NUOVE LEGGI NUOVO DIRITTO

Collana diretta da Guido Alpa e Giorgio Spangher

# IL "NUOVO" ABUSO DI UFFICIO

a cura di
Bartolomeo Romano

Pacini Giuridica

*Il “nuovo” abuso di ufficio*

# NUOVE LEGGI NUOVO DIRITTO

Collana diretta da Guido Alpa e Giorgio Spangher

1. *La Riforma Orlando*, a cura di Giorgio Spangher
2. Ranieri Razzante - Eliana Pezzuto, *Il nuovo codice antimafia*
3. *Il Codice del Terzo settore*, a cura di Marilena Gorgoni
4. *La Riforma Orlando – I nuovi decreti*, a cura di Giorgio Spangher
5. *La riforma dell'ordinamento penitenziario – Lavoro – Minorenni – Assistenza sanitaria e vita penitenziaria*, a cura di Riccardo Polidoro
6. *Testo unico dell'immigrazione – Commentario di legislazione - giurisprudenza - dottrina*, a cura di Carlo Morselli
7. *Il Decreto Salvini*, a cura di Francesca Curi
8. *La nuova disciplina dei delitti di corruzione*, a cura di Giovanni Flora e Antonella Marandola
9. Manuel Sarno, *La nuova disciplina della legittima difesa – Con un primo commento alla Legge 26 aprile 2019, n. 36*
10. Giuseppe Macrina, *Nuova guida al codice degli appalti pubblici*
11. *Codice rosso*, a cura di Bartolomeo Romano e Antonella Marandola
12. *I nuovi reati tributari*, a cura di Luca Della Ragione
13. Alessandro Diddi, Leonardo Filippi, Antonella Marandola, *La nuova disciplina delle intercettazioni*
14. Giuseppe Macrina, *Nuova guida al codice degli appalti pubblici*
15. *Il "nuovo" abuso di ufficio*, a cura di Bartolomeo Romano

# IL “NUOVO” ABUSO DI UFFICIO

a cura di Bartolomeo Romano

Pacini Giuridica

© Copyright 2021 by Pacini Editore Srl

ISBN 978-88-3379-296-5

*Realizzazione editoriale*

Pacini Editore

Via A. Gherardesca
56121 Pisa

*Responsabile di redazione*
Gloria Giacomelli

*Fotolito e Stampa*
IGP Industrie Grafiche Pacini

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume /fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

# INDICE SOMMARIO

PREMESSA
*di Bartolomeo Romano* ..... p. 1

PARTE I
LA CONTINUA RIFORMA DELL'ABUSO DI UFFICIO

CAPITOLO I
L'ABUSO INNOMINATO NELL'ORIGINARIO ART. 323 C.P.
*di Bartolomeo Romano* ..... » 3

1. Considerazioni introduttive ..... » 3
2. L'abuso di ufficio nel sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione ..... » 6
3. Gli originari limiti all'intervento del diritto penale nell'azione amministrativa ..... » 7
4. Le conseguenze dell'entrata in vigore della Costituzione e i problemi di legittimità costituzionale ..... » 9
5. L'ampio ricorso all'abuso di ufficio e la burocrazia del non fare ..... » 10
6. Le caratteristiche "tecniche" dell'abuso innominato d'ufficio e le ragioni della continua riforma dell'art. 323 c.p. ..... » 11

CAPITOLO II
LA RIFORMA DEL 1990
*di Cristiano Cupelli* ..... » 15

1. Premessa ..... » 15
2. Le ragioni della riforma del 1990 ..... » 16
3. La centralità dell'incriminazione: la clausola di consunzione e il novero dei soggetti attivi ..... » 18
4. La delimitazione della condotta penalmente rilevante ..... » 19
5. Gli altri elementi di caratterizzazione del tipo: dolo specifico e ingiustizia del danno e del vantaggio ..... » 23
6. Dubbi di legittimità costituzionale ..... » 24
7. Verso una riforma (della riforma): la c.d. Commissione Morbidelli » 26
8. Osservazioni conclusive: la perdurante attualità dei limiti di tipizzazione. ..... » 30

CAPITOLO III
LE MODIFICHE DEL 1997 E DEL 2012
*di Andrea Merlo*.....» 33

1. Premessa.....» 33
2. I tratti essenziali della nuova fattispecie.....» 35
3. La definizione giurisprudenziale dei contorni del reato.....» 36
   3.1. La lettura restrittiva.....» 36
   3.2. Le tendenze espansive.....» 39
   3.3. Considerazioni critiche.....» 48
4. Quali le «norme di legge» rilevanti?.....» 50
   4.1. Il problema della «violazione mediata» di norme tramite rinvio ad atti subordinati.....» 51
   4.2. La violazione di norme sulla competenza.....» 54
5. La violazione di regolamenti.....» 55
6. La violazione dell'obbligo di astensione.....» 57
7. La debole selettività del requisito della "doppia ingiustizia".....» 58
8. L'elemento soggettivo.....» 60

PARTE II
IL VOLTO ATTUALE DELL'ABUSO DI UFFICIO

CAPITOLO IV
LA RIFORMA DEL 2020
*di Gian Luigi Gatta*.....» 65

1. Premessa.....» 65
2. Il decreto-semplificazioni (d.l. 16 luglio 2020, n. 76).....» 66
3. Le limitazioni alla responsabilità erariale.....» 67
4. Le limitazioni alla responsabilità penale.....» 68
5. La riforma dell'abuso d'ufficio.....» 69
6. Profili di diritto intertemporale e possibili reazioni alla riforma da parte del 'diritto vivente'.....» 73
7. Profili di illegittimità costituzionale.....» 78

CAPITOLO V
DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA E SINDACATO DEL GIUDICE PENALE
*di Marco Gambardella*.....» 81

1. L'acceso dibattito in tema di sindacato del giudice penale sulla legalità amministrativa.....» 81
2. La riformulazione del sintagma "in violazione di norme di legge". L'esclusione dall'area di tipicità delle "norme di regolamento".....» 84

3. Sviamento di potere e abuso d'ufficio ..... » 90
4. I rapporti con la seconda condotta tipica: la violazione dell'obbligo di astensione ..... » 96
5. Le ripercussioni della riformulazione sui rapporti con l'omissione di atti d'ufficio e il peculato ..... » 98
6. La spinosa questione della revoca delle sentenze di condanna *ex* art. 673 c.p.p. ..... » 101
7. Lo stretto legame tra abuso d'ufficio e sindacato sulla discrezionalità amministrativa ..... » 103
8. Le fonti normative del sindacato sulla legalità dell'azione amministrativa ..... » 108
9. La legalità "sostanziale" e il sindacato sull'uso del potere discrezionale ..... » 111
10. Il controllo del giudice penale sul merito amministrativo ..... » 113
11. Riflessioni finali: potrebbe non cambiare nulla? ..... » 117

CAPITOLO VI
UNA RIFORMA IMPERFETTA
*di Tullio Padovani* ..... » 121

1. Una riforma in cerca del proprio oggetto ..... » 121
2. L'efficacia abrogativa della disposizione novellata e la selezione inversa del penalmente rilevante: un quadro grottesco ..... » 123
3. Le maglie del sistema e le illusioni della riforma ..... » 126
4. La nuova fattispecie e l'amministrazione come feudo: un'incostituzionalità di qua dai limiti dell'età moderna ..... » 129

APPENDICE NORMATIVA ..... » 131

GLI AUTORI ..... » 133

CAPITOLO II

# LA RIFORMA DEL 1990

*di Cristiano Cupelli*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le ragioni della riforma del 1990. – 3. La centralità dell'incriminazione: la clausola di consunzione e il novero dei soggetti attivi. – 4. La delimitazione della condotta penalmente rilevante. – 5. Gli altri elementi di caratterizzazione del tipo: dolo specifico e ingiustizia del danno e del vantaggio. – 6. Dubbi di legittimità costituzionale. – 7. Verso una riforma (della riforma): la c.d. Commissione Morbidelli. – 8. Osservazioni conclusive: la perdurante attualità dei limiti di tipizzazione.

## 1. *Premessa*.

Se può ritenersi ormai pacifico che il delitto di abuso d'ufficio rappresenti una fattispecie tra le più problematiche e controverse del codice penale, la cui analisi da tempo affatica dottrina (non solo penalistica) e giurisprudenza, paradigma esemplificativo di tale criticità è rappresentato dalla versione dell'art 323 c.p. introdotta, nell'ambito del complessivo disegno di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione, dall'art. 13 della legge 26 aprile 1990, n. 86 e poi sostituita, nell'arco di un lasso temporale relativamente breve, dall'art. 1 della legge 16 luglio 1997, n. 234[1].

