

VERSO L'ABROGAZIONE DELL'ABUSO DI UFFICIO. UNA SCELTA 'IRRAZIONALE'.

A cura di **Fabrizio RIPPA** *

ABSTRACT

Attualmente all'esame delle Commissione Giustizia del senato, il disegno di legge cd Nordio (DDL S. 808) prevede, tra le altre misure, anche l'abrogazione dell'art. 323 c.p. in tema di abuso di ufficio. Norma da sempre problematica, è stata spesso indicata come fattore di rallentamento della macchina amministrativa, a causa dell'abnorme rischio penale che essa creerebbe in capo ai pubblici agenti (in particolare gli amministratori locali). Ripercorrere le numerose e travagliate vicende evolutive di questa fattispecie, può essere utile per comprendere quale sia il reale significato politico-criminale di tale scelta abolitiva, solo apparentemente in linea con i principi liberali di extrema ratio e di frammentarietà dell'ordinamento penale.

SOMMARIO

1. Verso l'abrogazione dell'abuso di ufficio. Una scelta davvero controcorrente? 1
2. Abuso di ufficio e conflittualità istituzionale. Il valore 'strategico' dell'art. 323 c.p. 2
3. Conoscere il passato per capire il presente (e orientare il futuro): l'evoluzione normativa dell'art. 323 c.p. 3
4. La riforma del 2020. L'inizio della fine? 6
5. L'abrogazione dell'abuso di ufficio: il definitivo abbandono della razionalità punitiva..... 9

1. VERSO L'ABROGAZIONE DELL'ABUSO DI UFFICIO. UNA SCELTA DAVVERO CONTROCORRENTE?

È attualmente all'esame della Commissione Giustizia del Senato il ddl S. 808 "Nordio", anche noto - nel gergo mediatico - come "pacchetto giustizia". Il progetto prevede una serie di misure destinate ad avere un discreto impatto sul diritto penale sostanziale e quello processuale, tra le quali figura anche l'abrogazione dell'art. 323 c.p., in tema di abuso di ufficio¹.

Fattispecie dalla storia complessa, le cui vicende normative sono sempre state oggetto di accesi dibattiti accademici e di veri e propri scontri politici. La disposizione risulta infatti tristemente nota ad una vasta categoria di pubblici agenti, in particolare i Sindaci e gli amministratori locali, destinatari a quanto pare privilegiati delle mire applicative di quella disposizione, tanto da aver sviluppato una vera e propria 'paura della firma'; con la conseguenza di rallentare o di arrestare del tutto la macchina amministrativa in una soffocante burocrazia difensiva che antepone all'interesse collettivo la più che comprensibile esigenza di salvaguardare il proprio *status libertatis*².

L'attuale Governo, con la decisione di eliminare definitivamente la norma dal complesso sistematico dei delitti contro la p.a., sembra muoversi controcorrente rispetto alle derive populiste e giustizialiste che oramai dettano contenuti e tempi delle politiche criminali³. Una scelta quindi contro-intuitiva rispetto alla diffusa (e distorta) percezione che le popolazioni hanno circa il ruolo e l'efficacia delle norme incriminatrici.

* Professore Associato di diritto penale presso l'Università degli Studi di Napoli Parthenope.

¹ Cfr. M. PELISSERO, *Sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio e di riformulazione del traffico d'influenze illecite. A proposito dell'art. 1 del d.d.l. n. S. 808 (Nordio)*, in *Sistema penale*, 18 settembre 2023; *ivi*, R. CANTONE, *Ancora in tema di abuso di ufficio e traffico di influenze illecite (d.d.l. Nordio)*, 19 settembre 2023; G. LATTANZI, *Sulla proposta abolizione del reato di abuso d'ufficio. Note critiche*, 20 settembre 2023; R. GAROFOLI, *Note critiche sulla proposta di abolizione dell'abuso di ufficio*, 21 settembre 2023.

² In una vastissima letteratura, valga per tutti, a consuntivo di tale cronistoria, T. PADOVANI, *Vita, morte e miracolo dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen. Web*, 7-8 2020; nel contesto di una posizione dottrinale contraria all'abrogazione, ma nondimeno critica sullo *status quo* e sulla riforma del 2020, cfr. S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, Torino, 2020. Prima della riforma predetta, cfr. A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, Torino, 2019, in part. pp. 1-14.

³ Nell'ambito di una vastissima letteratura sul tema, ci si limita qui a segnalare i diversi contributi contenuti nel testo AA.VV., *La società punitiva*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2016.

In realtà, prima di salutarla come vera e propria opzione di liberalità, in linea con i valori garantistici di un diritto penale *minimo*⁴, occorre – se pur per brevi cenni - ripercorrere la travagliata evoluzione di questa fattispecie, il cui probabile atto conclusivo sembra essere più la “cronaca di una morte annunciata” che un atto di difesa e di rivendicazione di istanze di *razionalità punitiva*.

2. ABUSO DI UFFICIO E CONFLITTUALITÀ ISTITUZIONALE. IL VALORE ‘STRATEGICO’ DELL’ART. 323 C.P.

La proposta di abrogazione dell’abuso di ufficio arriva infatti a strettissimo giro dalla sua ultima riscrittura, attuata con il c.d. ‘decreto semplificazioni’ (D.l. 16 luglio 2020, n. 76), convertito poi integralmente con l. n. 120/2020 pubblicata, in G.U. n. 228 del 14 settembre 2020)⁵. Peraltro si trattava già della terza volta - dall’emanazione del codice Rocco - che il legislatore decideva di rivisitare la parte precettiva della disposizione⁶; e come nei precedenti interventi, anche in questo caso la riedizione della fattispecie mirava ad una drastica riduzione della sua capacità operativa⁷. Il provvedimento, come è noto, si inseriva in un contesto di misure di natura emergenziale volte a snellire e velocizzare le

pubbliche attività amministrative, sul drammatico sfondo della crisi pandemica. E mirava a ridurre – in un simile frangente – i possibili rischi di rallentamento derivanti da atteggiamenti di eccessiva prudenza nei confronti di una norma che da sempre rappresenta una sorta di ‘spada di Damocle’ pendente sulle teste dei pubblici agenti⁸.

Se questo è vero, rimane tuttavia da verificare la bontà delle scelte effettuate, in particolare sotto il profilo della razionalità di sistema. Anche perché, almeno a partire dalla seconda riforma, quella del 1997, i rischi di questo ricorso così ‘svagato’ alla norma in commento, se non del tutto eliminati, erano stati sicuramente ed efficacemente ridotti⁹.

Ora, prima di entrare nel merito delle più recenti modifiche – con il sospetto che esse siano state condizionate solo in parte dalla straordinarietà del momento – occorre spendere qualche riflessione in ordine al valore sistematico di volta in volta assunto da tale fattispecie delittuosa. Solo attraverso tale retrospettiva, in effetti, pare possibile cogliere il reale significato di una volontà legislativa che sembra più che altro aver voluto ‘sfruttare’ il contesto emergenziale per provare a risolvere ben più radicate questioni politico-criminali. Le quali, come sempre quando si tratta di reati contro la p.a., sfociano nello scottante dibattito sullo stato della giustizia penale in Italia e sull’esagerata conflittualità tra magistratura e classe politico-dirigente che esso disvela¹⁰.

