sempre

¹⁹ Così A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1998, 240 ss.; analogamente, M. GAMBARDILLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002, 276 ss. Per un'analisi delle potenzialità di utilizzo dell'art. 97 Cost. quale parametro di valutazione della tipicità delle condotte abusive, A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso di ufficio*, cit., 5 ss.

²⁰ Un esauriente compendio del dibattito in C. BENUSSI, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, cit. 427 ss.; più di recente, in chiave critica, M. ROMANO, *Art. 323 c.p.*, cit., 360-361 e S. MASSI, *Parametri formali e “violazione di legge”*, cit., 8 ss.

²¹ Esclude che dal generico principio *ex art. 97 Cost.* derivi un preciso divieto di favoritismi tale per cui anche l'eccesso di potere finisca per violare una stringente regola di legge anche V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 3, 19 ss.

ai sensi della Costituzione (art. 25, 2° co.), deve avere l'azione tipica di un illecito penale, poiché "la genericità del parametro priverebbe il giudice di un reale criterio di selezione tra mera illegittimità amministrativa e illecito penale"²².

Anche sotto questo profilo, dunque, la condotta dovrebbe evidenziare un contrasto con *specifiche regole giuridiche* poste dall'ordinamento. Ed è significativa, in tal senso, la presa di posizione della stessa giurisprudenza di legittimità, la quale, nell'immediatezza dell'entrata in vigore²³, ha precisato che, affinché la violazione di legge o di regolamento possa integrare, insieme con gli altri elementi richiesti dall'art. 323 c.p., il delitto in esame occorrono due presupposti. Il primo è che la norma violata non sia genericamente strumentale alla regolarità dell'attività amministrativa, ma vieti puntualmente il comportamento sostanziale del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio; il secondo è che l'agente violi leggi o regolamenti che di questi atti abbiano i caratteri formali ed il regime giuridico, non essendo sufficiente un qualunque contenuto materialmente normativo della disposizione trasgredita²⁴.

Ancora, si è messo in evidenza il necessario collegamento tra la potestà giudiziaria di sindacato e l'individuazione di una violazione di legge quale vizio di legittimità amministrativa, con l'esclusione dunque dell'eccesso di potere (e dell'incompetenza), riconoscendosi come nell'attuale configurazione dell'abuso d'ufficio si possa continuare ad assegnare rilevanza alla partizione dei tradizionali vizi dell'atto amministrativo, ma ai fini della condotta di abuso venga in considerazione soltanto il vizio di violazione di legge, dovendosi pertanto escludere che il reato possa realizzarsi con l'adozione di

²² A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 246 s.; in senso contrario, M. GAMBARDILLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 276, per il quale rappresenterebbe il modo migliore per contemperare le esigenze di repressione degli abusi nell'esercizio dell'attività discrezionale della P.A. e la descrizione sufficientemente tassativa della fattispecie di abuso.

²³ Cass. pen., sez. II, 4.12.1997, Tosches, in *Cass. pen.*, 1998, 2332 ss.

²⁴ A proposito della specificità della norma la cui violazione integra la condotta tipica dell'abuso, non sono mancate tuttavia deviazioni giurisprudenziali rispetto all'orientamento maggioritario che si attiene a questo principio (significative, fra le varie, Cass. pen., sez. VI, sent. 9.2.1998, Mannucci, in *Cass. pen.*, 1999, 1761 e Cass. pen., sez. VI, sent. 19.4.2000, Genazzani, in *Riv. pen.*, 2000, 575). Così, ad esempio, partendo dalla statuizione delle Sezioni unite civili – le quali, con la nota sentenza n. 500 del 22.7.1999, hanno sancito *ex art.* 2043 c.c. la risarcibilità di qualsiasi danno ingiusto, pur derivante dalla violazione di interessi legittimi – si è sostenuto che la disposizione civilistica rappresenterebbe altresì la norma di riferimento della illegittimità della condotta di abuso, dal momento che "nel caso in cui il delitto si realizzi arrecando ad altri un danno ingiusto, rientra nelle ipotesi di «violazione di norma di legge o di regolamento» anche la violazione dell'art. 2043 c.c., qualora il pubblico ufficiale ponga in essere un'attività illegittima". A ben vedere, nonostante la motivazione della sentenza si faccia carico di riaffermare il rispetto delle esigenze di determinatezza, il ragionamento non persuade, giacché di fronte alla generalissima norma di cui all'art. 2043 c.c. si rimette alla valutazione "per principi" e non a un preciso parametro normativo, come voluto dall'art. 323 c.p., la sussistenza della condotta tipica (critico, rispetto a tale pronuncia, C. BENUSSI, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, cit., 431). Va a contrario argomentato, come già fatto dalla Corte costituzionale (nella menzionata sentenza n. 447/1998), che la tutela civilistica apprestata al titolare dell'interesse leso compensa il ruolo sussidiario della tutela penale, che interviene solo in presenza di *specifiche* violazioni.

un provvedimento amministrativo affetto da vizi di legittimità diversi da quelli tassativamente indicati dalla norma, quale l'eccesso di potere. Per tale orientamento deve ritenersi espunta dall'area della rilevanza penale ogni ipotesi di abuso di poteri o di funzioni non concretatesi nella formale violazione di norme legislative o regolamentari (o del dovere di astensione), negandosi così al giudice penale la possibilità di invadere l'ambito della discrezionalità amministrativa che il legislatore ha stimato, anche per esigenze di certezza del precetto penale, di sottrarre a tale sindacato²⁵.

b) Senonché, come si è accennato, ad onta dei propositi del legislatore e delle prime applicazioni, è stato intrapreso in sede giurisprudenziale un lento ma costante percorso di ampliamento che, mosso dalla constatazione che i comportamenti di abuso maggiormente pericolosi per il buon andamento e l'imparzialità della P.A. si annidano proprio all'interno dell'attività discrezionale della P.A., porta oggi a ritenere nuovamente configurabile la rilevanza in sede penale del vizio di eccesso di potere, vizio che si incentra tipicamente in un contrasto non con la lettera, bensì con lo 'spirito' della legge, comportando la deviazione dell'atto dal suo fine istituzionale, pur nel rispetto formale della legge. Si è così rivendicata la portata immediatamente precettiva dell'art. 97 Cost., svincolata cioè dalla necessaria mediazione della legge ordinaria di concretizzazione, distinguendo tuttavia tra buon andamento e imparzialità, riservando solo a quest'ultima una sfera applicativa se riferita all'attività della P.A. e non anche alla sua organizzazione²⁶.