Facendo un passo indietro, come è ben noto l'*abuso innominato in atti d'ufficio*, previsto dall'originario art. 323 del codice del 1930[2], si connotava per una funzione residuale, confluendovi tutte le condotte scorrette dei pubblici funzionari non sussumibili sotto altra norma[3], finendo per scontare una assoluta in-

---

[1] Un inquadramento della tutela della pubblica amministrazione nell'ambito del Titolo II del codice penale, dall'approccio originario alle più moderne esigenze di tutela, in B. ROMANO, *Nozioni introduttive*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di B. Romano-A. Marandola, Utet giuridica, Torino, 2020, 3 ss.

[2] L'art. 323 c.p., nella originaria versione del 1930, era così formulato: «Art. 323 (*Abuso di ufficio in casi non preveduti specificamente dalla legge*) – 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, è punito con la reclusione fino a due anni o con la multa da lire cinquecento a diecimila».

[3] Nella vasta bibliografia maturata in relazione al delitto di abuso innominato in atti d'ufficio, si rinvia per tutti a E. CONTIERI, *Abuso innominato di ufficio*, in *Enc. dir.*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1958, 187 ss.; F. BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 985 ss.; L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Giuffrè, Milano,

determinatezza del tipo, legata proprio alla sua funzione di argine contro ogni strumentalizzazione dei pubblici poteri. La condotta consisteva in una qualsiasi attività, non prevista come reato da altra disposizione, qualificata dall'abuso dei poteri inerenti alle funzioni di pubblico ufficiale del soggetto attivo e, come è evidente, le maggiori perplessità si incentravano sulla polivalenza di significati assunta, nella dimensione penalistica, dal termine 'abuso', che può indicare, da un punto di vista generale, un cattivo o illecito uso ovvero un eccesso nell'uso di qualcosa ovvero ancora la strumentalizzazione di una situazione o lo sfruttamento della stessa o il cattivo uso di una situazione di fatto o di un diritto[4].

## 2. *Le ragioni della riforma del 1990.*

Per ovviare a tale macroscopico *deficit* di precisione, l'articolo è stato completamente riscritto nel 1990[5], venendo ad assumere, all'esito di quella che rap-

---

1976; S. SEMINARA, *Riflessioni sul reato di abuso innominato in atti d'ufficio*, in *Foro it*., II, 1984, 342 ss.; T. PADOVANI, L*a riforma dell'abuso innominato e dell'interesse privato in atti d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1986, 1042 ss.; ID., *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, ivi, 1989, 76 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte speciale*, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 1986, 269 ss.; M. PARODI GIUSINO, *Abuso innominato d'ufficio*, in *Digesto pen*., vol. I, Utet, Torino, 1987, 41 ss.

[4] L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, cit., 11 ss.

[5] Sull'abuso d'ufficio dopo la riforma del 1990 cfr., tra gli ultimi contributi, C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 291 ss.; A. MERLO, *L'abuso d'ufficio. Tra legge e giudice*, Giappichelli, Torino, 2020; A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in *Legisl. pen*., 23.10.2020; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Giuffrè, Milano, 2019; G. SALCUNI, *La «disciplina altrove». L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019; C. BENUSSI, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2016; nella letteratura precedente, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 227 ss.; ID., *Commento all'art. 13 L 26 aprile 1990, n. 86*, in *Legisl. pen*., 1990, 303 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, 1ª ed., Zanichelli, Bologna, 1988, 234 ss.; G. FIANDACA, *Questioni di diritto transitorio in seguito alla riforma dei reati di interesse privato e abuso innominato di ufficio*, in *Foro it*., 1990, II, 637 ss.; C.F. GROSSO, *L'abuso d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1991, 319 ss.; T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1991, 581 ss.; F. C. PALAZZO, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d'insieme*, ivi, 507 ss.; L. STORTONI, *La nuova disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.: profili generali e spunti problematici*, ivi, 538 ss.; G. CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione dopo la riforma,* in AA.VV, *I delitti contro la pubblica amministrazione, Quaderni del CSM*, 1992, 189 ss.; A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, Giuffrè, Milano, 1995; ID., *Il requisito dell'ingiustizia del vantaggio o del danno nella nuova ipotesi di abuso d'ufficio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ*., 1992, 905 ss.; M.C. GERMANI, *L'»abrogazione» dell'art. 324 c.p. del 1930*, in F. Coppi (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 1993, 283 ss.; G. IADECOLA, *Sulla disciplina delle fattispecie di interesse privato in atti d'ufficio dopo l'entrata in vigore della legge 26 aprile 1990, n. 86*, ivi, 180 ss.; L. PICOTTI, *Il dolo specifico nel «nuovo» abuso d'ufficio*, ivi, 265 ss.; S. PREZIOSI, *La riforma della fattispecie incriminatrice di abuso d'ufficio*, ivi, 128 ss.;

presenta solo la prima tappa di un lungo percorso di riforma (al cui interno si ascrive, da ultimo, il d.l. 16 luglio 2020, n. 76), un ruolo fondamentale nel sistema dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

Andando con ordine, le esigenze che hanno spinto a una rimeditazione profonda, che ha investito tanto l'ambito di applicazione quanto la fattispecie oggettiva e i criteri di ascrizione soggettiva, possono essere così schematizzate:

*a*) restringere la punibilità ai soli casi di effettiva lesione dei beni giuridici tutelati, ossia il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione;

*b*) operare una precisa cesura tra l'area dell'illegittimità amministrativa e quella dell'illecito penale[6], onde evitare possibili, non infrequenti sconfinamenti indebiti del controllo giudiziario in settori riservati alla discrezionalità politica dell'amministrazione pubblica; passaggio obbligato per giungere a una effettiva distinzione delle due aree, infatti, era un arricchimento dell'evanescente stato di tipizzazione legislativa del fatto di reato, tale altresì da chiarire i rapporti con

---

R. Rampioni, *L'abuso di ufficio*, ivi, 109 ss.; V. Scordamaglia, *L'abuso d'ufficio*, ivi, 191 ss.; S. Seminara, *Il delitto di abuso d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 562 ss.; Id., *L'abuso d'ufficio*, in T. Padovani, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1996, 226 ss.; A. Sessa, *Osservazioni sul nuovo delitto di abuso di ufficio,* in *Arch. pen.*, 1993, 356 ss.; A. Mazzone, *Bene giuridico e condotta nell'abuso di ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 707 ss.; M. Parodi Giusino, *Abuso d'ufficio*, in *Digesto pen.*, vol. VII, Utet, Torino, 1994, 587 ss.; F. Baldi, *Le principali forme di manifestazione del reato di abuso di ufficio: abuso circostanziato ed abuso tentato*, in *Cass. pen.*, 1995, 934 ss.; P. Pisa, *Abuso d'ufficio*, in *Enc. giur.*, vol. II, Treccani, Roma, 1995; C. Piemontese, *Il delitto di abuso d'ufficio*, Cedam, Padova, 1996; F. Puleio, *Il delitto di abuso di ufficio. Problematiche interpretative ed orientamenti della Corte di Cassazione,* in *Giust. pen.*, 1996, 183 ss.; M. Gambardella, *Sul requisito dell'ingiustizia del vantaggio o del danno nel delitto di abuso di ufficio*, in *Cass. Pen.*, 1997, 2693 ss.; A. Segreto-G. De Luca, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, 1999, 449 ss.

[6] Il rapporto tra l'area del penalmente rilevante e quella del mero illecito amministrativo è stato oggetto di profonda attenzione da parte della dottrina; si segnalano, tra gli altri, T. Padovani, *L'abuso di ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., 88 ss.; Id., *L'abuso d'ufficio*, in *Scritti in onore di G. Vassalli*, cit., 592 ss.; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 231 ss.; G. Contento, *Giudice penale e pubblica amministrazione dopo la riforma*, cit., 189 ss.; E. Fassone, *Pubblica amministrazione e controllo penale*, in L. Pepino *(a cura di), La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, Franco Angeli, Milano, 1992, 404 ss.; P. Di Tarsia Di Belmonte, *Abuso d'ufficio, un reato difficile*, in *Riv. amm.*, 1995, 181 ss.; G. Ferrari, *Sindacato penale e sindacato amministrativo in tema di abuso di ufficio*, ivi, 1 ss.; A. Fanelli, *Abuso d'ufficio in casi non preveduti specificamente dalla legge. Il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa*, in *Gazz. giur.*, 44/1996, 3 ss.; M. Gambardella, *Disapplicazione* in bonam partem *e divieto per il giudice penale di sostituirsi all'amministrazione nell'emanazione di atti amministrativi discrezionali*, in *Cass. pen.*, 1997, 3552 ss.; P. L. Rebecchi, *L'evoluzione della responsabilità patrimoniale degli amministratori e funzionari pubblici con riguardo al sindacato sulle scelte discrezionali*, in *Riv. Corte dei conti*, 3/1997, 319 ss.; F. Sgubbi, *Reati contro la pubblica amministrazione e sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa: il legislatore alla rincorsa del pubblico ministero*, in *Diritto pubblico*, 1997, 99 ss.

le abrogate fattispecie di peculato per distrazione e di interesse privato in atti d'ufficio[7];

*c*) introdurre una fondamentale distinzione tra condotta *favoritrice* o *prevaricatrice,* da un lato, e *affaristica,* dall'altro; ciò attraverso la previsione di due autonome figure di reato nel primo e nel secondo comma dell'art. 323 c.p., sanzionate con trattamento ben differenziato sulla base della natura, patrimoniale o meno, del vantaggio perseguito dall'agente;

*d*) estendere l'area della punibilità anche agli incaricati di pubblico servizio (in relazione alla modifica delle qualifiche soggettive);

*e*) mutare il ruolo rivestito dall'abuso di ufficio nell'ambito dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione – da fattispecie sussidiaria a figura criminosa cardine –, attraverso la trasformazione della clausola di sussidiarietà in clausola di consunzione.