⁴ In tema, di recente, A. GARGANI - E. MARZADURI - D. NOTARO (a cura di), *Istanze di dellazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia*, Giappichelli, 2019.

⁵ G. INSOLERA, *Quod non fecerunt Barberini fecerunt Barbari. A proposito dell’art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76*, in *disCrimen.it*, 31 luglio 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*, in *SP*, 2020, 7, 133 ss.; B. ROMANO (a cura di), *Il “nuovo” abuso d’ufficio*, Pisa, 2021; N. PISANI, *L’abuso d’ufficio nell’era della semplificazione*, in *Dir. pen. proc.*, 9 ss.

⁶ I precedenti interventi sono datati 1990 (ex art. 13 l. 86/90) e 1997 (art. 1 l. 234/97); a tali provvedimenti, che hanno inciso sulla parte precettiva della disposizione, vanno aggiunti l’art. 1, comma 75, lett. p della legge 190/2012 che ha inasprito il trattamento sanzionatorio prevedendo, anziché la pena della reclusione “da sei mesi a tre anni” la più grave pena “da uno a quattro anni”

⁷ È nota, infatti, la tendenza della giurisprudenza a minimizzare il significato delle riforme strutturali - per lo più di segno

riduttivo - che la norma ha subito a partire dagli anni '90; un 'pendolarismo cronico' tra formanti normativi che, a quanto pare, non accenna a degradare l'intensità delle oscillazioni neanche dopo l'ultima novella, come constatato da A. MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell’abuso d’ufficio e la riemergente tentazione “neutralizzatrice” della giurisprudenza*, in *www.sistemapenale.it*, 1° marzo 2021.

⁸ Con riferimento alla riforma del 2020 ma con considerazioni di prospettiva valide ancor oggi, A. MANNA- G. SALCUNI, *Dalla “burocrazia difensiva” alla “difesa della burocrazia”? Gli itinerari incontrollati della riforma dell’abuso d’ufficio*, in *Leg. Pen.*, 17 dicembre 2020, pp. 1-18. Gli AA., a seguito di ampia ed argomentata critica alla fattispecie in esame, prendono posizione contro l’abolizione ed in favore di una riforma in termini di “conflitto di interessi”.

⁹ Sul carattere per tale motivo 'preteustoso' della riforma, cfr. M. GAMBARDELLA, *cit.*, 135-136.

¹⁰ Sul punto, diffusamente, a seguito della riforma del 2020, si v. A. MERLI, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d’ufficio dopo l’ultima riforma*, in *Arch. Pen.*, 2021, fasc. 2 *web*, pp. 1-53.

L'abuso di ufficio non è certamente una delle fattispecie più gravi tra quelle che possono coinvolgere i soggetti pubblici (come il peculato, la corruzione, la concussione, ecc.) Eppure - almeno a partire da un certo punto della sua prassi applicativa - esso ha cominciato ad assumere un ruolo cruciale nelle dinamiche di contrasto ai fenomeni di malaffare nella p.a. Il ruolo 'strategico' della norma - complice soprattutto la sua estrema genericità - risiedeva infatti non tanto nella sua attitudine a permettere un penetrante controllo del magistero penale sull'agire amministrativo (che, in alcune delle letture più 'estreme' rischiava addirittura di sovrapporsi ad un vero e proprio sindacato sul merito delle scelte discrezionali della p.a.); quanto nella circostanza che quel capo di imputazione - così 'semplice' da formulare - risultava funzionale per avviare penetranti attività di indagine volte a verificare l'eventuale esistenza di più gravi accordi di tipo corruttivo. Ragione per la quale il suo ambito di tipicità doveva rimanere il più ampio possibile.

Ed è stato proprio il tentativo di contrastare tali prassi applicative - emblematiche di un sempre più diffuso atteggiamento giustizialista - che ha spinto il legislatore, a più riprese, ad erodere l'area di tipicità dell'art. 323 c.p.

Solo alla luce di tali considerazioni, in verità, è possibile accorgersi del reale valore attribuibile alla scelta dell'attuale Governo di abrogare il reato in questione, che già da ora sembra avere un contenuto liberale decisamente più ridotto di quello rivendicato dai suoi promotori¹¹, rappresentando invece l'ennesima contro-mossa del legislatore in questa vicenda a suo modo emblematica del più generale contesto di perenne (e ben poco edificante) conflittualità tra politica e magistratura.

¹¹ B. ROMANO, *La prospettata abrogazione dell'abuso d'ufficio: più pro che contro*, in *Leg. pen.*, 4, 2023, 426 ss.

¹² Cfr. F. BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, p. 985 ss., che conferma, proprio partendo dal dato della direzione lesiva dell'abuso, anche la matrice liberale di tale norma, che «rifletteva, quanto meno in astratto, una certa sensibilità del legislatore borbonico per i diritti di libertà del cittadino...»; in senso analogo, rileggendo un grande Autore della Scuola classica del diritto penale, A. GARGANI, *L'abuso innominato di autorità nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998, n. 4, 1224 ss. Muove in senso assolutamente

3. **CONOSCERE IL PASSATO PER CAPIRE IL PRESENTE (E ORIENTARE IL FUTURO): L'EVOLUZIONE NORMATIVA DELL'ART. 323 C.P.**

La storia normativa di questa fattispecie è costellata da numerosi fattori evolutivi: principalmente, si è detto, da tre modificazioni del suo contenuto precettivo; nonché da alcuni adeguamenti sanzionatori; senza trascurare una prassi interpretativa spesso 'controriformatrice', restia a recepire una *voluntas legislatoris* da sempre orientata ad una contrazione della sua nozione tipica. Come anticipato in premessa, in effetti, ogni singolo tassello di quel percorso evolutivo rappresenta una tappa obbligata da ripercorrere per poter comprendere come si sia potuti arrivare all'attuale assetto di disciplina ed alla sua preannunciata abrogazione.

Il punto di partenza è rappresentato dall'originaria previsione codicistica, che aveva previsto una figura di cd. abuso 'innominato' di ufficio¹², ed alla quale era stato affidato un compito di chiusura del sistema dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

Per garantire questa funzione residuale e di copertura, la norma era formulata in maniera a dir poco vaga. Non sembra eccessivo affermare, anzi, che la prima versione dell'art. 323 c.p. rappresentasse l'antitesi del prototipo di norma penale determinata: in quella sua originaria versione la condotta tipica del pubblico ufficiale poteva infatti consistere in «*qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge*». Certo, purché ciò avvenisse «*abusando dei poteri inerenti alle funzioni*» e «*per arrecare ad altri un danno o procurargli un vantaggio*», elementi in verità

difforme, pur riconoscendo un rapporto di diretta derivazione tra l'art. 323 c.p. allora in vigore e l'art. 234 del codice borbonico, G. BETTIOL, intervento riportato in *Camera dei deputati - Senato della Repubblica, IV legislatura - VI seduta comune da venerdì 16 a martedì 20 luglio 1965*, p. 209, che, partendo proprio dall'impostazione data dal legislatore fascista alla fattispecie di abuso d'ufficio, osserva come la norma costituisca «*...un ricordo di impostazioni penalistiche illiberali, antidemocratiche, borboniche. E dico borboniche a ragion veduta, perché l'antecedente dell'art. 323 lo troviamo nel codice del 1819 del Regno delle due Sicilie, che certo non brillava per spirito democratico*».

privi di chissà quale valore ricognitivo ai fini della ricostruzione della condotta tipica¹³. Per di più tali eventi erano – secondo una pressoché incontrastata tradizione interpretativa – oggetto di dolo specifico¹⁴, con l'effetto di configurare una fattispecie a consumazione anticipata e di assottigliare così ulteriormente il sostrato di materialità della complessiva struttura del fatto illecito¹⁵. La dimensione lesiva della fattispecie era di conseguenza rarefatta e simbolica, legata più alla mera violazione di un rigido e formalistico dovere di fedeltà del pubblico agente che a reali profili di danno nei confronti del singolo e della collettività¹⁶.