In questa delimitata prospettiva, nell'ambito dell'attività dell'amministrazione, ove la decisione è il risultato di un procedimento amministrativo in cui il criterio di imparzialità comporta che vengano acquisiti gli elementi utili a una deliberazione il più possibile ponderata degli interessi in gioco, l'*imparzialità amministrativa* recupera uno specifico contenuto precettivo, consistente nel divieto di far favoritismi e dunque nell'obbligo di trattare i soggetti portatori di analoghi interessi in

²⁵ Cass. pen., sez. II, 29.4.2004, n. 37515; in senso critico sull'orientamento appena esposto, può ben dirsi come vada escluso che il sintagma "violazione di norme di legge" coincida con il vizio di violazione di legge di cui all'art. 26, r.d. 26.6.1924, n. 1054 e all'art. 2, l. 6.12.1971, n. 1034. Non è, infatti, il "vizio di violazione di legge" che rileva ai fini dell'integrazione del nuovo art. 323 c.p., bensì la "violazione di norme di legge"; concetti giuridici che, pur potendo a volte riferirsi alle stesse situazioni, devono tuttavia essere tenuti distinti. Se si fosse voluto fare riferimento proprio al concetto tecnico di "violazione di legge" nel diritto amministrativo, si sarebbe dovuta usare nel testo di legge tale esatta espressione, e non quella, altrimenti tecnica, di "violazione di norme di legge o di regolamento", che richiama piuttosto il generale meccanismo delle fonti del diritto.

²⁶ Di recente, in questo senso, Cass. pen., sez. VI, sent. 26.4.2019, n. 33830; sez. VI, sent. 12.6.2018, n. 49549; sez. VI, sent. 2.4.2015, n. 27816; sez. II, 27.10.2015, n. 46098; sez. VI, 24.6.2014, n. 37373, tutte orientate a ritenere che l'art. 97 Cost. abbia comunque un residuale significato precettivo relativo all'imparzialità dell'azione amministrativa; osservando che se il principio del buon andamento è obiettivamente un concetto generico, quello dell'imparzialità assume invece una valenza immediatamente precettiva ed ha valore cogente per il pubblico ufficiale, ovviamente non nella prospettiva dell'attività di organizzazione interna della p.a., ma solo nei rapporti tra questa ed i terzi come espressione del divieto di favoritismi.

eguale misura. In questi termini, il canone dell'imparzialità assumerebbe i caratteri richiesti dall'art. 323 c.p.: una vera e propria regola di comportamento di immediata applicazione²⁷.

c) L'indirizzo attualmente prevalente appare ancora più avanzato: tornando a ricondurre nell'alveo della violazione di legge il c.d. sviamento di potere, riespande il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa per mezzo dello strumento più penetrante a disposizione dell'autorità giudiziaria, costituito appunto dall'eccesso di potere.

Secondo questo filone – che trova l'acme in una decisione delle Sezioni Unite sul più generale tema dell'abuso del processo²⁸ – si ha violazione di legge, rilevante ai sensi dell'art. 323 c.p., allorché l'atto dell'ufficio sia stato posto in essere *per scopi esclusivamente personali*, risultando in tale ipotesi violate le norme di legge che attribuiscono il relativo potere al pubblico agente, i cui poteri sono collegati a una funzione, e dunque sono esercitabili solo in vista del perseguimento di uno scopo pubblico, che del potere stesso costituisce la condizione intrinseca di legalità. In quest'ottica, risulterebbe integrato l'elemento costitutivo della violazione di legge, non solo quando la condotta sia svolta in contrasto con le forme, le procedure, i requisiti previsti dall'ordinamento, ma anche quando essa non sia conformata al presupposto da cui trae origine il potere, caratterizzato dal vincolo di tipicità e di stretta legalità funzionale. L'esito è una rilettura della violazione di norme di legge come violazione della legalità amministrativa *tout court*, da cui deriva che il potere esercitato per un fine diverso da quello stabilito dalla legge, e quindi per uno scopo personale o egoistico o comunque estraneo alla P.A., si pone fuori dallo schema di legalità e rappresenta uno "sviamento" produttivo di una lesione dell'interesse tutelato dal delitto di abuso d'ufficio²⁹.

²⁷ Così, a titolo esemplificativo, Cass. pen., sez. VI, sent. 1.6.2016, n. 33698; sez. II, sent. 27.10.2015, n. 46096, relativa alla condotta tenuta da due direttori di unità operativa ospedaliera succedutisi nel tempo, consistita nel progressivo svuotamento del carico assistenziale del medico referente dell'esecuzione di prestazioni specialistiche; sez. VI, sent. 30.1.2013, Baccherini, n. 12370, in tema di assegnazione di procedimenti fallimentari in violazione delle disposizioni tabellari, dei criteri di distribuzione automatica degli affari e delle prassi interne ad un ufficio giudiziario; sez. VI, sent. 26.6.2013, n. 34086.

²⁸ Cass. pen., S.U., sent. 29.9.2011, n. 155, Rossi, in *Cass. pen.*, 2012, 2410 ss.

²⁹ Si è affermato che il delitto di abuso d'ufficio è configurabile quando la condotta contraddice lo specifico fine perseguito dalla norma attributiva del potere esercitato per realizzare uno scopo personale od egoistico, o comunque estraneo alla P.A., concretandosi in uno "sviamento" produttivo di una lesione dell'interesse tutelato dalla norma incriminatrice, (tra le tante, Cass. pen., sez. VI, sent. 5.7.2011, n. 35597, Barbera) o ancora che siano incluse nella portata applicativa dell'art. 323 c.p. anche le ipotesi di sviamento di potere per esercizio del potere pubblico al di fuori dello schema procedimentale che ne legittimava l'attribuzione (in questo senso, oltre alla ricordata sentenza n. 155 del 2011 delle Sezioni unite, si vedano sez. VI, sent. 12.6.2012, n. 25180 D'Emma; sez. VI, sent. 12.2.2008, n. 25162, Sassari, in tema di inosservanza da parte del pubblico impiegato del dovere di compiere una adeguata e completa istruttoria diretta ad accertare la ricorrenza delle condizioni per il rilascio del provvedimento richiesto).