## 3. *La centralità dell'incriminazione: la clausola di consunzione e il novero dei soggetti attivi.*

Nell'esaminare più da vicino le modifiche apportate dalla legge n. 86 del 1990[8], va subito richiamata l'appena evidenziata trasformazione della clausola di apertura dell'art. 323 c.p. da clausola di sussidiarietà – se il fatto "*non è previsto come reato da una particolare disposizione di legge*" – a clausola di consunzione[9] – "*se il fatto non costituisce più grave reato*". Tale variazione, mai messa in

---

[7] In tal modo si sarebbero anche (e forse soprattutto) evitati gli inconvenienti in passato connessi alle evanescenti figure del peculato per distrazione, dell'interesse privato e dell'abuso innominato, nonché la vecchia *querelle* relativa alla stessa reciproca delimitazione tra abuso ed interesse privato. In sostanza il legislatore, fugando le incertezze emerse sino ad allora, chiariva l'impossibilità di riscontrare un illecito penale *senza abuso;* quindi fatti antecedentemente riconducibili alle fattispecie (abrogate) di peculato per distrazione o di interesse privato, dopo la riforma del '90, in tanto avrebbero potuto assumere rilevanza penale, in quanto si fossero manifestate in vere e proprie forme di «abuso di ufficio» secondo il nuovo testo dell'art. 323. In tal senso, G. FIANDACA, *Questioni di diritto transitorio in seguito alla riforma dei reati di interesse privato e abuso innominato di ufficio*, cit., 638; ma v., *contra,* A. PAGLIARO, *Commento all'art. 1 1. 86/1990*, in *Legisl. pen.*, 1990, 267 ss., il quale, a fronte della scomparsa di ogni riferimento, nel novellato art. 314 c.p., alla condotta di distrazione, riteneva che il nuovo art. 323 c.p. non assorbisse tutto il disvalore della disposizione abrogata, ma che tale disvalore rientrasse nel più ampio concetto di appropriazione (e quindi ancora nella fattispecie di peculato), da intendersi esistente ogni qual volta il soggetto, deviando la cosa da una finalità ad un'altra non appartenente alla P.A., avesse agito in sostanza sulla stessa come se ne fosse stato il proprietario.

[8] «Art. 323 *(Abuso d'ufficio)* – 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 un più grave reato, con la reclusione fino a due anni. Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due a cinque anni».

[9] *Contra* M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 378, secondo il quale, infatti, la clausola di apertura dell'art. 323 c.p., così come riscritta dal legislatore del 1990,

discussione dalle successive riforme, manteneva invero inalterata la funzione rivestita dalla clausola stessa: sancire il concorso apparente di norme e impedire in radice il concorso formale di reati[10]. Le conseguenze pratiche, però, erano d'immediata evidenza: se prima del '90 ricorreva il reato in esame solo nel caso in cui l'abuso del pubblico ufficiale non fosse in modo specifico contemplato da una particolare disposizione di legge, dopo la riforma l'art. 323 c.p., invece, diveniva applicabile pure allorché il fatto considerato avesse integrato gli estremi di un altro specifico reato, purché non più grave.

La legge n. 86 ha di certo fra i suoi meriti quello di avere correttamente ricondotto la tutela apprestata al corretto funzionamento della pubblica amministrazione, intesa in senso lato: legalità, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, assunti a valori costituzionali (art. 97 Cost.), costituiscono i beni giuridici tutelati dall'art. 323 c.p.[11]; in quest'ottica ha ampliato il novero dei possibili soggetti attivi del reato, affiancando ai pubblici ufficiali – gli unici ad essere presi in considerazione nella formulazione originaria – gli incaricati di un pubblico servizio. Tale innovazione, a ben vedere, rifletteva una triplice esigenza: *i*) adeguare la normativa alla presa d'atto che alcune delle più gravi forme di abuso provenivano non solo dai pubblici ufficiali ma anche da soggetti titolari di servizi pubblici di particolare importanza, che sarebbero altrimenti rimasti sprovvisti di adeguata sanzione[12]; *ii*) tenere conto, per ragioni di trattamento paritario, della riformulazione degli artt. 357 e 358 c.p., con la quale si è accostata la nozione di incaricato di pubblico servizio alla pubblica funzione, dalla quale si differenzia solo per la mancanza dei poteri tipici; *iii*) far confluire nell'ipotesi prevista al capoverso dell'art. 323 c.p. le condotte di distrazione di denaro o di altra cosa mobile effettuate a vantaggio privato da un incaricato di pubblico servizio prima rientranti nella abrogata fattispecie di peculato *per* distrazione.

## 4. *La delimitazione della condotta penalmente rilevante*.

Quanto alle modifiche apportate alla fattispecie obiettiva, il nucleo dell'azione tipica era imperniato sull'*abuso dell'ufficio*[13]; rispetto alla disciplina pre-

---

dovrebbe più correttamente qualificarsi come *clausola di sussidiarietà limitata*, dal momento che, «discutendosi dello spazio d'intervento dell'abuso, l'accento pare da porre non tanto sulla sua (passiva) «consunzione», quanto piuttosto sulla sua (attiva) disponibilità «in aiuto», che opera se e quando nel fatto commesso non siano presenti anche gli estremi di un altro e più grave reato».

10 Così M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 377 ss.

11 S. Seminara, sub *Art. 323*, cit., 938; per una ricostruzione delle letture dei beni del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione nel quadro evolutivo dell'art. 323 c.p., cfr., per tutti, C. Cupelli, *L'abuso d'ufficio*, cit., 276 ss.

12 Così C. Benussi, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, cit., 418.

13 Occorre premettere qualche cenno sui lavori preparatori. L'approvazione del testo di legge definitivo non è stata difatti priva di contrasti durante *l'iter* parlamentare. Due erano i modelli di tipizzazione legislativa presi in esame; dapprima venne proposta dal «comitato ristretto»

vigente, la condotta penalmente rilevante non era più espressa mediante una circonlocuzione modale ("*abusando dei poteri…commette…qualsiasi fatto*") ma in forma diretta ("*…abusa del suo ufficio*") e il riferimento all'ufficio costituiva un necessario riflesso dell'estensione agli incaricati di un pubblico servizio della soggettività attiva del reato.

Il profilo che ha dato luogo ai maggiori problemi era costituito, ancora, dal significato preciso da attribuire alla locuzione "*abusa del suo ufficio*". Come si è accennato, infatti, il termine "abuso" presentava una connotazione alquanto generica, consistente fondamentalmente in un cattivo uso di funzioni; neanche la formulazione testuale dell'art. 323 c.p. offriva, dunque, riferimenti descrittivi sufficientemente tassativi, finendo per rimettere allo sforzo interpretativo il compito di individuare ancoraggi positivi per l'integrazione della condotta[14]. Fra le varie definizioni elaborate dalla dottrina, sembrava farsi preferire quella tendente a ricomprendere nel concetto di "*abuso dell'ufficio*" tutti quei comportamenti (anche non estrinsecantisi in atti) che concretizzavano un uso deviato e distorto dei poteri funzionali e che, di conseguenza, mettevano a repentaglio i beni giu-

---

della Commissione giustizia della Camera una costruzione della fattispecie come reato di evento: la punibilità a titolo di consumazione del soggetto pubblico presupponeva che questi, abusando della sua funzione, procurasse a sé o ad altri un ingiusto vantaggio ovvero arrecasse ad altri un danno. Tale strutturazione avrebbe probabilmente reso meno evanescenti i presupposti dell'incriminazione, col rischio però di restringere eccessivamente l'ambito della punibilità. Prevalse così in Commissione la tesi opposta, diretta a costruire la fattispecie sul dolo specifico, di vantaggio o di danno, allo scopo di realizzare una anticipazione della tutela penale; non era così necessario, ai fini della consumazione del reato, che si fosse effettivamente conseguito un vantaggio o si fosse arrecato un danno: era sufficiente la realizzazione di una condotta abusiva finalisticamente volta al conseguimento di un vantaggio o alla produzione di un danno. Un'accurata ricostruzione dei lavori parlamentari, accompagnata da condivisibili considerazioni critiche, in G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, cit., 237 ss.; P. PISA, *Abuso d'ufficio*, cit., 3; A. SEGRETO-G. DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 456 ss.