A dispetto di una legalità tanto inconsistente, per i primi decenni di vigenza, in verità, l'abuso di ufficio vive un ruolo marginale, relegato nelle retrovie dalla sua clausola di riserva assoluta e dalla sua funzione residuale¹⁷.

Per vedere slatentizzare le sue potenzialità applicative sarà infatti necessario attendere che lo scontro tra politica e magistratura, in un certo senso, si radicalizzi, momento che, con molta approssimazione, potremmo far coincidere con l'esperienza dei c.d. 'pretori d'assalto' e lo scandalo 'petroli' a cavallo fra gli anni '70 ed '80¹⁸. Circa un decennio dopo, esploderà il fenomeno tangentopoli.

È lungo tale arco temporale che l'attivismo giudiziario, complice il contemporaneo e progressivo processo di delegittimazione della classe politica¹⁹, diviene sempre più fattore propulsivo della stessa normazione penale²⁰. E fattispecie come

l'abuso d'ufficio (così come il peculato per distrazione e l'interesse privato in atti di ufficio) divengono protagoniste assolute della prassi in materia. Per una sorta di paradosso, figure di reato volutamente vaghe, prodotte da un legislatore dichiaratamente totalitario, rischiano di compromettere gli equilibri e le logiche della separazione tra poteri proprio quando – dopo oltre mezzo secolo dalla sua instaurazione – l'evoluzione in senso democratico e liberale del nostro impianto costituzionale avrebbe dovuto suggerire il più cauto ricorso possibile al magistero penale.

Si arriva così alla 'grande' riforma del 1990, la prima che provò ad impattare a livello sistematico sull'originario impianto dei delitti contro la p.a., e con la quale si tentò di arginare tale deriva: uno dei dichiarati intenti politici che sorressero la legge n. 86/1990 fu infatti quello di ristabilire i giusti contrappesi nell'impalcatura dei rapporti tra politica e magistratura, ed il mezzo per assicurarsi tale risultato fu proprio il tentativo di riscrittura – in chiave di recupero dei requisiti di offensività e determinatezza – delle norme del titolo.

Purtroppo, a dispetto delle dichiarate intenzioni, i risultati furono decisamente deludenti, e quel preteso recupero di selettività delle disposizioni del titolo venne presto smentito dal pedissequo riproporsi di tutte le largheggianti prassi giurisprudenziali che avevano caratterizzato il periodo precedente.

Anzi, almeno per quanto riguarda la norma sull'abuso di ufficio, il risultato fu addirittura

¹³ Cfr. F. BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, cit., pp. 994-995. Nel senso della possibile commutazione delle due ipotesi, e sulla possibilità di realizzare l'abuso anche in forma omissiva, e sui rapporti con l'art. 328 c.p., cfr. F. INFANTINI, voce *Abuso imminente d'ufficio*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. I, Roma, 1988, in part. p. 5 dell'estratto.

¹⁴ Cfr. S. CAMAIONI, *Trasfigurazione e morte dell'abuso d'ufficio?*, in *Cass. pen.*, 1997, n. 6, pp. 1938 ss., in part. 1939-1940; A. MERLO, *L'abuso d'ufficio*, cit., pp. 5-6, 9.

¹⁵ Cfr. M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., pp. 159-160.

¹⁶ Di fatto, con un raggio di azione talmente ampio, la norma era potenzialmente in grado di far coincidere una mera deviazione dal corretto *agere* amministrativo con un comportamento penalmente rilevante: un atto illegittimo, ma anche un mero comportamento non 'protocollare', purché potenzialmente idoneo ad interferire nella sfera giuridica di terzi, era episodio significativo ai fini della contestazione del fatto al pubblico agente; e questo a prescindere dalla presenza o meno di un

preciso riferimento normativo cui poter agganciare la deviazione in parola (anche una semplice prassi amministrativa disattesa era sufficiente a concretizzare l'abuso) ed anche sulla base di assunti talvolta indimostrabili (contro cui era quindi impossibile esercitare pieno diritto di difesa), ma elevati a teorema, per cui le finalità di danno o di vantaggio erano *in re ipsa* da rilevare in quello scostamento dal modello di comportamento preteso.

¹⁷ Cfr. A. PAGLIARO, *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, pp. 1395 ss.

¹⁸ Cfr. ad es., nella letteratura giornalistica, G. BUCCINI, *Amendola, eterno pretore d'assalto*, in *Corriere della Sera*, 4 gennaio 2015, www.corriere.it.

¹⁹ Cfr., in proposito, G. INSOLERA, *La criminalità politico-amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, n. 2, pp. 584 ss.; G. M. FLICK, *Le novelle su corruzione e dintorni: dal dire al fare o viceversa?*, in *Cass. pen.*, 2019, n. 10, p. 3430 ss.

²⁰ Cfr., per tutti, le acute ed attuali riflessioni di S. PANAGIA, *Del metodo e della crisi del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, n. 4, pp. 1124 ss.

peggiorativo: innanzitutto essa assorbì – per espressa indicazione del legislatore – le ipotesi di peculato per distrazione e di interesse privato in atti di ufficio (formalmente espunte tramite la riformulazione dell'art. 314 c.p. e l'abrogazione dell'art. 324 c.p., ma sostanzialmente confluite nel 'nuovo' art. 323 c.p.)²¹. Se a tali innesti si aggiungono tutti gli altri interventi di segno additivo (inserimento dell'i. p. s. servizio tra i soggetti attivi; inserimento del vantaggio personale del pubblico agente quale scopo della condotta; sostituzione della clausola di riserva assoluta con quella relativa), si capisce come mai la norma in oggetto finì improvvisamente coll'assumere un ruolo nevralgico nel sistema dei delitti contro la p.a., catapultata dalla periferia al centro di quel complesso di disposizioni.

Ad alimentare la forza centripeta della fattispecie contribuì anche la perseverante genericità della norma: sul piano del perfezionamento linguistico dell'art. 323 c.p., infatti, poco o nulla venne fatto, sia sul piano della condotta (ancora riferita all'elastico concetto di abuso dei poteri o delle funzioni²²) che su quello dell'elemento psicologico richiesto (dolo specifico, con evento di scopo ancora individuato nell'alternativa o concorrente ipotesi di danno/vantaggio, anche se stavolta rafforzati dal requisito dell'ingiustizia)²³.