4.2.2. LE NORME REGOLAMENTARI.

Ulteriori problemi pone la necessità di selezionare le disposizioni regolamentari la cui violazione integri la seconda modalità realizzativa della condotta di abuso d'ufficio. A tal fine, nella nozione di *regolamento* rientrano quegli atti che – pur formalmente amministrativi, perché provenienti da organi della P.A. – sono nella sostanza normativi, dettando disposizioni di fonte secondaria, caratterizzate da generalità, astrattezza ed innovatività. Ai fini della delimitazione delle disposizioni il cui mancato rispetto rilevi *ex art.* 323 c.p., risulta dunque decisivo il profilo formale, accordandosi significatività solamente agli atti così denominati, provenienti da fonte pubblica ed emanati in base ad una potestà normativa attribuita dalla legge ad amministrazioni pubbliche, centrali o periferiche.

Controversa, di contro, la sorte della violazione di quegli atti non formalmente rientranti nel novero dei regolamenti propriamente detti. Pur non essendo sufficiente, ai sensi dell'art. 323 c.p., che l'atto presenti i caratteri della generalità e dell'astrattezza, comuni a provvedimenti amministrativi di altro tipo, in dottrina si è comunque reputato superabile il dato formale allorquando ci si trovi al cospetto di atti che assolvano una funzione totalmente equiparabile o sovrapponibile (*i.e.* statuti di comuni e province)³⁰.

Anche sotto tale profilo, in verità, si registra la tendenza della giurisprudenza ad ampliare gli originari confini dell'incriminazione. Accanto a pronunce nelle quali si afferma che la norma violata deve possedere i caratteri formali del "regolamento" ai sensi della l. n. 400/1988³¹, ve ne sono infatti altre che, valorizzando il profilo sostanziale, equiparano alle fonti regolamentari gli strumenti urbanistici generali, fra i quali sono compresi i piani di recupero e di riqualificazione urbana³², o i regolamenti comunali, adottati ai sensi del d.lgs. n. 267/2000, per disciplinare l'ordinamento degli uffici e la loro dotazione organica³³, certamente dissimili nominalmente e per caratteristiche.

4.3. ALCUNI CASI PROBLEMATICI.

È esperienza comune che il *deficit* di determinatezza di una fattispecie si manifesti in primo luogo nel *disorientamento* nell'applicazione giudiziaria, con conseguente messa in pericolo della *competenza esclusiva* del legislatore in ordine alle scelte di incriminazione. Ebbene, il percorso sin qui ricostruito porta a ritenere che in qualche misura ancora oggi, nonostante la modifica, l'art. 323 c.p. mantenga inalterata la propria "storica" capacità espansiva dei confini di illiceità.

³⁰ Così M. ROMANO, *Art. 323 c.p.*, cit., 362.

³¹ Cass. pen., sez. VI, sent. 17.3.2009, n. 244463.

³² Cass. pen., sez. III, sent. 9.4.2008, n. 22134.

³³ Cass., sez. VI, sent. 17.3.2009, n. 26175.

4.3.1. (SEGUE) LA VIOLAZIONE DELLE PREVISIONI CONTENUTE NEL PIANO REGOLATORE.

Un contesto emblematico di tale disorientamento è rappresentato dall'oscillante giurisprudenza di legittimità in relazione alla rilevanza penale quale abuso d'ufficio del rilascio di un permesso di costruire (un tempo concessione edilizia) in difformità dalle previsioni del piano regolatore generale o contenute in piani attuativi, privi dei requisiti formali delle fonti regolamentari³⁴.

Da una parte, si è sottolineato come non integri il reato la mancata osservanza delle prescrizioni di un piano regolatore, atto che non ha natura né di legge, né di regolamento. In particolare, si è affermato che "tale mancata osservanza non assume rilievo nemmeno sotto il profilo della violazione delle norme di legge che prescrivono che il rilascio delle concessioni edilizie debba essere conforme alle previsioni degli strumenti urbanistici, perché ciò contrasterebbe con i principi costituzionali della riserva di legge e della determinatezza della fattispecie incriminatrice: infatti, ciò facendo, si finirebbe per integrare il precetto penale con altre fonti, senza che tale operazione sia stata predefinita dal legislatore quanto alla natura della disciplina richiamata, al suo contenuto e agli ambiti di applicazione"³⁵. Dall'altra, ad onta delle *possibili ricadute sul piano del rispetto del principio di determinatezza*, la giurisprudenza maggioritaria riconosce la configurabilità dell'abuso d'ufficio, reputando che il rilascio di un titolo abilitativo illegittimo, in quanto contrastante con le prescrizioni contenute negli strumenti urbanistici, costituisca il *presupposto di fatto* della violazione della normativa primaria in materia edilizia (in particolare, si contesta la violazione dell'art. 31 della l. urbanistica n. 1150/1942 e degli artt. 1 e 4 della l. n. 10/1978, che prescrivono all'amministrazione di attenersi in sede di rilascio della concessione edilizia alle prescrizioni di detti piani)³⁶.

4.3.2. (SEGUE) LE LINEE GUIDA ANAC.

Altrettanto controversa, a fronte dell'incertezza del referente normativo, appare la possibilità che la violazione delle linee guida (che talora assumono efficacia vincolante) dell'Autorità Nazionale Anticorruzione integri il precetto *ex art.* 323 c.p.³⁷. Si discute, in sostanza, se il mancato rispetto di quanto contenuto in tali strumenti di regolazione flessibile – adottati da parte di una autorità amministrativa indipendente,

³⁴ Sulla questione, fra i molti, v. A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., 250; M. GAMBARDILLA, *Il controllo del giudice penale sulla legittimità amministrativa*, cit., 289 ss.