[14] Anche qui appare utile richiamare i lavori preparatori, nell'ambito dei quali venne avanzata la proposta di tipizzare la fattispecie in senso più restrittivo, richiedendo che l'abuso si traducesse nel compimento di un atto amministrativo illegittimo; tale proposta (peraltro ripresa, seppur alquanto timidamente, in alcune fasi del dibattito circa l'ulteriore modifica dell'art. 323 c.p. sfociato nella legge 234/1997) fu ben presto abbandonata, in quanto da una parte il requisito dell'illegittimità avrebbe costretto il giudice penale ad esercitare il proprio sindacato anche sui vizi dell'atto amministrativo, sconfinando in un'area di controllo giurisdizionale che avrebbe dovuto (e dovrebbe) rimanergli preclusa; dall'altra, avrebbe eccessivamente ristretto l'area della punibilità, lasciando fuori tutta una serie di gravi forme di sfruttamento dell'ufficio mantenutesi tuttavia nei limiti di una formale legittimità amministrativa.
Sul punto si vedano, tra gli altri, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, cit., 238; P. PISA, *Abuso d'ufficio*, cit., 5; F.C. PALAZZO, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d'insieme*, in *Scritti in onore di G. Vassalli*, cit., 511 ss.; T. PADOVANI, *La riforma dell'abuso innominato e dell'interesse privato in atti d'ufficio*, cit., 76 ss.

ridici tutelati, ossia il buon andamento e/o l'imparzialità della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost.[15].

Veniva altresì richiesto che l'abuso fosse inteso in maniera rigorosa e quindi che sfociasse in una *strumentalizzazione oggettiva dell'ufficio* tale da frustrare o alterare le finalità istituzionali perseguite[16], cui doveva corrispondere una *strumentalizzazione soggettiva*, nel senso che il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio dovevano agire con la consapevolezza e la volontà di sfruttare la funzione o il servizio proprio allo scopo di avvantaggiare se stessi, ovvero al fine di avvantaggiare o danneggiare altri; risultava così escluso dalla condotta abusiva rilevante il mero abuso della qualità[17].

Non era richiesto, ai fini della realizzazione del reato, il compimento di un atto amministrativo in senso tecnico[18] (a differenza di quanto avveniva nell'interesse privato di cui all'abrogato art. 324 c.p.[19]); potevano integrare la fattispecie anche la realizzazione di attività materiali, quali i meri comportamenti, costituenti manifestazione dell'attività amministrativa, essendo anch'essi idonei a ledere i beni giuridici tutelati, nonché gli atti consultivi, quelli non definitivi e meramente

---

[15] È questa la posizione espressa, fra gli altri, da G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale, parte speciale*, cit., 239.

[16] Ancora G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale, parte speciale*, cit., 240, nonché, in senso analogo, F. C. Palazzo, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d'insieme*, cit., 830; P. Pisa, *Abuso d'ufficio*, cit., 5, e S. Seminara, *L'abuso d'ufficio*, cit., 243.

[17] Essendo in sostanza la condotta imperniata, come nella precedente formulazione dell'articolo, sull'abuso dei poteri (seppur in assenza della netta contrapposizione normativa derivante dall'esplicita menzione dell'abuso dei poteri stesso), essa non poteva sfumare nell'abuso della qualità (rilevante invece in altre fattispecie, come la concussione), che implicava un giovamento da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio della posizione conferita dalla titolarità dell'ufficio senza impiego di poteri o facoltà. Tali situazioni erano così ritenute estranee alla fattispecie proprio in quanto mancava l'essenziale elemento caratterizzante, ossia l'abuso del potere connesso all'ufficio; non vi poteva perciò essere alcuna distorsione di un potere di cui l'agente non faceva alcuna strumentalizzazione. Così E. Gallo, *Aperto il dibattito sull'abuso d'ufficio*, *in Dir. pen. proc.*, 1996, 275.

[18] *Contra* A. D'Avirro, *L'abuso d'ufficio*, cit., 142 ss., ad avviso del quale «se è vero che la lettera della norma non fa alcun riferimento alla legittimità o illegittimità amministrativa, la nozione di abuso, ove venisse sganciata dalla adozione di un formale atto illegittimo, si presterebbe, nuovamente, a quelle interpretazioni arbitrarie che il legislatore ha inteso ovviare proprio con la riforma del 1990».

[19] L'abrogato art. 324 c.p. era formulato nei seguenti termini: «Art. 324 (*Interesse privato in atti di ufficio*) – Il pubblico ufficiale, che, direttamente o per interposta persona, o con atti simulati, prende un interesse privato in qualsiasi atto della pubblica Amministrazione presso la quale esercita il proprio ufficio, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da lire mille a ventimila». Su tale fattispecie, fra i molti, cfr. F. Bricola, *Interesse privato in atti d'ufficio*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Giuffrè, Milano, 1972, 47 ss.: G. Contento, *Interesse privato in atti d'ufficio*, in *Digesto pen.*, vol. VII, Utet, Torino, 1993, 207 ss.

preparatori e le operazioni tecniche strumentali rispetto alla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione[20].

L'ammissibilità di una condotta omissiva risentiva, oltre che della maggiore genericità del concetto di "*abuso d'ufficio*" rispetto al precedente "*abuso di poteri*" inerente le funzioni[21], dell'accennata trasformazione della clausola di sussidiarietà in clausola di consunzione; tale mutamento, difatti, consentiva di ritenere applicabile l'art. 323 c.p. in luogo dell'art. 328 c.p. al cospetto di condotte abusive di tipo omissivo, finalizzate a scopi di vantaggio per l'agente o per terzi, in cui il reato fosse più grave (e non invece tutte le volte che si trattasse di abuso non patrimoniale o di danno)[22].

La *strumentalizzazione oggettiva* veniva individuata dalla giurisprudenza in qualsiasi forma di strumentalizzazione dell'ufficio per finalità non consentite, ossia nel perseguimento di finalità extraistituzionali. In tali casi, si sosteneva, l'abuso comportava sempre uno sviamento di potere dalla causa tipica per il quale il potere stesso veniva attribuito; lo sviamento costituiva quindi il "nucleo forte" dell'illiceità penale mentre il vizio di violazione di legge, ove ravvisabile, rappresentava, di regola, mero elemento sintomatico della condotta abusiva. È evidente come, per tale via, si riscontrava un sostanziale appiattimento, dal punto di vista oggettivo, tra illiceità penale e illegittimità amministrativa e i residui margini di differenziazione gravavano sulla sola finalità di vantaggio o di danno che doveva accompagnare il compimento della condotta perché il fatto risultasse punibile[23].

---

[20] Ulteriori riferimenti giurisprudenziali in C.F. GROSSO, *L'abuso di ufficio,* in *Rassegna sistematica di diritto penale Bricola-Zagrebelsky*, vol. IV, 2ª ed., Utet, Torino, 1996, 270 ss.; C. PIEMONTESE, *Il delitto di abuso d'ufficio*, cit., 33 ss.; P. PISA, *Giurisprudenza commentata di diritto penale*, vol. II, 2ª ed., Cedam, Padova, 1997, 129 ss.

[21] Tale maggiore genericità offriva un argomento letterale alla tesi affermativa, in quanto il concetto di «abuso di ufficio» sembrava essere di per sé atto a ricomprendere anche le omissioni finalizzate ad avvantaggiare o a danneggiare.

[22] Così A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 243; T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio*, in *Scritti in onore di G. Vassalli*, cit., 551; S. SEMINARA, *L'abuso d'ufficio*, cit., 255 ss.; *contra* G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, cit., 242, per i quali l'argomento sistematico prevaleva su quello letterale, in quanto essendo l'omissione di atti d'ufficio configurata come autonoma fattispecie di reato dall'art. 323 c.p., se ne deduceva che la condotta omissiva rientrasse non già nel generico abuso, bensì nella fattispecie che più specificamente la incriminava. Nello stesso senso, ad avviso degli Autori, deponeva un dato storico, ossia il fatto che fossero state tutte rigettate dal legislatore le proposte favorevoli ad una esplicita previsione dell'abuso mediante omissione emerse durante i lavori preparatori.