Acquisita così una ancora maggiore capacità applicativa, non è forse esagerato affermare come l'abuso di ufficio sia da additare quale uno dei principali fattori scatenanti di quel terremoto politico-giudiziario che avrebbe di lì a poco (e non a caso) raso al suolo un intero sistema partitico e lo stesso modo di intendere il loro ruolo all'interno del circuito democratico: Tangentopoli²⁴. Della sua funzionalità rispetto alle strategie 'esplorative' degli

inquirenti, del resto, si è già avuto modo di farvi cenno.

Si decise così di mettere nuovamente mano all'art. 323 c.p., evidentemente individuato come principale causa del definitivo deterioramento dei rapporti istituzionali tra magistratura penale e classe politico-dirigente.

La seconda riscrittura della norma, neanche a troppa distanza di tempo, è datata 1997, e rappresentò una vera e propria sconfessione di gran parte dell'operazione del 1990²⁵: sebbene ridotta alla sola riformulazione dell'art. 323 c.p., la novella - il cui dichiarato obiettivo fu quello di "miniaturizzare"²⁶ l'art. 323 c.p. - era infatti destinata ad avere impatto sistematico generale²⁷.

Tante e radicali le modifiche apportate, a partire dalla descrizione della condotta che abbandona il generico riferimento all'abuso delle funzioni e cerca di instaurare un legame più diretto e specifico con il versante del diritto amministrativo, in particolare con la sistematica dell'atto e dei relativi vizi, evocato dalla formula della "violazione di norme di legge o di regolamento" quale sostrato materiale del comportamento tipico. E, come molti ritennero, l'espressione individuata dal legislatore del '97 andava letta come una chiara volontà - poi non del tutto realizzatasi - di espungere dallo spettro applicativo dell'art. 323 c.p. l'esercizio del potere discrezionale ed il relativo vizio dello sviamento di potere.

In effetti era quello il luogo di maggior frizione tra le esigenze di mantenere intatta l'insindacabilità del merito delle scelte amministrative e l'indubbia esigenza di promuovere giudizi di legalità - anche sotto il profilo penale - sulle attività dei pubblici agenti. Come dimostra la circostanza che sia stato

²¹ Cfr. M. PARODI GIUSINO, voce *Abuso d'ufficio*, in *Digesto disc. pen.*, VIII, *Appendice*, Torino, 1994, pp. 587 ss.; CAMAIONI, *Trasfigurazione e morte dell'abuso d'ufficio?*, cit., p. 1938.

²² Cfr., criticamente ed esprimendo quelle che per allora erano prospettive *de jure condendo*, 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, n. 4, pp. 1202 ss.

²³ Cfr. ancora S. CAMAIONI, *Trasfigurazione e morte dell'abuso d'ufficio?*, cit., pp. 1938-1939.

²⁴ Cfr. A. ESPOSITO, *Abuso d'ufficio, il grimaldello di tangentopoli*, su *www.illattoquotidiano.it*, 28 maggio 2019.

²⁵ Cfr., in un'ottica favorevole alla conservazione della versione della fattispecie come da riforma del 1990, A. LANDOLFI,

Abuso d'ufficio ed abuso d'autorità: brevi riflessioni de iure condito e de iure condendo, in *Giur. mer.*, 1998, n. 6, pp. 1094 ss.

²⁶ Cfr. I. CACCIAVILLANI, *Il delitto di abuso d'ufficio nel sistema di tutela della pubblica funzione*, in *Giur. mer.*, 1998, n. 6, pp. 1142 ss..

²⁷ E cioè, sia dal punto di vista della riduzione dell'area di tipicità complessiva dei delitti contro la p.a. (riducendo la norma *omnibus* creata nel '90 si provoca, in teoria, un ampio effetto di depenalizzazione); sia da quello delle politiche giudiziarie, dovendo essere da quel momento in poi contestato un reato con caratteristiche più specifiche e quindi meno strumentalizzabile in chiave investigativa. Cfr. in proposito I. CACCIAVILLANI, *op. ult. Cit.*

questo ciclico tentativo di includere/escludere il potere discrezionale dall'operatività della norma a segnare i destini; e che una volta prosciugato del tutto quel 'canale di rifornimento' del bacino di tipicità dell'abuso - con l'inequivocabile riforma del 2020 - la norma abbia cessato di avere un significativo contenuto dal punto di vista politico-criminale²⁸.

Tornando alla riforma del '97, le modifiche incisero in maniera sensibile anche sotto il profilo dell'offesa, innanzitutto trasformando l'abuso in fattispecie di evento, traghettandola così nel novero dei reati di danno; ed in secondo luogo eliminando il vantaggio di natura non patrimoniale tra i possibili esiti della condotta. Il che avrebbe escluso dall'area di rilevanza penale gli utilizzi strumentali del potere pubblico a valenza squisitamente 'politica'.

Sul piano della fattispecie soggettiva, all'ovvia trasformazione del precedente dolo specifico in dolo generico - ed in effetti l'evento di danno o di vantaggio patrimoniale, dovendosi realizzare sul piano oggettivo, non può che rientrare nel complessivo atteggiamento volontaristico del soggetto agente²⁹ - si aggiunse un ulteriore elemento selettivo, richiedendo il requisito dell'*intenzionalità*. Con tale specificazione si intendeva perseguire un duplice effetto limitativo dei confini di fattispecie: da un lato escludere la rilevanza delle ipotesi di dolo eventuale e (soprattutto) di dolo diretto, ossia i casi nei quali il vantaggio patrimoniale o il danno, pur rappresentatisi come effetti possibili o certi della condotta, non erano stati presi in considerazione come obiettivi primari e finalistici della condotta (rivolta, per esempio, allo sfruttamento dell'ufficio per finalità non patrimoniali)³⁰; dall'altro inibire *de plano* l'operatività della norma nel caso di *contestuale* perseguimento - accanto alle finalità

necessariamente private iscritte nei possibili eventi - di obiettivi di ordine pubblico³¹.

Venne infine aggiunta una seconda modalità di condotta, in forma omissiva, e consistente nella violazione dei doveri di astensione del soggetto pubblico.

Ora, al netto di profili di criticità che sicuramente emersero anche dopo la riforma del '97 - sarebbe servito, ad esempio, aggiungere il dato della *specificità e precisione* della regola che doveva essere violata, onde evitare imputazioni basate sul mancato rispetto di dati normativi generici, variamente interpretabili, e che dilatano il rischio di far scivolare i giudizi di mera legittimità amministrativa sul piano della vera e propria illiceità penale³² - non si può dubitare che l'insieme delle modifiche apportate, senza stravolgere tutto sommato il significato ultimo dell'incriminazione, ne avevano reso il tessuto decisamente più rigido sul piano della materialità/offensività, circostanza che avrebbe dovuto riflettersi anche sul versante applicativo, rendendo più rigoroso l'accertamento del fatto di abuso sin dall'iniziale vaglio di rilevanza penale costituito dalla ricezione della *notitia criminis*.

Bisogna allora chiedersi, a questo punto, cosa abbia spinto il legislatore a rilanciare nuovamente al ribasso quando, nel 2020, con l'ennesima operazione di riduzione della disposizione, ne anticipò il definitivo commiato dal sistema dei delitti contro la p.a.