³⁵ Cfr., per tutte, significativamente, Cass. pen., sez. VI, sent. 2.10.1998, Tilesi ed altri, in *Cass. pen.*, 1999, 2114 ss.

³⁶ Tra le molte, Cass. pen., sez. III, sent. 9.4.2008, n. 22134; già sez. VI, sent. 16.10.1998, Lo Baido, in *Foro it.*, 2000, V, c. 140 ss. e sez. VI, sent. 11.5.1999, Fravili, in *Cass. pen.*, 2000, 350 ss., con nota di M. GAMBARDILLA, *Abuso d'ufficio e concessione edilizia illegittima: il problema delle norme di legge a precetto generico o incompleto*.

³⁷ Approfondimenti sulla specifica questione in V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC*, cit., 9 ss.

e non di un organo dell'esecutivo, nell'esercizio dei poteri di regolazione – configuri violazione di norme regolamentari e, pertanto, ove ne ricorrano gli ulteriori presupposti di ordine oggettivo e soggettivo, la fattispecie di abuso d'ufficio³⁸.

Sul punto, da un lato, pur denunciando il *deficit* di legittimazione democratica dell'ANAC, si giunge a qualificare le linee guida come norme regolamentari, valorizzando la procedura di adozione di cui all'art. 213, 2° co., d.lgs. 18.4.2016, n. 50 (c.d. codice dei contratti pubblici), che prevede, tra l'altro, la pubblicazione e la raccolta in testi unici integrati³⁹. Dall'altro lato, si esclude il carattere regolamentare di tali linee guida, osservando che esse, pur se vincolanti, lungi dall'integrare disposizioni regolamentari espressione di poteri normativi attribuiti all'esecutivo, rappresentano meri atti amministrativi generali promananti dai poteri di regolazione riconosciuti, sul versante della prevenzione extrapenale del fenomeno corruttivo, all'ANAC, organo istituzionale indipendente, e come tali, quindi, estranei alle norme di regolamento espressamente richiamate dall'art. 323 c.p.⁴⁰. Una tale conclusione ha trovato di recente autorevole conferma nella giurisprudenza del Consiglio di Stato⁴¹, allorquando si è precisato che l'inclusione delle linee guida dell'Autorità “tra i provvedimenti aventi una vera e propria natura normativa *extra ordinem*... suscita non poche perplessità di tipo sistematico e ordinamentale”, trattandosi di “atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che non sono regolamenti in senso proprio ma atti amministrativi generali e, appunto di ‘regolazione’”, la cui violazione non sembra, quindi, possa integrare gli estremi dell'art. 323 c.p.⁴².

4.4. L'OBBLIGO DI ASTENSIONE.

La seconda condotta penalmente rilevante nel nuovo schema dell'art. 323 c.p. si concreta nella violazione del dovere di astensione imposto al pubblico funzionario “in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti”. Il legislatore, dunque, prende in considerazione il mancato rispetto tanto di un dovere di astensione di carattere generale – derivante, cioè, dalla sussistenza di un interesse del pubblico funzionario o di un suo prossimo congiunto che collida con quello pubblico – quanto di quelli previsti da una specifica disposizione.

Questa ulteriore modalità realizzativa del reato è stata aggiunta, nella riforma del 1997, affinché rifluissero nel perimetro dell'abuso d'ufficio quelle condotte omissive

³⁸ Così M. ROMANO, *Art. 323 c.p.*, cit., 363.

³⁹ V. NERI, *Disapplicazione delle linee guida ANAC e rilevanza penale della loro violazione*, in *Urbanistica e appalti*, fasc. 2/2018, 145 ss.

⁴⁰ In questa direzione, V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC*, cit., 22 ss.; M. ROMANO, *Art. 323 c.p.*, cit., 363.

⁴¹ Consiglio di Stato, Parere n. 855/2016, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 39.

⁴² A conclusioni opposte pare, invece, potersi pervenire, alla luce dell'appena menzionata pronuncia del Consiglio di Stato, per quanto riguarda le linee guida dell'Autorità approvate con decreto ministeriale, in quanto assimilabili a “regolamenti ministeriali” secondo la legge n. 400 del 1988.

originariamente sussumibili, prima dell'abrogazione nel 1990, nel reato di interesse privato in atti d'ufficio di cui all'art. 324 c.p.; l'odierna fisionomia della fattispecie, segnata dal passaggio da reato di mera condotta a reato di evento, comporta, evidentemente, la punibilità delle sole omesse astensioni che abbiano cagionato gli eventi alternativamente previsti dalla norma (*i.e.* ingiusto vantaggio patrimoniale all'agente o a un terzo o ingiusto danno a un terzo).

Quanto all'ipotesi di mancata astensione "negli altri casi prescritti", si discute su quali siano le fonti delle prescrizioni del dovere di astensione da tenere in considerazione. Secondo un primo orientamento, una lettura coerente dell'intera norma non può che condurre a circoscrivere il novero delle fonti dei doveri di astensione penalmente rilevanti a quelle consacrate a livello legislativo o regolamentare, in coerenza con quanto richiesto per l'individuazione della prima modalità realizzativa dell'abuso d'ufficio⁴³. All'opposto, v'è chi, non volendo considerare del tutto pleonastico il richiamo operato in chiusura della descrizione della condotta tipica, reputa che il legislatore abbia privilegiato "lo specifico contenuto della regola di condotta trascurando invece il tipo di fonte"⁴⁴, rilevando così la violazione di doveri di astensione anche di fonte diversa da quelle legislative e regolamentari, compresi, dunque, gli obblighi previsti da norme non scritte.

4.5. LA RILEVANZA DELLA CONDOTTA OMISSIVA.

La formulazione attuale della norma sembra in grado di risolvere su basi più certe rispetto al passato i dubbi sulla configurabilità della condotta tipica in forma omissiva: eliminato l'abuso, non vi sono ragioni né letterali né sostanziali per escludere che l'omissione (in violazione di un obbligo scaturente da legge o regolamento) sia compresa nella descrizione tipica e che possa produrre l'effetto mirato di un vantaggio patrimoniale o di un danno ingiusti.