[23] Si inseriva in questo contesto la problematica del rapporto tra giudice penale e pubblica amministrazione in un'ottica di possibili sconfinamenti del primo in ambiti rimessi alla discrezionalità della seconda; il sindacato del giudice penale difatti non si arrestava alla sola verifica della presenza del vizio di eccesso di potere (il quale attiene al profilo *esterno* della discrezionalità amministrativa) ed i maggiori contrasti sorgevano in relazione alla possibilità da parte del giudice penale di accedere al c.d. merito amministrativo, cioè al profilo *interno* della scelta discrezionale, all'in sé della discrezionalità amministrativa, nei casi in cui si fosse prospettata l'ipotesi di gravi forme di sfruttamento dell'ufficio non eccedenti i limiti della esteriore legittimità amministrativa

5. *Gli altri elementi di caratterizzazione del tipo: dolo specifico e ingiustizia del danno e del vantaggio*.

Proprio la finalità appena richiamata si rifletteva sul contenuto del dolo specifico, che concorreva dunque a caratterizzare la natura abusiva della condotta, richiedendosi che il pubblico ufficiale (o l'incaricato di pubblico servizio) dovesse abusare dell'ufficio proprio "*al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio*" ovvero "*per arrecare ad altri un danno ingiusto*"[24]. L'abuso d'ufficio, dunque, veniva rimodellato come delitto a dolo specifico, per la cui configurazione, ovviamente, non occorreva un'effettiva realizzazione dell'obiettivo preso di mira, bastando che il fine di vantaggio o di danno rappresentasse lo scopo verso cui tendeva l'azione illecita dell'agente.

Nell'economia della fattispecie rivestiva un ruolo fondamentale il requisito dell'*ingiustizia* sia del danno che del vantaggio perseguito dall'agente[25]; esso andava individuato in relazione all'interesse perseguito dalla pubblica amministrazione (al di fuori quindi di valutazioni etico-sociali), e si poneva, almeno nelle intenzioni del legislatore, quale nota di *antigiuridicità speciale*, con l'ambizione di ribadire l'irrilevanza penale dei casi di mera coincidenza tra interesse privato e interesse pubblico e di operare come fattore (non risolutivo) di distinzione tra illiceità penale e illegittimità amministrativa.

Infine, come anticipato, il legislatore aveva operato una distinzione tra condotta *prevaricatrice* o *parziale*, tendente a un fine di vantaggio non patrimoniale o di danno altrui, da un lato, e condotta *affaristica*, diretta come tale ad un fine di vantaggio patrimoniale[26], dall'altro, incriminando l'abuso d'ufficio in due diversi commi, che davano vita a due autonome figure di reato.

---

(si pensi a casi di atti formalmente legittimi ma inficiati alla radice da una strumentalizzazione del potere d'ufficio a fini privati), in tali casi, l'illegittimità amministrativa dell'atto diveniva una conseguenza della illiceità penale, e quindi il giudice penale, per accertare la sussistenza dell'abuso, avrebbe dovuto necessariamente fare riferimento ai criteri extralegali e non scritti della convenienza e dell'opportunità amministrativa, alle regole tecniche e di buona amministrazione.

[24] Sull'elemento soggettivo si vedano, in particolare, L. Picotti, *Il dolo specifico nel «nuovo abuso d'ufficio»*, cit., 265 ss.; Id., *Il dolo specifico*, Giuffrè, Milano, 1993, 269 ss.

[25] Su cui v., in particolare, C. F. Grosso, *L'abuso di ufficio,* cit., 322; A. D'Avirro, *Il requisito dell'ingiustizia del vantaggio o del danno nella nuova ipotesi di abuso d'ufficio*, cit., 905 ss.; V. Scordamaglia, *L'abuso di ufficio*, in F. Coppi (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 230 ss.; M. Gambardella, *Sul requisito dell'ingiustizia del vantaggio o del danno nel delitto di abuso d'ufficio*, cit., 2693 ss.; A. Segreto-G. De Luca, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 537 ss.; e, in relazione alla questione dei c.d. «interessi zonali», A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 249 ss.

[26] Al contrario di quanto accadeva riguardo al danno altrui preso di mira dall'agente, rispetto al quale era indifferente che fosse patrimoniale o non patrimoniale.

## 6. *Dubbi di legittimità costituzionale*.

Esaminata a grandi linee la struttura della fattispecie risultante dalla riforma del 1990, meritano ora di essere richiamati quei profili di criticità, per lo più già emersi dalla descrizione sin qui effettuata, che hanno rivestito un ruolo determinante nel processo di revisione sfociato nelle successive modifiche dell'art. 323 c.p. operate con la legge n. 234 del 1997 e, da ultimo, con il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (convertito nella legge 11 settembre 2020, n. 120).

I punti salienti del dibattito possono rinvenirsi tutti nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale del Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Piacenza del 16 aprile del 1996[27], con la quale veniva sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p. rispetto agli artt. 25, co. 2, e 97, co. 1, Cost. Vi si lamentava, in particolare, la violazione di uno degli aspetti del principio di legalità sancito dall'art. 25, co. 2, Cost., quello della tassatività e sufficiente determinatezza della fattispecie incriminatrice[28], per via di una descrizione della condotta priva di connotati oggettivamente verificabili ed effettuata in termini talmente generici da far demandare la rilevanza penale del fatto all'accertamento dell'elemento soggettivo (con le annesse, ben note, difficoltà processuali), con l'effetto che un'identica condotta avrebbe potuto essere indifferentemente qualificata come abuso penalmente rilevante o come mera irregolarità amministrativa a seconda dell'individuazione del dolo richiesto.

Intendendo poi il fine di perseguire un vantaggio ingiusto (costituente il dolo specifico) spogliato della sua connotazione extrafattuale e ridotto a mero risvolto psicologico della condotta, necessariamente insito nella coscienza e volontà di abusare, il requisito dell'ingiustizia si sarebbe trasformato da nota di antigiuridicità speciale (quale avrebbe dovuto essere nelle intenzioni del legislatore) in nota di illiceità espressa, con il residuo e modesto compito di escludere la configurabilità dell'elemento soggettivo nella forma eventuale, ma non le possibili semplificazioni probatorie insite nell'accertamento del c.d. *dolus in re ipsa*; una conferma in tal senso poteva ricavarsi dalla prassi interpretativa della giurisprudenza, che spesso traeva la prova del dolo dalla mera illegittimità dell'atto o del comportamento, divenendo così l'elemento soggettivo un mero corollario di quello oggettivo.

---

[27] In *Gazzetta Ufficiale*, 10 luglio 1996, I Serie speciale; si tratta della prima di una serie di ordinanze ripetute, con medesimo contenuto, dallo stesso GIP presso il Tribunale di Piacenza. Successivamente sono state sollevate ulteriori questioni di legittimità costituzionale sulla base di analoghe considerazioni. Si segnala, tra le altre, quella proposta, con ordinanza emessa il 21 giugno 1996, dal tribunale di Milano, in *Gazzetta ufficiale*, 2 ottobre 1996, I Serie speciale, commentata da A. SIRANI, *Dolo specifico e deficit di tassatività nell'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1138 ss.

[28] Aspetto, come noto, tendente, attraverso una restrizione dei poteri interpretativi del giudice, a salvaguardare i cittadini contro eventuali abusi del potere giudiziario.

Il *deficit* di tassatività della fattispecie incriminatrice determinava inoltre un presunto contrasto con il primo comma dell'art. 97 Cost., dal momento che la stessa indeterminatezza, favorendo le incursioni indebite del giudice penale nella sfera amministrativa, rischiava di paralizzare l'attività dei pubblici funzionari, gravando come una «spada di Damocle» sulla testa anche dell'amministratore più onesto, con conseguente (e paradossale, considerando la *ratio* della norma) compromissione del bene del buon andamento della pubblica amministrazione.

Si tratta di argomentazioni, queste ultime, che, seppure indubbiamente rilevanti sul piano sociologico[29] – e nuovamente rievocate a fondamento dell'ultima modifica normativa –, non mancavano (e non mancano) di suscitare riserve in ottica strettamente giuridico-penale; si segnalava infatti il rischio di far ricadere, attraverso una singolare inversione metodologica, la «messa in pericolo» del bene giuridico protetto non sulle attività illecite dei pubblici funzionari, quanto piuttosto sulla presunta ingerenza dei giudici penali che su esse indagavano[30].

Maggiore condivisione riscontravano invece le perplessità avanzate in merito all'asserita indeterminatezza della fattispecie; non a caso proprio su tale aspetto si focalizzavano gli obiettivi delle varie proposte riformatrici.