4. LA RIFORMA DEL 2020. L'INIZIO DELLA FINE?

Appare in effetti strano che dell'indeterminatezza e della 'diffusività' dell'abuso di ufficio si torni a parlare solo nel 2020. Certo,

²⁸ Cfr. M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., pp. 161 ss.

²⁹ Cfr. I. A. SANTANGELO, *L'abuso d'ufficio*, in *Giur. merito*, 2003, n. 5, pp. 1021 ss.

³⁰ Cfr. V. MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma*, cit., p. 1221.

³¹ Anche sotto tale ultimo profilo, va tuttavia precisato, la giurisprudenza ebbe modo di ridurre la portata innovativa della riforma, chiarendo come il requisito dell'intenzionalità non equivalesse necessariamente a quello dell'unicità dello scopo perseguito; ragione per cui, anche la concomitante presenza di interessi pubblici non avrebbe escluso l'operatività della

disposizione, quando dimostrato che il soggetto agente avesse agito (anche) allo scopo di favorire o danneggiare taluno in maniera abusiva. Si v. Cass., Sez. V Pen. (Pres. F. Scorzelli, Rel.-est. G. De Roberto), sentenza 16 novembre 1998, n.11847, *dejure.it*; più recentemente, con maggiore articolazione sul punto, Cass., Sez. III Pen. (Pres. L. Ramacci, Rel.-est. E. Mengoni), sentenza 11 febbraio 2017 (ud. 15 dicembre 2016), n. 7161, *ivi*.

³² Si tratta di una questione sulla quale recente giurisprudenza di legittimità è intervenuta ravvisando un caso di errore normativo: Cass., Sez. VI Pen. (Pres. G. Paoloni, Rel.-est. A. Corbo), sentenza 22 novembre 2016, n. 49538, *dejure.it*.

l'occasione è di quelle epocali, e cionondimeno sorprende che le ragioni addotte per promuovere e giustificare una nuova riforma della fattispecie - quando oramai è trascorso quasi un quarto di secolo dalla riscrittura dell'art. 323 c.p. - siano esattamente le stesse che portarono al radicale intervento del 1997³³: eccessiva genericità del fatto, iperattivismo degli organi inquirenti, enorme divario tra numero di denunce/procedimenti avviati e sentenze definitive di condanna, costi personali e sociali insostenibili, a fronte anche di una strumentalizzazione mediatica dei processi o delle semplici notizie di reato che ha da tempo superato i limiti di tollerabilità di una società civile.

In verità è la stessa Corte Costituzionale - chiamata a pronunciarsi sulle condizioni di legittimità del ricorso alla decretazione di urgenza per modificare la norma in questione - a riconoscere l'esistenza di questo "rischio, ubiquo e indefinito, del coinvolgimento in un procedimento penale"³⁴, e la conseguente atmosfera di tensione in cui i soggetti pubblici "si astengono dall'assumere decisioni che pur riterrebbero utili per il perseguimento dell'interesse pubblico, preferendo assumerne altre meno impegnative (in quanto appiattite su prassi consolidate e anelastiche), o più spesso restare inerti, per il timore di esporsi a possibili addebiti penale"³⁵.

Così come sono inconfutabili i dati statistici³⁶, che certificano lo iato clamoroso che continua ad esistere tra le due grandezze in comparazione: a fronte di migliaia di procedimenti avviati ogni anno (che pure, in numero assoluto, sono in diminuzione), le condanne - non necessariamente definitive - arrivano a poche decine all'anno; ma, ed è forse questa la cifra più 'scandalosa', con un numero di archiviazioni che supera

abbondantemente l'80% degli esiti dei procedimenti definiti in sede preliminare.

Se i numeri non mentono, le alternative che si stagliano sull'orizzonte analitico sono essenzialmente due: o, come hanno sostenuto i promotori della riforma, la fattispecie necessitava di ulteriori ritocchi in termini di precisione, in maniera da eliminare alla radice il problema della numerosità e pretestuosità delle iniziative giudiziarie - con ciò conclamando (seppur con molti anni di ritardo) il fallimento della novella del 1997³⁷; oppure - riconoscendone, al contrario, i meriti - ritenere ininfluenza il contenuto dell'art. 323 c.p. rispetto alla problematica sollevata, che trarrebbe origine da ben altri fattori, che potremmo etichettare come *culturali*.

Ora, come si è più volte ribadito, l'indeterminatezza della norma - innegabile almeno sino alla riforma del '97, ed alla quale certamente bisognava porre rimedio - non poteva essere individuata quale unico fattore propulsivo del protagonismo delle procure, che in larga parte anzi deriva da quel diffuso antagonismo che caratterizza i rapporti tra magistratura e classe politico-dirigente da oltre mezzo secolo. Prova ne sia la circostanza che una delle norme più indeterminate di sempre - l'originario abuso 'innominato' - è rimasta a lungo inerte, fintanto che si sono mantenuti in equilibrio le relazioni tra i poteri pubblici. Del resto, ritenere ancora insufficiente il tasso di specificità della fattispecie, anche dopo il '97, è alquanto opinabile: essa era stata infatti arricchita di numerosi elementi selettivi, sia sul piano oggettivo che quello soggettivo; e quello che ancora era rimasto inesperto nella *littera legis* - il carattere *specifico* della norma violata e l'*esclusività* dell'intento egoistico perseguito³⁸ - poteva essere ricavato *aliunde* attraverso una lettura *costituzionalmente orientata* della disposizione, così

³³ Come ebbe modo di segnalare, in occasione dell'approvazione del decreto semplificazioni, M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt*, cit., 136.

³⁴ Corte Costituzionale, sentenza n. 8 del 2022, pubblicata in *Giur. cost.*, 2022, 88 ss., con osservazioni di M.C. UBIALI, *Emergenza Covid e riforma del delitto di abuso d'ufficio per agevolare la ripresa del Paese: brevi note alla sentenza n. 8/2022 della Corte costituzionale*, ivi, 120 ss.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Cfr. V. MIGNONE, *Abuso d'ufficio verso la riforma: processi calati del 40% dal 2016*, in *Il Sole 24 ore*, 12 dicembre 2022, pp. 1-5. Tali dati vengono riportati anche da C. CUPELLI, *Sulla*

riforma dell'abuso di ufficio, in *Sistema penale*, 23 gennaio 2023, il quale, peraltro, fa già riferimento al periodo *post* riforma del 2020.

³⁷ Si vedano, in tale prospettiva, i contributi contenuti nel volume a cura di A.R. CASTALDO, *Migliorare la performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso di ufficio*, Giappichelli, 2018, *passim*.

³⁸ *Contra*, A. NATALINI, *Intenzionalità del dolo ex art. 323 c.p. e pretesa esclusività della finalità tipica: l'avallo della Cassazione ad una discutibile assimilazione ermeneutica*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3204 ss.

da allineare il quadro di tipicità su *standard* di determinatezza e di offensività più che sufficienti ed evitare l'eterno ritorno di letture ri-espansive del testo di legge³⁹.