È noto, infatti, come sotto la vigenza della precedente formulazione dell'art. 323 c.p. parte della letteratura negasse, influenzata soprattutto da considerazioni di tipo storico-sistemico, che un comportamento omissivo potesse integrare la condotta di "abuso", sull'assunto che la descrizione tipica implicasse la necessità di un comportamento attivo e che, trattandosi di un reato di mera condotta, risultasse altresì inapplicabile l'art. 40, 2° co., c.p.⁴⁵. La giurisprudenza di legittimità, invece, aveva finito per accogliere, già allora, la tesi estensiva, confortata dall'orientamento dottrinale, in virtù del quale il concetto di "abuso d'ufficio", risultando più ampio dell'originario "abuso di poteri", permettesse, senza bisogno di *forzature* interpretative, di

⁴³ C. BENUSSI, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, cit., 452.

⁴⁴ M. ROMANO, *Art. 323 c.p.*, cit., 364.

⁴⁵ Per tutti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, cit., 242 ss.

ricomprendere nel comportamento tipico anche le omissioni, del tutto assimilabili, pure sotto il profilo del disvalore, alle condotte attive⁴⁶.

Come detto, la nuova versione dell'art. 323 c.p. sembra aver convinto tutti in ordine alla configurabilità di un abuso per omissione, laddove appare chiaro che il comportamento penalmente rilevante può ben sostanziarsi nel mancato compimento di un'azione doverosa ove si tratti in concreto di violazione di una norma che imponga un obbligo di *facere*. Non sembra invece del tutto pertinente, almeno a questo riguardo, la considerazione che al cospetto di un delitto di evento quale delineato dall'art. 323 c.p. sia configurabile l'abuso mediante omissione a carico dei soggetti gravati dall'obbligo giuridico di impedire l'evento: il mancato impedimento dell'evento, di per sé, non può sopperire all'assenza della condotta tipica⁴⁷, trattandosi – nella nuova versione – di reato a forma vincolata.

5. IL DANNO, IL VANTAGGIO PATRIMONIALE E LA C.D. DOPPIA INGIUSTIZIA.

Le nozioni di danno e di vantaggio patrimoniale sono intese dalla giurisprudenza in modo assai ampio: la nozione di danno comprende sia il danno patrimoniale che extrapatrimoniale⁴⁸, coincidendo con ogni aggressione ingiusta della sfera della personalità⁴⁹ e può essere costituito anche dalla lesione delle prerogative parlamentari, configurabile nell'ipotesi di acquisizione di tabulati di comunicazioni relativi ad utenze riferibili a deputati o senatori, senza l'autorizzazione della Camera di appartenenza⁵⁰. Pure la nozione di vantaggio, legalmente circoscritta alla sfera patrimoniale, viene intesa come comprensiva di qualsiasi accrescimento della situazione giuridica soggettiva⁵¹.

Sul requisito dell'ingiustizia del danno e del vantaggio la giurisprudenza non è uniforme. In alcune pronunce si afferma la necessità di un distinto apprezzamento del requisito dell'ingiustizia, parametrato alla non conformità in base al diritto oggettivo e non desunto dalla riscontrata illegittimità del mezzo utilizzato⁵²; in altre lo si ricava in via automatica dall'accertamento della trasgressione di prescrizioni normative⁵³.

⁴⁶ Cfr. F. BRICOLA, *La riforma dei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 18 ss.

⁴⁷ Cfr. Cass. pen., sez. VI, sent. 22.11.1999 n. 14649, Battista, in *Cass. pen.*, 2000, 3286 ss.

⁴⁸ Cass. pen., sez. VI, sent. 19.5.2004, n. 28389.

⁴⁹ Cass. pen., sez. VI, sent. 15.1.2004, n. 4945, concernente la revoca di un incarico ad una dipendente come ritorsione per aver testimoniato contro il pubblico ufficiale.

⁵⁰ Cass. pen., sez. VI, sent. 22.11.2016, n. 49538.

⁵¹ Cass. pen., sez. VI, sent. 6.5.2008, n. 35856.

⁵² Cass. pen., sez. VI, sent. 18.3.2016, n. 17676; nel caso di specie si è ritenuto che il Direttore Generale della ASL non risponda di abuso d'ufficio per la concessione indebita di incarichi a consulenti esterni laddove non sussista l'oggettiva sproporzione del compenso o la superfluità degli incarichi.

⁵³ In un caso simile a quello poc'anzi ricordato, è stato ritenuto responsabile di abuso d'ufficio il Direttore della ASL che aveva affidato, in violazione dell'obbligo di astensione, un incarico alla propria moglie nell'amministrazione, anche se il compenso era in linea con quanto imposto dai criteri regolamentari; Cass. pen., sez. VI, sent. 4.11.2015, n. 48913.

Più in particolare, secondo il primo dei richiamati orientamenti, la configurazione del reato presupporrebbe la c.d. *doppia ingiustizia*, un'ingiustizia caratterizzante, cioè, sia la condotta che l'evento. Ai fini della sussistenza della fattispecie, sarebbe dunque necessario verificare se l'evento di vantaggio o di danno sia ingiusto in sé e non come mero riflesso della violazione di norme da parte del pubblico ufficiale. Risultando gli elementi dell'illegittimità della condotta e dell'ingiustizia del danno tra loro distinti, il giudice penale dovrebbe infatti verificare, di volta in volta, la sussistenza di entrambi, compiendo una valutazione di ingiustizia del risultato della condotta distinta e autonoma rispetto a quella che attiene l'abusività della condotta stessa⁵⁴.

6. IL DOLO INTENZIONALE.

Anche nella ricostruzione dell'elemento soggettivo, l'art. 323 c.p. offre spunti per alcune brevi riflessioni. È oggi richiesto, ai fini della punibilità, il dolo generico *intenzionale*, come emerge dall'indicazione espressa dal legislatore mediante l'avverbio "intenzionalmente". L'intenzionalità, è bene precisarlo, va riferita al solo evento e non alla condotta⁵⁵ e non esclude, ovviamente, che il dolo *ex art. 323 c.p.* richieda la coscienza e volontà del fatto: sicché l'errore sull'illiceità della condotta (in violazione di norme di legge o di regolamento) impedisce *ab origine* il configurarsi dell'elemento soggettivo necessario.