---

[29] Come rileva A. Pagliaro, *Per una riforma delle norme sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 535 ss., il quale, distinguendole dalle ragioni di riforma dell'art. 323 c.p. strettamente giuridiche, parla di «altre circostanze, dovute alla contingenza dei tempi e che perciò potrebbero essere indicate come di carattere sociologico-giuridico». Merita di essere seguito il ragionamento: «L'operazione «mani pulite» ha dato finalmente al cittadino comune la sensazione che egli non è inerme di fronte alle angherie – vere o presunte – che egli è costretto a subire dal pubblico funzionario. Perciò, assai più spesso di prima, colui che ritiene di essere trattato dal funzionario senza la dovuta imparzialità sporge denuncia per abuso d'ufficio. Il principio della obbligatorietà dell'azione penale spinge poi il pubblico ministero a svolgere indagini preliminari; e, in relazione a queste indagini, viene rivolta al funzionario una informazione di garanzia: con la quale, se il funzionario è innocente, il più del danno è fatto. I giornali, la radio, la televisione si impossessano della notizia, dandole spesso una importanza esagerata, e con troppa facilità giungono a distruggere moralmente l'indagato. Quando poi si arriva all'archiviazione (si dice che ciò avvenga in una percentuale superiore all'80%), questa notizia sembra non interessare più nessuno; di guisa che, al massimo, essa occupa un trafiletto in una pagina interna dei giornali e qualche secondo alla radio e alla televisione. Infine, nello stabilire che cosa è abuso e che cosa no, il giudice, ma soprattutto il p.m., crede di potere decidere da sé, magari in contrasto con i criteri ai quali si ispira la pubblica amministrazione e in materie nelle quali anche agli esperti del settore è estremamente difficile formulare un giudizio sicuro. Il risultato pratico di tutto ciò è facilmente intuibile. Molti tra gli amministratori corretti (quelli infedeli sanno valutare meglio i rischi e, comunque, hanno qualcosa di tangibile con cui bilanciarli) sono terrorizzati dal pericolo di una incriminazione. Di conseguenza, preferiscono rimanere inerti, piuttosto che compiere atti che, pur essendo a loro giudizio conformi alle leggi e ai criteri di buona amministrazione, essi temono che in qualche modo li possano coinvolgere in una responsabilità penale. Ciò determina, a lungo andare, una sorta di paralisi nell'amministrazione, specie ove si tratti di enti locali». Più recentemente, in argomento, sia consentito rinviare a C. Cupelli, *L'abuso d'ufficio*, cit., 291 ss.

[30] Così A. Sirani, *Dolo specifico e deficit di tassatività nell'abuso d'ufficio*, cit., 1140, condiviso da G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale, parte speciale*, cit., 246.

## 7. *Verso una riforma (della riforma): la c.d. Commissione Morbidelli.*

Dinanzi a questi limiti e alle problematiche connesse, assodata (anche in sedi non strettamente tecniche[31]) l'estrema inopportunità di mantenere inalterata l'incriminazione contenuta nell'art. 323 c.p., l'alternativa sul tavolo era costituita dalla più drastica e radicale soluzione di abolire del tutto una figura incriminatrice controversa come l'abuso d'ufficio ovvero dall'opzione più moderata di un'ulteriore riforma legislativa, diretta a restringerne in maniera più adeguata la sfera di operatività.

La tesi abolitrice rimase minoritaria nell'ambito del dibattito. Una volta optato per l'opzione riformatrice, come prevedibile, le soluzioni prospettate in sede parlamentare furono, oltre che molteplici e variegate, discordi e a tratti confliggenti. Per cercare di smuovere la situazione di stallo venutasi a creare, tentando di contemperare le fondate istanze riformistiche (di chi chiedeva di delimitare con precisione i casi in cui l'inosservanza di una regola amministrativa avrebbe costituito un illecito penale) con l'esigenza di evitare che una delimitazione eccessivamente rigida dei confini della fattispecie penale potesse aprire pericolosi varchi a funzionari infedeli e scaltri, l'allora Ministro di grazia e giustizia istituì, con decreto ministeriale del 23 febbraio 1996, una Commissione ministeriale, con composizione mista di amministrativisti e penalisti e presieduta dal prof. Morbidelli[32], la quale esitava, al termine dei suoi lavori nel mese di giugno 1996, un progetto di riforma molto articolato, che da un lato interveniva sugli elementi della condotta e sul profilo soggettivo, dall'altro introduceva una serie di cause di non punibilità dirette a limitare l'ambito di applicazione della norma.

In estrema sintesi, veniva eliminata l'ipotesi di abuso d'ufficio introdotta dalla riforma del 1990 e sostituita, nel tentativo di recuperare tipicità, con tre distinti reati: *prevaricazione* (abuso tendente a danneggiare altri)[33], *favoritismo*

---

[31] Il dibattito intorno alle disfunzioni connesse alla fattispecie di abuso d'ufficio trovava ben presto accesso nella stampa quotidiana, grazie anche al clamore suscitato in proposito da alcune prese di posizione del Presidente della Repubblica sul tema; si ricordano, tra gli altri, il passo del messaggio di fine anno del 1995, in cui lo stesso presidente Scalfaro definiva letteralmente l'abuso d'ufficio come un «dente cariato da estirpare», ovvero ancora le prese di posizione pubbliche in cui il Capo dello Stato denunciava pubblicamente i gravi guasti che una disinvolta applicazione della norma aveva provocato, tanto da auspicare che il reato di abuso d'ufficio venisse «spazzato via» dal codice penale (cfr. *Corriere della sera* del 20 giugno 1996).

[32] I compiti affidati alla Commissione con il decreto istitutivo potevano essere distinti, come si legge nella Relazione conclusiva dei lavori della stessa, in due diversi profili, pur tra loro coordinati: innanzitutto, una revisione delle norme del codice penale riguardanti i reati contro la pubblica amministrazione nella parte configurante le varie fattispecie delittuose in maniera alquanto generica e spesso onnicomprensiva, ed in secondo luogo coordinare la disciplina penale con quella dei procedimenti amministrativi, e in particolare di quelli attinenti agli appalti pubblici, allo scopo di incentivare e valorizzare i controlli sull'amministrazione ed al tempo stesso di circoscrivere l'intervento penale solo a fatti di particolare gravità.

[33] «Art. 323 *(Prevaricazione)* – Il pubblico ufficiale, o l'incaricato di un pubblico servizio, che, esercitando ovvero omettendo di esercitare in maniera arbitraria e strumentale i poteri ine-

*affaristico* (abuso tendente ad avvantaggiare patrimonialmente altri)[34], *sfruttamento privato dell'ufficio* (abuso tendente ad avvantaggiare patrimonialmente se stessi)[35]. In sostanza, preso atto della estrema vaghezza del termine «abuso di ufficio» e della quasi impossibilità (peraltro confermata nel processo di codificazione penale che si era svolto o si stava svolgendo all'epoca in Europa) di formulare una fattispecie di abuso nella quale la delimitazione delle condotte tipiche fosse effettuata mediante concetti tratti dal diritto amministrativo, mediante tale distinzione si ambiva a circoscrivere meglio l'effettivo contenuto di ciascun tipo di illecito.

Vanno segnalati, da un lato, la configurazione dei tre reati come «reati d'evento», col trasferimento sull'evento di ingiusto danno o di ingiusto profitto del nucleo essenziale dell'illecito, al fine di dare dovuto rilievo all'aspetto obiettivo del fatto; dall'altro, la previsione, dal punto di vista soggettivo, del dolo intenzionale, diretto ad escludere la punibilità a titolo di dolo indiretto ed eventuale, per la prevaricazione e lo sfruttamento privato dell'ufficio, e di un rafforzamento del dolo generico, attraverso il requisito della certezza che il danno o vantaggio perseguito fosse ingiusto[36], con analoghi effetti, per il favoritismo affaristico[37].

Contestualmente, allo scopo di conseguire una più netta distinzione tra sfera di rilevanza penale e amministrativa, venivano introdotte, attraverso la previsione di un articolo 360 *bis* del codice penale[38], una serie di *cause di non punibilità*,

---

renti alle funzioni o al servizio, arreca intenzionalmente ad altri un danno che sa essere ingiusto, è punito, se il fatto non è preveduto come reato da altra disposizione di legge, con la reclusione fino a due anni o con la multa fino a lire venti milioni».

[34] «Art. 323 *bis (Favoritismo affaristico)* – Il pubblico ufficiale, o l'incaricato di un pubblico servizio, che, esercitando ovvero omettendo di esercitare in maniera arbitraria e strumentale i poteri inerenti alle funzioni o al servizio, al fine di favorire taluno gli procura un vantaggio patrimoniale che sa essere ingiusto, è punito, se il fatto non costituisce reato più grave, con la reclusione da uno a cinque anni».

[35] «Art. 323 *ter (Sfruttamento* privato *dell'ufficio)* – Il pubblico ufficiale, o l'incaricato di un pubblico servizio, che, esercitando ovvero omettendo di esercitare in maniera arbitraria e strumentale i poteri inerenti alle funzioni o al servizio, si procura intenzionalmente un vantaggio patrimoniale che sa essere ingiusto, è punito, se il fatto non costituisce reato più grave, con la reclusione da due a cinque anni».