Dunque, se una delle due variabili - la precisione della norma - ha raggiunto un valore accettabile, ed il risultato non è cambiato, vuol dire che è stato il secondo fattore - il sempre più imperante dogma giustizialista - a determinare ed a mantenere costante nel tempo questo ricorso sregolato alla figura delittuosa in esame.

E sia chiaro: un siffatto atteggiamento non appartiene alla sola compagine giudiziaria (*sub specie* inquirente), riflettendo invece un sentire sociale molto diffuso: l'offerta crescente di diritto penale risponde infatti ad una sempre più frequente domanda di criminalizzazione e di intervento 'forte', rivolte sia all'autorità politica che a quella giudiziaria. Nel caso dell'abuso di ufficio, ad esempio, non può essere tralasciato un dato molto importante, ovverosia che quasi tutti i procedimenti prendono avvio dalla denuncia dei privati cittadini, tante volte appartenenti alla stessa pubblica amministrazione⁴⁰. I quali, nel rivolgersi alle procure, seguono spesso o una 'strategia legale d'insieme', o una 'di rifugio': nel primo caso, il ricorso al giudizio penale servirebbe come elemento rafforzativo di istanze di tutela avanzate anche in sede amministrativa, e volte alla caducazione/sospensione degli atti impugnati (immaginando una sorta di *moral suasion* che il giudizio penale possa esercitare su quello amministrativo); nel secondo caso, il rimedio penalistico viene adottato come unico strumento di salvaguardia degli interessi eventualmente lesi dai provvedimenti (ritenuti) illegittimi, non volendo o potendo affrontare le maggiori spese derivanti da un ricorso in sede amministrativa⁴¹.

Cosa tutto questo abbia a che fare con i tentativi di riscrittura dell'art. 323 c.p. riesce difficile comprendere. Ed anzi, viste da tale prospettiva, le

modifiche apportate nel 2020 non possono che apparire pretestuose, da un lato; e qualitativamente scadenti, dall'altro.

Pretestuose per quanto sinora affermato, visto anche il numero in costante diminuzione delle condanne per abuso di ufficio a partire proprio dagli anni successivi alla riforma del 1997, che conferma l'inversione di tendenza rispetto all'allarmante situazione precedente. L'alibi dell'emergenza pandemica, quindi, non regge (o non regge del tutto).

Qualitativamente scadenti perché volte a tagliare alla radice qualsiasi opera di interferenza tra giudizi penali ed esercizio discrezionale del potere pubblico, come se gli eccessi degli anni passati (nei quali, effettivamente, i giudizi del magistero penale sfociavano addirittura nel merito delle scelte politico-amministrative) avessero definitivamente sdoganato l'idea che discrezionalità possa voler dire insindacabilità delle decisioni assunte⁴².

Il tentativo di scarnificare del tutto l'abuso di ufficio, in particolare, è avvenuto attraverso l'aggiunta di ulteriori requisiti che devono qualificare la condotta *contra legem* del pubblico agente:

- innanzitutto, la violazione si deve riferire a "specifiche norme di condotta", e non più a "norme di legge o regolamento". Aggiunta che risulterebbe anche meritoria (v. quanto detto *infra*), se non la si dovesse leggere in combinato disposto con le ulteriori modifiche del testo legislativo, che ne sviscerano il significato;

- viene infatti precisato che tali norme di condotta debbano essere espressamente contenute in "atti aventi forza di legge", con conseguente esclusione - rispetto al passato - della fonte regolamentare⁴³. In realtà, sotto tale profilo, neanche l'operazione del 1997 era apparsa del tutto comprensibile: limitare la fonte 'di raccordo' tra il profilo dell'illiceità penale e quello dell'illegittimità amministrativa sul piano *gerarchico* non ha

³⁹ Cfr. M. GAMBARDELLA, *op. ult. cit.*, 138 ss.

⁴⁰ Sulla circostanza che tali denunce, il più delle volte, si limitino semplicemente a segnalare l'adozione di pretesi atti amministrativi illegittimi, e che per tale motivo non potrebbero neanche essere da soli sufficienti all'iscrizione nel registro delle notizie (ma, al più in quello degli atti non costituenti notizie di reato), M. GAMBARDELLA, *op. ult. cit.*, 137.

⁴¹ Come rilevato anche da R. GAROFOLI, *Sulle proposte di legge in tema di abuso di ufficio*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2023, 5, p. 3.

⁴² Sui complessi rapporti tra giudice penale e discrezionalità amministrativa, che rappresenterebbe la relazione fondamentale - anzi fondante - dello stesso abuso di ufficio, M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Giuffrè, 2002.

⁴³ Cfr. M. PELISSERO, *Sulla proposta di abolizione*, cit.

particolare senso, soprattutto in considerazione del fatto che quasi mai il concreto esercizio delle funzioni amministrative risulta essere compiutamente definito per via legislativa (il più delle volte, anzi, necessitando di integrazioni sotto il profilo delle fonti regolamentari e sub-regolamentari). La legge - intesa come atto primario - difficilmente descrive "specifiche regole di condotta", il che rende ancora più chiaro come l'intento fosse quello di 'sterilizzare' l'agire amministrativo da ogni forma di incursione da parte del giudice penale, piuttosto che quello di conferire maggiore determinatezza al complessivo disegno di tipicità;

- il terzo ed ultimo colpo assestato alla 'pancia' del fatto abusivo, quello probabilmente mortifero, è costituito dall'aggiunta dell'ulteriore inciso che specifica come da tali regole non debbano residuare *margini di discrezionalità*. Una formulazione davvero mediocre sul piano della tecnica legislativa⁴⁴, ma che lascia pochi dubbi sull'*intento* di limitare al solo esercizio dell'attività *vincolata* il possibile bacino applicativo dell'art. 323 c.p.

Non è questa la sede per addentrarsi nelle spire delle possibili capriole interpretative con le quali - nonostante tutto - si sarebbe potuto ancora salvare un contenuto essenziale all'abuso di ufficio⁴⁵, recuperando anzi quasi del tutto i risultati giurisprudenziali raggiunti nella vigenza del precedente testo di legge⁴⁶; limitandosi solo ad

osservare che stavolta - probabilmente - questi tentativi non sarebbero stati visti come un'ennesima prova di forza 'contro-riformatrice' della magistratura, ma solo un estremo tentativo di mantenere in vita il senso ed il significato della fattispecie⁴⁷. Dando infatti per accolte nel pieno le espresse dichiarazioni del legislatore, l'effetto della riforma del 2020 è quello di aver trasformato l'abuso di ufficio nella proverbiale 'tigre di carta', privato di una coerente logica punitiva ed applicativa: rimasto in piedi per le ipotesi meno dannose e meno frequenti (perché relative al solo potere vincolato, le cui regole di esercizio sono più difficili da aggirare, e di solito riservato ad attività di modesta entità patrimoniale), lascia campo libero ai pubblici agenti proprio nel momento in cui - attraverso l'esercizio del potere discrezionale - devono effettuare scelte di sintesi tra valori pubblici ed interessi di natura privata.