Tale specificazione normativa, si è sostenuto in sede di lavori preparatori, è parsa necessaria per escludere la punibilità a titolo di dolo eventuale, la cui operatività è ora preclusa dalla limitazione del dolo ai soli casi di intenzionalità, dalla necessità cioè che il pubblico ufficiale (o l'incaricato di pubblico servizio) commetta l'abuso proprio allo scopo di avvantaggiare o danneggiare, risultando irrilevanti le ipotesi in cui questi agisca illegittimamente, «accettando il rischio» di procurare un vantaggio o un danno ingiusti⁵⁶. In realtà, occorre sottolineare come, anche nella precedente formulazione (la quale, attraverso il dolo specifico, si caratterizzava anch'essa per la medesima particolare *finalizzazione*), fosse in fondo già richiesta l'intenzionalità del danno o del vantaggio; oggi, tuttavia, la modifica della struttura oggettiva, con il passaggio da reato a consumazione anticipata e a dolo specifico a reato di evento,

⁵⁴ Approfondimenti in M. ROMANO, *Art. 323 c.p.*, cit., 372 ss.

⁵⁵ Sul punto, è stato osservato come l'avverbio "intenzionalmente" miri ad escludere la configurabilità del dolo eventuale limitatamente al profilo dell'evento di danno o vantaggio ingiusti; di talché, sia per la qualifica soggettiva, sia per la violazione di norme o l'inosservanza di divieti, è da ritenere sufficiente il dolo eventuale, e cioè che l'agente, pur in dubbio sulla sussistenza delle stesse, ne abbia poi conclusivamente accettato il rischio, M. ROMANO, *Art. 323 c.p.*, cit., 373 ss.

⁵⁶ In dottrina, sull'obiettivo del legislatore di restringere ulteriormente la sfera del penalmente rilevante attraverso l'impiego del dolo intenzionale, A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, cit., 64 ss.

ha comportato, ai fini della consumazione, la necessità dell'effettiva produzione del vantaggio o del danno⁵⁷.

Una volta riconosciuto tale mutamento, occorre tuttavia sottolineare come il riferimento (espresso) all'intenzionalità determina l'esclusione della rilevanza non solo del dolo eventuale, ma anche di quello diretto. Tutto ciò, come è chiaro, stimola una riflessione critica sull'opportunità di siffatta scelta. Invero, con riferimento a tale opzione, l'accertamento processuale del dolo accentua in maniera esponenziale i suoi profili problematici, per l'esigenza di sondare in profondità il processo motivazionale dell'agente allo scopo appunto di verificare l'effettiva sussistenza del dolo intenzionale e soprattutto di giungere a una differenziazione, alquanto ardua per la loro contiguità, con il dolo diretto. E la pretesa di dover fornire una prova certa della volontà colpevole dell'agente, mirata *proprio* alla realizzazione di quel vantaggio o danno ingiusto, richiede un più accentuato ricorso a *fatti esterni*, che possono tradursi in indagini (non prive di rischio) sui motivi e sui fini sottesi al comportamento dell'agente.

Il riferimento all'intenzionalità, inserito dalla riforma del 1997, peraltro, non esclude che al precipuo obiettivo di produrre un vantaggio o un danno ingiusti, poi effettivamente verificatisi, si aggiunga un altro, ulteriore scopo. Se, infatti, la condotta dell'agente è intenzionalmente rivolta, ad un tempo, a procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale e a perseguire un fine pubblico, non viene esclusa la configurabilità dell'art. 323 c.p., dal momento che la fattispecie, come novellata nel 1997, non richiede che la condotta abusiva venga realizzata "al solo scopo" di conseguire i delineati eventi.

Sulla questione è intervenuta anche la Corte costituzionale (sent. n. 251/2006⁵⁸), precisando che la mera compresenza di una finalità pubblicistica non basta a escludere la sussistenza del dolo previsto dalla norma (osservando proprio che "intenzionalmente" non significa "al solo scopo di"); per escluderlo è invece necessario che tale fine pubblico assurga ad obiettivo principale della condotta dell'agente, con conseguente degradazione del dolo di danno o di vantaggio da dolo intenzionale a mero dolo diretto (semplice previsione dell'evento) o eventuale (mera accettazione del rischio della verifica dell'evento). Non ci si troverà, dunque, al cospetto di una compresenza di scopi inidonea a elidere la sussistenza del reato di abuso d'ufficio, nel caso in cui il danno o il vantaggio ingiusti arrecati si pongano come semplice conseguenza accessoria dell'operato dell'agente; di conseguenza non sarà integrata la fattispecie soggettiva *ex art. 323 c.p.* ove l'agente abbia agito per perseguire, quale fine primario – e non quale mero pretesto – un interesse pubblico tale da mettere fra parentesi l'accidentale favoritismo o danno del privato⁵⁹.

⁵⁷ Significativa, in giurisprudenza, Cass., sez. VI, 5.8.2003, Cangini, in *Cass. pen.*, 2004, 464 ss.

⁵⁸ Corte cost., sent. 28.6.2006, n. 251, in *Cass. pen.*, 2006, 3622 ss.

⁵⁹ Così C. BENUSSI, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, cit., 461; nello stesso senso, S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, cit., 240 ss.

Giova, infine, evidenziare talune, recenti e ulteriori, acquisizioni sul piano dell'accertamento probatorio dell'elemento psicologico. La giurisprudenza di legittimità, con la sentenza Fabbri del 2007⁶⁰, ha enucleato circostanze idonee a rilevare quali indici sintomatici della c.d. intenzionalità della condotta dell'agente. Nel dettaglio, secondo la Cassazione, la sussistenza dell'elemento psicologico potrebbe variamente trarsi: dall'evidenza della violazione di legge, come tale immediatamente riconoscibile dall'agente; dalla specifica competenza professionale del funzionario, idonea a rendergli palese la violazione; dalla motivazione del provvedimento, ove meramente apparente o manifestamente pretestuosa; dai rapporti personali eventualmente accertati tra l'autore del reato e il soggetto che dal provvedimento illegittimo abbia tratto ingiusto vantaggio patrimoniale.