[36] Con una soluzione ispirata all'analoga limitazione posta dall'art. 365 c.p. al dolo del delitto di calunnia ed all'art. 404 del codice penale spagnolo del novembre del 1995 riguardante proprio l'abuso d'ufficio.

[37] La costruzione come fattispecie d'evento ed il dolo intenzionale caratterizzeranno anche, come vedremo, la nuova formulazione del reato di abuso d'ufficio.

[38] «Art. 360 *bis (Casi di non punibilità. Circostanze attenuanti)* – Non è punibile chi ha commesso, ad esclusivo vantaggio della pubblica Amministrazione, taluno dei fatti previsti nel capo I di questo titolo, sempre che non si tratti di concussione oppure di distrazione di danaro o di altra cosa appartenente a privati. Nei casi previsti dagli arti. 323 *bis e* 323 *ter,* la punibilità è altresì esclusa quando il fatto non ha cagionato, né era idoneo a cagionare, un danno patrimoniale pubblico o privato di ammontare superiore a lire dieci milioni, sempre che il danno medesimo sia stato riparato per intero, non oltre la dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado. Ove siano commessi più fatti, si tiene conto del danno patrimoniale complessivo. Se i fatti previ-

che recepivano un principio di carattere generale per il quale non sussiste condotta penalmente rilevante ove l'attività, pur arbitraria, sia stata commessa a esclusivo vantaggio della pubblica amministrazione; al contempo, veniva potenziata l'efficacia delle sanzioni disciplinari, ritenute sufficienti (se davvero applicate) rispetto a tali ipotesi.

La proposta della Commissione Morbidelli non ebbe tuttavia grossa fortuna[39]. Le ragioni dell'accantonamento del progetto furono eminentemente politiche; la delicatezza della materia sulla quale si stava intervenendo, alla luce peraltro dell'estrema sensibilità maturata in proposito da parte dell'opinione pubblica, e il timore di limitare eccessivamente il controllo penale sull'attività pubblica suggerirono di lasciare direttamente al Parlamento il compito di presentare il progetto di riforma.

In sede parlamentare la discussione sulla riforma dell'art. 323 c.p. riprese dalla Commissione Giustizia del Senato dove, al termine di un lungo e acceso dibattito, venne approvato, in sede deliberante, l'8 ottobre del 1996, un testo base[40] che, salvo alcune imprecisioni e differenze marginali[41], ricalcava quello che successivamente risulterà essere il testo definitivo.

Si trattava di un primo passo, ancorché non definitivo comunque significativo, verso un nuovo abuso d'ufficio. Al testo della Commissione Giustizia del

---

sti dai rimanenti articoli del capo suddetto, fatta eccezione per gli artt. 319 *bis* e 319 *ter,* sono di particolare tenuità, le pene sono diminuite».

[39] Per una valutazione sull'operato della Commissione e sulle ragioni dell'accantonamento della sua proposta, cfr. A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio. La legge di riforma 16 luglio 1997 n. 234,* vol. II, Giuffrè, Milano, 1997, 6 ss.; A. PAGLIARO, *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 1396 ss.

[40] «Art. 323 – *(Abuso d'ufficio)* – Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, nell'esercizio dei suoi poteri, violando norme sulla competenza o altre norme di legge o regolamenti ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità».

[41] Appariva difatti senza senso riferirsi espressamente alla violazione delle norme sulla competenza, quasi che esse non fossero fissate attraverso la legge, ed al tempo stesso il richiamo all'esercizio dei poteri risultava piuttosto ambiguo, considerando che appariva alquanto arduo ipotizzare casi in cui «nell'esercizio dei poteri» si potessero violare norme sulla competenza; senza considerare l'imprecisione dello stesso richiamo (tenuto conto che gli incaricati di un pubblico servizio ne sono per espressa definizione sprovvisti *ex* art. 358 c.p.). Per una analisi dettagliata della proposta e, più in generale, delle esigenze di riforma dell'art. 323, si rinvia a G. CONTENTO, *Ma la formulazione rivisitata espone a troppe interpretazioni,* ne *Il Sole 24 ore*, 9.10.1996, 27; G. FIANDACA, *Verso una nuova riforma dell'abuso d'ufficio?*, in *Questione giust.*, 1996, 308 ss.; A. PAGLIARO, *Contributo al dibattito sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1405 ss.; V. PATALANO, *Sulle condotte punibili per l'abuso d'ufficio il Parlamento di fronte a difficili scelte*, in *Guida dir.*, 1996, 37, 14 ss.; S. CAMAIONI, *Trasfigurazione e morte dell'abuso d'ufficio?*, in *Cass. pen.*, 1997, 302 ss.; V. MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1997, 1202 ss.

Senato fecero seguito, nel corso dell'*iter* parlamentare, due diverse proposte della Commissione Giustizia della Camera (rispettivamente del 29 gennaio[42] e del 3 aprile 1997[43]), che si inserivano, pur con alcune discrepanze ed imperfezioni[44], nel medesimo disegno, diretto a conseguire una maggiore tipizzazione della condotta, una trasformazione della fattispecie incentrata precedentemente sul dolo specifico in fattispecie di evento, una limitazione dell'abuso a vantaggio proprio od altrui (ma non dell'abuso per danneggiare altri) ai soli casi di patrimonialità ed una riduzione della misura della pena entro limiti tali da non consentire più la custodia cautelare né intercettazioni telefoniche o ambientali. Si arrivò quindi, nel luglio del 1997, alla *riforma della riforma*, attuata con la legge 16 luglio 1997, n. 234[45]; e non si tratterà neanche, come ben sappiamo, del passo risolutivo.

---

[42] «Art. 323 – *(Abuso d'ufficio)* – Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nell'esercizio delle sue funzioni, violando norme di legge, regolamenti, ordini o discipline ovvero omettendo l'osservanza dei suoi doveri di imparzialità o di astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi previsti intenzionalmente procura a sé o ad altri un vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno patrimoniale ingiusto, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La pena è aumentata di un terzo nei casi in cui il vantaggio o il danno siano di particolare gravità».

[43] «Art. 323 – *(Abuso d'ufficio)* – Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, nell'esercizio dei suoi poteri, violando norme sulla competenza o altre norme di legge o regolamenti ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da sci mesi a tre anni. La pena è aumentata nei *casi* in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità».

[44] Nel testo del 29 gennaio si faceva riferimento, in luogo della dizione «esercizio dei suoi poteri», a quella, ritenuta più corretta, di «esercizio delle sue funzioni»; veniva soppresso il riferimento alla violazione delle norme sulla competenza; si richiamava la inosservanza dei doveri di imparzialità e si menzionava altresì la violazione, accanto alle norme di legge ed ai regolamenti, di ordini e discipline. Nel testo del 3 aprile, invece, ricomparivano i riferimenti all'esercizio dei poteri ed alla violazione delle norme sulla competenza, venendo invece meno i richiami ai doveri di imparzialità ed agli ordini e alle discipline; una disamina critica in A. Pagliaro, *Nuovi spunti sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 501 ss.

[45] Il testo approvato nel 1997 è il seguente: «Art. 323 (*Abuso d'ufficio*) – Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità». La cornice edittale originaria è stata oggetto di una successiva modifica, intervenuta con la legge n. 190 del 2012, che ha innalzato la pena arrivando alla reclusione «da uno a quattro anni», con evidenti ricadute in termini di custodia cautelare, prescrizione, ecc.
Per una compiuta analisi dell'evoluzione storica della fattispecie di abuso e dei tratti caratterizzanti la formulazione del 1997, si vedano, per tutti, S. Seminara, *Art. 323*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di A. Crespi-F. Stella-G. Zuccalà, Cedam, Padova, 2003, 938 ss.; 2.; A. Di Martino, *Abuso d'ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. Bondi-A. Di Martino-G. Fornasari, Giappichelli, Torino, 2004, 236 ss.; A. Manna, *Abuso d'ufficio e conflitto*

## 8. *Osservazioni conclusive: la perdurante attualità dei limiti di tipizzazione*.

Le considerazioni sin qui svolte circa i più rilevanti profili di novità della riforma dell'abuso d'ufficio del 1990, unitamente al dato dei successivi rimaneggiamenti, consentono di formulare talune osservazioni di carattere più generale, che ci riportano in qualche modo al punto di partenza.