5. L'ABROGAZIONE DELL'ABUSO DI UFFICIO: IL DEFINITIVO COMMiato DALLA RAZIONALITÀ PUNITIVA

Scheletrificato e privato di un coerente significato politico criminale, in particolare avendo reciso (quasi) ogni legame con l'esercizio del potere discrezionale⁴⁸, l'abuso di ufficio ha continuato a far parlare di sé anche dopo l'esaurirsi della fase acuta dell'emergenza pandemica⁴⁹. I temi del dibattito -

deviato verso incompatibili interessi di natura privata, ancora di rilievo penalistico), si v. Cass., Sez. VI, 9 dicembre 2020 (dep. 8 gennaio 2021), n. 442, Pres. Fidelbo, Rel. Giorgi, imp. Garau, in www.sistemapenale.it, con commento di C. PAGELLA, *La Cassazione sull'abolizione criminis parziale ad opera del "decreto semplificazioni"*, 19 maggio 2021; si v. tuttavia, M.P. GIUSINO, *In memoria dell'abuso di ufficio?*, in *Sist. pen.*, nn. 7-8, 2021, p. 93, il quale, pur ritenendo ragionevole tale soluzione, considera però invalicabile l'ostacolo rappresentato dal testo legislativo, in particolare il riferimento alle *specifiche regole di condotta*; critico con la soluzione offerta dalla Cassazione, invece, R. BORSARI, *A volte ritornano. Riforma dell'abuso di ufficio e sperimentazioni applicative*, in *Sist. pen.*, n. 9, 2021, 51.

⁴⁹ Oltre al disegno di legge qui in esame, che ha deciso di intraprendere la via dell'abrogazione integrale, a partire dal 2021 erano stati presentati diversi disegni di legge che prospettavano soluzioni modificative o di *abolitione* parziale: in particolare il progetto 'Ostellari' ed altri - riconducibile alla Lega - proponeva di eliminare del tutto la prima parte della disposizione, relativa alla violazione delle regole di condotta, lasciandone in vita la seconda, incentrata sul mancato rispetto dell'obbligo di astensione in presenza di

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Per una lettura riduttiva degli effetti dell'*abolitione* operata nel 2020, A. ALBERICO, *Le vecchie insidie del nuovo abuso di ufficio - Nota a Cass., Sez. VI, sent. 9 dicembre 2020 (dep. 8 gennaio 2021), n. 442, Pres. Fidelbo, Rel. Giorgi*, in *Sistema penale*, 21 aprile 2021

⁴⁶ Cfr. M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel "disegno di legge Nordio"*, in *SP*, 26 settembre 2023.

⁴⁷ In senso critico, invece, A. MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso di ufficio e la riemergente tentazione 'neutralizzatrice' della giurisprudenza*, in *Sistema penale*, 1 marzo 2021.

⁴⁸ In tal senso si è espressa la maggior parte della dottrina. Si vedano, per tutti, i contributi contenuti in C. CUPELLI-G.L. GATTA-M. GAMBARDELLA-A. MERLO-T. PADOVANI-B. ROMANO, *Il "nuovo" abuso d'ufficio*, Pisa, 2021; sul recupero della distinzione tra la violazione dei c.d. limiti *interni* e quella dei limiti *esterni* della discrezionalità amministrativa (la prima attinente ad un 'cattivo' uso del criterio del bilanciamento, oggi esclusa dal perimetro applicativo della norma; la seconda - più radicale - relativa alla completa rinuncia al perseguimento degli interessi pubblici in vista dei quali il potere è attribuito,

almeno di quello che si svolge sul piano istituzionale - sono ancora una volta ricalcati sulle stesse scansioni argomentative, che contrappongono l'esigenza di garantire l'efficienza della macchina amministrativa (impegnata nell'attuare il P.N.R.R.) all'ossessione che l'autorità giudiziaria giudiziaria possa in qualche modo 'deprimere' l'operato degli agenti pubblici - in particolare quello degli amministratori locali⁵⁰.

Preoccupazioni parse già eccessive prima della riforma del 2020, visto che l'indagine empirica dimostra allo stesso tempo sia il calo costante del numero dei procedimenti avviati per abuso di ufficio dal 1997 in poi; sia la capacità di quella norma di intercettare fatti di indubbio allarme sociale, non altrimenti contrastabili con altre disposizioni⁵¹. E che oggi - in tutta franchezza - davvero non si riescono a spiegare se non attraverso la lente deformante dell'opportunismo politico-elettorale e delle pretestuosità.

Lamentandosi della piega quasi 'parodistica' assunta dalla prassi in materia, la stessa classe forense - che per anni aveva giustamente lamentato "l'abuso giudiziario" del ricorso all'abuso di ufficio⁵² - prende atto che la riforma del 2020 ha finalmente colpito nel segno. Come da molti autori segnalato, l'intento sbandierato nel 2020 - rendere più aderente il testo dell'art. 323 c.p. al principio di precisione/determinatezza - rappresentava solo un 'goffo' tentativo di mascherare il vero obiettivo della riforma, teso alla sostanziale 'neutralizzazione' della norma⁵³. Tanto valeva, si disse infatti all'epoca, abrogarla del tutto, evitando i rischi di un ennesimo

'rinculo' ermeneutico mai del tutto da escludere quando si parla di abuso di ufficio⁵⁴.

Ed allora, anche alla luce di questo lungo iter evolutivo che si è voluto ripercorrere, identificando le cicliche e contrapposte spinte che ne hanno segnato e scansionato le tappe, che valore assume la scelta dell'attuale Governo di staccare definitivamente la 'spina' alla fattispecie di abuso? Posto che le ragioni ufficiali non convincono, anzi non possono più risultare argomento di discussione critica, quali sono le reali responsabilità politiche che il legislatore sta assumendo con tale decisione?

La scelta abrogativa, si potrebbe in primo luogo pensare, era inevitabile, per l'appunto la "cronaca di una morte annunciata"⁵⁵. Essa sarebbe l'atto conclusivo e 'caritatevole' di un processo terminale iniziato nel momento esatto in cui si è voluto privare l'abuso di ufficio della sua "dimensione «ontologica»"⁵⁶, ovvero sia il suo essere strumento di verifica della (liceità della) discrezionalità amministrativa. In realtà, se pur amputato di una significativa fetta di tipicità, l'abuso di ufficio aveva ancora la possibilità di accogliere nel suo recinto applicativo importanti aspetti disfunzionali nell'esplicazione dei pubblici poteri, purché ciò non coinvolgesse l'esercizio di attività discrezionali. E ciò riguardava sia il caso del mancato rispetto del dovere di astensione, sia - e soprattutto - diverse ipotesi di sopraffazione (ovvero con evento di danno ingiusto); le quali non necessariamente richiedono l'adozione di provvedimenti in senso tecnico (che sono invece necessari nelle ipotesi di sfruttamento

un interesse proprio o di un proprio congiunto (non più 'negli altri casi prescritti'). Secondo tale progetto avrebbe, la norma avrebbe poi continuato a richiedere il nesso causale con gli eventi di danno/vantaggio patrimoniale e l'elemento dell'intenzionalità; il secondo disegno di legge (a firma Parrini ed altri, del PD), lasciando inalterata la struttura principale del delitto, mirava poi - attraverso l'aggiunta di un secondo comma specificamente dedicato alla figura dei sindaci (ed altre misure incidenti sulla complessiva posizione di garanzia degli stessi) - a circoscrivere l'area di rischio penale dei soggetti di vertice delle amministrazioni locali; in tema, si v. la scheda informativa di C. PAGELLA, *Abuso d'ufficio: una nuova riforma? Guida alla lettura dei Disegni di Legge Ostellari, Parrini e Santangelo*, in www.sistemapenale.it, 10 dicembre 2021.