Sulla scia, in più recenti pronunce si è affermato che la prova del dolo intenzionale fissato dall'art. 323 c.p. non presuppone l'accertamento dell'accordo colclusivo con la persona che si intende favorire, potendo essere desunta anche dalla macroscopica illegittimità dell'atto, purché tale valutazione non discenda dal mero comportamento *non iure* dell'agente, ma risulti anche da elementi ulteriori concordemente dimostrativi dell'intento di conseguire un vantaggio patrimoniale o di cagionare un danno ingiusto⁶¹, ovvero dall'erronea interpretazione di una norma amministrativa, il cui risultato si discosti in termini del tutto irragionevoli dal senso giuridico comune, tanto da apparire frutto di una decisione arbitraria⁶².

7. IL RISCHIO DI UN'AMMINISTRAZIONE DIFENSIVA.

Tirando le fila del discorso, può dirsi che l'attuale formulazione della fattispecie, per i limiti strutturali evidenziati e per come interpretata dalla giurisprudenza, non sempre consente di individuare con immediatezza gli esatti confini del fatto punibile, esponendo il pubblico funzionario al rischio di un *diffuso* coinvolgimento in procedimenti penali per violazione dell'art. 323 c.p.

A tale (non del tutto rassicurante) conclusione inducono tanto le pronunce volte a valorizzare lo sviamento di potere o la "violazione dell'elemento teleologico della norma", quanto l'ulteriore *spinta espansiva* che, con riferimento alla nozione di regolamento e alle declinazioni pratiche del requisito dell'intenzionalità del dolo, ha finito per ampliare progressivamente il perimetro applicativo della fattispecie.

Alla soluzione più equilibrata – e intermedia – offerta con riferimento all'art. 97 Cost. (imparzialità non come generico canone deontologico riferito all'organizzazione della P.A., ma come paradigma del concreto agire del pubblico ufficiale

⁶⁰ Cass. pen., sez. VI, 9.11.2006, Fabbri, in *Cass. pen.*, 2007, 3670.

⁶¹ Cass. pen., sez. VI, 27.9.2018, n. 52882.

⁶² Cass. pen., sez. VI, 5.7.2018, n. 43287.

nell'ambito dell'attività amministrativa), si è affiancata – prendendo il sopravvento – una lettura della violazione di norma legge come *violazione della legalità*: qualunque esercizio del potere al di fuori della finalità e della causa tipica.

Si è dunque in qualche misura tornati – per via giurisprudenziale – al punto d'origine, nonostante la formulazione legislativa (al netto di taluni limiti) tradisse un'inequivoca *ratio* garantista. Si staglia sullo sfondo il rischio di alimentare una vera e propria “*amministrazione difensiva*”: di nuovo un atteggiamento prudentiale del pubblico ufficiale che, nel timore di incappare nelle maglie larghissime dell'art. 323 c.p., resti inerte o circoscriva all'ordinaria amministrazione i margini del proprio intervento, così paralizzando l'attività amministrativa e vanificando lo stesso buon andamento che la norma penale intenderebbe presidiare.

Può qui cogliersi un interessante parallelismo con quanto accade nel settore della responsabilità penale medica, ove, al cospetto di interventi normativi manifestamente diretti a contrastare il non dissimile fenomeno della c.d. medicina difensiva, la giurisprudenza sta procedendo – in nome di un'interpretazione costituzionalmente conforme – a obliterare il tenore letterale (più restrittivo) dell'art. 590-*sexies* c.p.⁶³, la cui valorizzazione avrebbe creato un *vulnus* in termini di meritevolezza di pena, legato alla impunità di condotte mediche (anche gravemente) imperite, se rispettose di linee guida certificate e adeguate al caso concreto. Nel caso dell'abuso d'ufficio, a restare sguarniti di tutela – e a meritare pertanto un intervento correttivo ben oltre il significato testuale degli enunciati normativi (richiamando ancora quanto stabilito dalle Sezioni Unite Mariotti con riguardo all'art. 590-*sexies* c.p.⁶⁴) – sarebbero i comportamenti più insidiosi nell'ambito dell'attività amministrativa, connotati da un uso distorto del potere discrezionale, svincolato da una più marcata (e dunque manifesta) violazione di legge⁶⁵.

Per concludere. Il pendolo, dunque, sembra tornare a oscillare nella direzione del legislatore. Non a caso, negli ultimi tempi, vanno nuovamente diffondendosi

⁶³ Sia consentito, sulla questione, rinviare a C. CUPELLI, *L'anamorfofi dell'art. 590-*sexies* c.p. L'interpretazione 'costituzionalmente conforme' e i problemi irrisolti dell'imperizia medica dopo le Sezioni unite*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 1969 ss.

⁶⁴ Cass., sez. un., sentenza 21.12.2017 (dep. 22.2.2018), in *Cass. pen.*, 2018, 1452 ss.

⁶⁵ Va altresì ricordato come la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 177 del 2016, abbia in qualche misura *sollecitato* i giudici a propendere per un'interpretazione conforme a Costituzione (con riferimento però non solo all'art. 97, ma anche all'art. 25, 2° co.), in luogo del ritenuto (evidentemente in maniera non condivisa) prevalente “diritto vivente”; così Corte cost., ord. 14.7.2016, n. 177, in *Giur. cost.*, 2016, 1358 ss., nel dichiarare manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p., censurato, per violazione degli artt. 25, 2° co., e 97, 2° co., Cost., nella parte in cui, secondo il «diritto vivente», includerebbe nel requisito della «violazione di norme di legge», necessario per la configurazione della fattispecie incriminatrice dell'abuso d'ufficio, anche la violazione dei principi di imparzialità e buon andamento della P.A. e quella di norme previste nei contratti collettivi di lavoro o in atti amministrativi, circolari e discendenti da prassi amministrative.

istanze riformistiche, dirette, ancora una volta, a rendere *più certi* (e quanto più prevedibili) i confini di rilevanza penale dell'abuso d'ufficio⁶⁶⁻⁶⁷.