La prima modifica, come affermato in apertura, si era resa necessaria per via delle disfunzioni palesate dalla originaria formulazione e aveva fra gli altri (e soprattutto) lo scopo di rimediare alla scarsa precisione della fattispecie, foriera di una applicazione lata da parte della giurisprudenza, che se ne serviva per interferire nell'attività amministrativa e sindacare le scelte degli amministratori pubblici, valutando la correttezza del sotteso bilanciamento fra interessi in gioco confliggenti. Hanno certamente influito sul dibattito – e non poteva essere diversamente, ripensando a quanto avverrà anche negli anni a venire – le forti tensioni politiche riscontrabili in molte amministrazioni locali (ma soprattutto a livello nazionale) e le altrettanto robuste contraddizioni emergenti negli stessi settori: da una parte, la ritenuta indispensabilità di una modifica della fattispecie; dall'altra, il timore che tale modifica potesse costituire un 'colpo di spugna', con ricadute non solo (e non tanto) sulle ipotesi di abuso d'ufficio, ma anche (e soprattutto) su più gravi delitti, le cui indagini spesso prendevano corpo da notizie di tale reato. La soluzione escogitata – costruire *ex novo* il delitto, come reato di mera condotta a dolo specifico – non si è rivelata però decisiva; tant'è che si è tornati, pochi anni dopo, a rimodulare la fattispecie, trasformandola in un reato d'evento a dolo intenzionale.

La legge del 1997, che ha mutato profondamente la struttura dell'illecito, perseguiva, come nel 1990, l'obiettivo di rendere l'art. 323 c.p. maggiormente determinato e di precludere ogni spazio a interpretazioni creative che invadessero campi di discrezionalità amministrativa; si riteneva sufficiente, all'uopo, l'introduzione di modalità della condotta: il requisito modale dell'avvenuta violazione di norme di legge o di regolamento ovvero dalla violazione del dovere di astensione. Non sono mancati, anche qui, dubbi di costituzionalità sotto il profilo

---

*di interessi nel sistema penale*, Giappichelli, 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, Utet, 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, Giuffrè, Milano, 2015, 345 ss.; C. BENUSSI, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, cit., 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-C.E. Paliero, Giappichelli, 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, Utet giuridica, Torino, 2018, 223 ss.; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 349 ss.; A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio*, cit., *passim*; C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 291 ss.; A. MERLO, *L'abuso d'ufficio*, cit., *passim*.

della precisione, oltre che sul diverso piano della efficacia rispetto alla tutela del bene giuridico tutelato (*ex* artt. 3, 25, co. 2, e 97 Cost.); questioni che, portate all'attenzione della Corte costituzionale, sono state sempre rigettate[46], soprattutto valorizzando il presupposto dell'insindacabilità delle scelte di politica criminale, da sempre prerogativa del legislatore.

Ancora una volta, però, nonostante le buone intenzioni, lo sforzo legislativo non si è rivelato sufficiente. Pur a fronte di una precisa scelta di limitare l'area del penalmente rilevante, che si è tradotta nel rimettere la descrizione del "tipo" alla carica individualizzante della modalità comportamentale («*in violazione di norme di legge o di regolamento*»), la giurisprudenza ha recuperato una significativa quota di punibilità espunta dal legislatore attraverso il grimaldello dell'art. 97 Cost.[47], riconducendo, cioè, al concetto di "*norma di legge*" il parametro costituzionale dell'imparzialità, inteso come divieto «*di fare preferenze*», e sanzionando di conseguenza l'uso distorto della discrezionalità amministrativa[48]. 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* riduzionista; a questi sviamenti interpretativi si tenta di porre rimedio, ancora una volta, con un ennesimo intervento legislativo, dando rilievo alla sola violazione di «*specifiche regole di condotta espressamente previste*

---

[46] Cfr. C. cost., 1.6.2016, n. 177, in *Giur. cost*., 1358 ss.; C. cost., 17.5.2006, n. 251, ivi, 2533; C. cost., 15.12.1998, n. 447, ivi, 1999, 3721 ss.

[47] 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 amministrativi; un esauriente compendio del dibattito, da ultimo, in C. Benussi, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, cit. 427 ss.; in precedenza, M.N. Masullo, *L'abuso d'ufficio nell'ultima giurisprudenza di legittimità, tra esigenze repressive e determinatezza della fattispecie: la «violazione di norme di legge»*, in *Cass. pen*., 1999, 1763 ss.; nella letteratura, si riteneva che l'art. 97 Cost. – esteso anche al buon andamento della pubblica amministrazione – potesse farsi rientrare, in quanto «norma di legge», nelle potenzialità applicative dell'art. 323 c.p., A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1998, 240 ss.; analogamente, M. Gambardella, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2002, 276 ss. Per una 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*, Giappichelli, Torino, 2002, 5 ss.

[48] In questo senso, ad esempio, Cass., VI, 26.4.2019, n. 33830 (inedita); Cass., VI, 12.6.2018, n. 49549 (inedita); Cass., VI, 2.4.2015, n. 27816 (inedita); Cass., VI, 24.6.2014, n. 37373, in *Diritto & giustizia*, 10.9.2014, 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.

*dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità*»[49].

L'avvicendarsi delle riforme – che tuttavia riportano sempre ai *problemi di partenza* – evidenzia allora come il *deficit* di precisione sia probabilmente congenito alla figura stessa dell'abuso d'ufficio. Le vicende normative e soprattutto applicative fanno emergere la coesistenza forzata di due formanti diversi e contrapposti[50]: da un lato, quello legislativo, che spinge per ridurre l'area della punibilità e chiudere ogni spazio interpretativo; dall'altro, quello giurisprudenziale, che mira invece al recupero di ogni margine del proprio sindacato. Si staglia sullo sfondo il rischio di alimentare una vera e propria "*amministrazione difensiva*": di nuovo un atteggiamento prudenziale 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.

La conclusione che si può trarre da questi *corsi e ricorsi* è che a rivelarsi dirimente per le sorti dell'abuso d'ufficio, nell'impresa di renderne più prevedibili e certi i contorni applicativi, non potrà essere soltanto la migliore soluzione 'tecnica' escogitata in sede legislativa, se disgiunta da uno sforzo di ricomposizione con l'intento di tutela che sembra animare la giurisprudenza.

---

[49] Nella versione oggi vigente, rimodulata a seguito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, il testo è dunque il seguente: «Art. 323 (*Abuso d'ufficio*) — Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità».
Sulla riforma del 2020, tra i primi contributi, G.L. GATTA, *Da "spazza-corrotti" a "basta paura": il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in *Sistema penale*, 17.7.2020; M. GAMBARDELLA, Simul stabunt vel simul cadent. *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, ivi, 29.7.2020; A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, ivi, 20.11.2020; B. ROMANO, *La continua riforma dell'abuso d'ufficio e l'immobilismo della pubblica amministrazione*, in *Il Penalista*, 28.7.2020; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracolo dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen*. web, 7-8, 2020.

[50] Così A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio*, cit., 2.

Il volume cerca di ricostruire il volto attuale del delitto di abuso di ufficio, di cui all'art. 323 del codice penale, sul quale il legislatore è nuovamente intervenuto con il d.l. 16.7.2020, n. 76, convertito (sul punto) senza modificazioni dalla l. 11.9.2020, n. 120.
Si tratta, in effetti, di una disposizione che ha sofferto l'interventismo del legislatore italiano, peraltro non coronato dal conseguimento degli ambiziosi (e talvolta antitetici) obiettivi prefissati: garantire la repressione penale e, al contempo, costruire una norma determinata, in grado di conferire certezze ai pubblici agenti e di limitare l'intervento della magistratura penale. Così, si è passati dall'abuso "innominato" dell'originario impianto del codice del 1930 alla riforma dovuta alla l. 26.4.1990, n. 86; dalla l. 16.7.1997, n. 234, alla l. 6.11.2012, n. 190 (c.d. legge Severino).
Con tali premesse, non può stupire che anche il legislatore del 2020 si sia occupato del delitto in esame, con un intervento che sembrerebbe restringere la sfera di intervento della legge penale sull'azione amministrativa.
Per comprendere la situazione normativa attuale e per ipotizzare le future letture giurisprudenziali, il presente volume ha dovuto fare un percorso diacronico, nel quale la polifonia, si spera armonica, delle varie autorevoli voci che vi hanno contribuito (Cristiano Cupelli, Gian Luigi Gatta, Marco Gambardella, Andrea Merlo, Tullio Padovani, Bartolomeo Romano) è finalizzata a restituire un quadro, per quanto possibile, chiaro e coerente del "nuovo" abuso di ufficio.

**Bartolomeo Romano**, Professore Ordinario di Diritto penale nell'Università di Palermo e Avvocato patrocinante in Cassazione, è stato Componente del Consiglio Superiore della Magistratura. Fa parte del comitato scientifico, del comitato editoriale e del referee di numerose riviste. È condirettore del *Codice Penale Ipertestuale*, della collana *Diritto e procedura penale*, e cura l'aggiornamento del *Digesto delle discipline penalistiche*, per Utet Giuridica. Condirige la collana *Sanità, Diritto, Economia*, per Pacini Giuridica.
Autore di oltre cento pubblicazioni scientifiche ha curato, per Pacini Giuridica, *La responsabilità penale nelle professioni sanitarie* (2019) e, con A. Marandola, *Codice Rosso* (2020).

9 788833 792965
€ 18,00