⁶⁶ Proprio di recente, si ricorderà come, durante l'*iter* parlamentare di approvazione della l. 9.1.2019, n. 3 (c.d. legge "spazzacorrotti"), la Camera aveva approvato un emendamento, poi decaduto, con il quale si prospettava l'introduzione di un 3° comma all'art. 323 c.p., volto a regolamentare una nuova ipotesi di abuso d'ufficio "distrattivo". La proposta era nel senso di punire il funzionario pubblico, in modo più tenue rispetto al peculato, nei casi di "*appropriazione mediante distrazione di somme di denaro o di altra cosa mobile altrui delle quali ha il possesso o comunque l'autonoma disponibilità per ragione del suo ufficio, nell'ambito di un procedimento disciplinato da legge o regolamento che appartenga alla sua competenza*".

In ogni caso, ferma restando la necessaria rilevanza penale dell'abuso, fra le possibili opzioni è stata avanzata una *ridefinizione del fatto punibile*, nel tentativo di raggiungere una maggiore precisione nella descrizione normativa di taluni presupposti applicativi della fattispecie. In questa direzione, si è anzitutto prospettata una modifica della locuzione "violazione di norma di legge o di regolamento" (la possibilità di sostituire la generica locuzione "violazione di legge" con un esplicito riferimento alle sole disposizioni di legge strumentali alla regolarità dell'attività amministrativa, alle sole norme, cioè, che vietino in modo specifico un comportamento del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, ad esempio, è stata di recente prospettata da F. PINELLI, *Riflessioni sul reato dell'abuso di ufficio*, in *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, a cura di A.R. Castaldo, Torino, 2018, 122 ss.).

Ancora, il recupero di una concreta offensività del fatto parrebbe potersi ottenere attraverso l'inserimento di una norma definitoria del carattere dell'ingiustizia del vantaggio e del danno, che valga a caratterizzare in modo autonomo la rilevanza penale rispetto alla mera illegittimità amministrativa dell'atto. A tal fine, potrebbero rivelarsi utili taluni strumenti conoscitivi e decisorivi di tipo extrapenale che contribuiscano dall'esterno a fare emergere, già in fase di indagini preliminari, la chiara insussistenza dell'illecito penale per l'assenza della illegittimità della condotta o del dolo intenzionale, nelle ipotesi in cui il comportamento del pubblico agente si sia ad essi conformato; la predisposizione di protocolli e linee guida da parte delle amministrazioni pubbliche, infatti, potrebbe costituire, ad un tempo, garanzia di una maggiore uniformità dei meccanismi decisionali, soprattutto all'interno di materie caratterizzate dalla discrezionalità amministrativa, ed utile filtro per escludere profili di responsabilità penale. La rispondenza dell'agire del pubblico funzionario alle *guidelines*, pur lasciando inalterato il dato formale della violazione normativa, lo priverebbe in sostanza della tipicità; risultato certamente apprezzabile, il cui raggiungimento passa, però, per la soluzione di una serie di dubbi circa l'individuazione dell'ente deputato alla creazione del catalogo di linee guida ed il loro eventuale ambito di applicazione territoriale. In questo caso, il riferimento è alla proposta della Commissione di studio e riforma dell'abuso d'ufficio, presieduta dal prof. A.R. Castaldo, i cui lavori sono illustrati nel volume collettaneo *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, cit., e in particolare nel contributo di M. NADDEO, *Abuso d'ufficio: tipicità umbratile o legalità crepuscolare del diritto vivente? Dogmatica di categorie e struttura del tipo nella prospettiva de lege ferenda*, *ivi*, 31 ss.; perplesso, pur apprezzando obiettivi e taluni risultati della proposta, M. DONINI, *Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo" di riforma dell'art. 323 c.p. La ricerca di un'ultima ratio ancora più tassativa contro il trend generale dell'espansione penalistica*, *ivi*, 94 ss.

⁶⁷ Si segnala come – nonostante la già richiamata riforma del 2019, che, pur incidendo sul titolo II della Parte Speciale del codice penale, ha tuttavia lasciato intatto, contrariamente alle premesse, l'art. 323 c.p. – siano state recentemente presentate nuove proposte di riforma del reato di abuso d'ufficio.

In particolare, con la proposta n. 1960, presentata il 5.7.2019, si è ipotizzata *sic et simpliciter* l'abrogazione della fattispecie *ex art.* 323 c.p., ritenuta intollerabilmente imprecisa e foriera di un'indebita ingerenza della magistratura nell'attività amministrativa, difetti – si osserva nella relazione illustrativa – non altrimenti rimediabili, come dimostrato dal fallimento dei precedenti rimaneggiamenti, che pure avevano l'obiettivo di meglio precisare i confini della incriminazione.

Altra proposta di legge – la n. 2197, presentata il 19.11.2019 da una delle forze politiche faatrici della l. 3/2019 – ipotizza, nell'ambito di un più ampio disegno di riforma incidente anche sull'appena ritoccata disciplina della prescrizione e delle pene accessorie previste in caso di condanna per reati contro la P.A., una modifica dell'abuso di ufficio, volta a contrastare il fenomeno dell'amministrazione difensiva, soprattutto a tutela dell'operato dei sindaci e degli amministratori locali.

Così, al primo comma dell'art. 323 c.p., dopo le parole: «in violazione di norme di legge», si propone l'inserimento dell'inciso «, ad eccezione di norme di principio o di norme genericamente strumentali alla regolarità dell'attività amministrativa,», finalizzato a scongiurare il rischio di riconoscere rilievo penale a mere illegittimità formali o procedurali.

Dopo il secondo comma, si propone poi l'aggiunta di un ulteriore capoverso, a tenore del quale: «La punibilità è esclusa nel caso di adozione di uno o più provvedimenti in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora sia palese che il contenuto dispositivo del provvedimento o dei provvedimenti non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, nonché nei casi di particolare tenuità del fatto». Tale ulteriore innesto, dunque, come chiarito nella relazione di accompagnamento, mira, da un lato, a rendere il volto dell'art. 323 c.p. più compatibile con una visione sostanzialistica dell'azione amministrativa, recependo, nel corpo della disposizione incriminatrice, il dettato dell'art. 21 *octies* della l. 241/1990, e, dall'altro, a sgomberare il campo da dubbi circa l'applicabilità al reato di abuso d'ufficio dell'art. 131 *bis* c.p.