⁵⁰ Tra le ultime esternazioni provenienti da ambienti governativi, v. B. ROMANO, *Io, consigliere di Nordio, dico che l'abuso d'ufficio può essere solo abrogato*, in *Il Dubbio*, 29 novembre 2023

⁵¹ Si leggano, in proposito, i risultati di una approfondita indagine prasseologica contenuti nella tesi di dottorato di C. PAGELLA, *Abuso d'ufficio: problemi giuridici attuali e prospettive di riforma* (tutor: Prof. Gian Luigi Gatta) e successivamente sintetizzati dalla stessa in ID, *L'abuso d'ufficio nella giurisprudenza massimata della corte di cassazione: un'indagine statistico-criminologica su 500 sentenze*, in *Sist. penale*, n.6, 2023, 229 ss.

⁵² G.d. CAIAZZA, *Abuso in atti di ufficio e abuso della funzione giudiziaria: il dibattito sull'abrogazione*, in *Il Riformista*, 2 gennaio 2024.

⁵³ T. PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., p. 125; M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt*, cit., p. 159.

⁵⁴ L. STORTONI, *Intervento*, in A. CASTALDO (a cura di), *op. cit.*, 117 ss.

⁵⁵ Il riferimento all'opera di G.G. Marquez è stato utilizzato anche da A. MANNA, *L'abolizione dell'abuso d'ufficio: "cronaca di una morte annunciata"?*, in *Discrimen*, 7 luglio 2023.

⁵⁶ T. PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., p. 122.

personale e di favoritismo, e nei confronti dei quali solamente ha senso distinguere tra natura vincolata e discrezionale dell'attività), potendosi invece estrinsecare attraverso meri comportamenti materiali del pubblico agente.

L'eliminazione della fattispecie, quindi, non solo non è scelta obbligata, ma neanche è destinata ad essere indolore³⁷. Che sia in qualche modo condizionata dalla riforma precedente è fuor di dubbio, ma si tratta di un condizionamento dettato da ragioni di *realismo politico*, non certo da ragioni di *logica giuridica*. Lasciare immutata la norma avrebbe potuto, forse, lasciare spiragli aperti per future intrusioni ermeneutiche, volte a reintrodurre spazi di punibilità per l'attività discrezionale³⁸; modificarla - magari restituendole il suo nucleo essenziale di tipicità ed allo stesso tempo mantenendo alto il livello di precisione della norma³⁹ - sarebbe stata operazione sicuramente razionale, ed assai coraggiosa. Ma, come si è più volte sottolineato, l'attuale contesto culturale e l'irriducibile scontro in atto tra poteri dello Stato, avrebbe portato a leggere come contraddittoria una scelta disallineata rispetto al complessivo programma di riforme sulla giustizia penale che mira sotto vari aspetti ad un contenimento e ad una maggiore responsabilizzazione dell'operato dell'autorità giudiziaria (programma nel quale spicca, per ovvi motivi, la tanto agognata 'separazione delle carriere'). Ecco allora che l'opzione 'demolitiva' si presta a soddisfare due precise esigenze di carattere squisitamente politico: da un lato a placare definitivamente gli animi dei Sindaci e quindi di coloro più direttamente interessati alle dinamiche di contrapposizione tra potere politico e magistratura; e dall'altro a 'mostrare i muscoli' al proprio antagonista, in particolare

l'autorità inquirente, in vista anche dell'impervia via che aspetta il cammino delle preannunciate riforme sull'ordinamento giudiziario.

Motivazioni che non riescono (né mai potrebbero, data la loro natura) a superare tutte le obiezioni che discendono da ragioni di razionalità punitiva: rinunciare all'abuso di ufficio, lungi dall'essere un'operazione in linea con i valori liberali e con le esigenze di frammentarietà dell'ordinamento penale, rivelerebbe invece un contenuto addirittura 'autoritario', nel momento in cui priverrebbe la cittadinanza di indispensabili strumenti di difesa contro l'arbitrio dei pubblici ufficiali. E se ciò in qualche modo potrebbe essere compensato attraverso l'utilizzo di strumenti alternativi di contrasto all'esercizio distorto dei poteri pubblici⁶⁰ (come l'utilizzo di rimedi di diritto amministrativo volti a far valere l'illegittimità degli atti in cui si sostanzia l'abuso; o la possibilità di ricorrere al sempre più ricco catalogo di strumenti di prevenzione amministrativa che ruotano attorno all'ANAC ed agli organi di controllo interni alle pubbliche amministrazioni - si pensi, fra tutti, all'istituto del *whistleblowing*), rimarrebbero comunque degli intollerabili vuoti di tutela tutte le volte in cui quei rimedi non sarebbero utilizzabili perché in realtà non viene esercitato nessun potere amministrativo in senso stretto, risolvendosi l'abuso in un mero comportamento (circostanza molto frequente, lo si è detto, nel caso della sotto-fattispecie della *sopraffazione*). Qui l'alternativa sarebbe quella del ricorso alle forme di responsabilità disciplinare, che oggettivamente offrono un livello di protezione pressoché

³⁷ Per tali riflessioni, v. M. DONINI, *Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell'abuso di ufficio*, in www.sistemapenale.it, 23 giugno 2023.

³⁸ Si vedano, in proposito, le osservazioni di M. PELISSERO, *Sulla proposta di abolizione dell'abuso di ufficio e di riformulazione del traffico di influenze illecite*, in www.sistemapenale.it, 18 settembre 2023 (testo predisposto in occasione dell'audizione alla II commissione giustizia del senato in sede referente, svoltasi il 14 settembre 2023).

³⁹ per alcune proposte avanzate in dottrina, si v., oltre ai già ricordati contributi presenti in A. CASTALDO (a cura di), *op. cit.*, PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla*

discrezionalità amministrativa, in *RTDPE*, 2009, 890 ss.; e A. MANNA, *Una possibile riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, in ID (a cura di), *Materiali sulla riforma dei reati contro la Pubblica Amministrazione*, Padova, 2007, 435 ss.

⁶⁰ L'opzione abrogativa, sostenuta in chiave di sussidiarietà del diritto penale, era stata ad esempio avallata da L. STORTONI, *Intervento*, in A. CASTALDO (a cura di), *op. cit.*, 117 ss.; nonché ID, *Pubblica amministrazione e giudice penale: un equilibrio instabile*, in *Ius17@umibo.it. Studi e materiali di diritto penale*, 2017, 251 ss. e, spec., 255

ineffettivo se ad essere vittima dell'abuso è - come spesso accade - un soggetto esterno alla p.a.⁶¹.

Va inoltre considerato un effetto indiretto dell'abolizione *tout court* dell'abuso di ufficio, che porterebbe alla possibile ri-espansione di fattispecie che nel corso del tempo avevano visto sottrarsi spazio applicativo proprio ad appannaggio dell'abuso di ufficio. Il pensiero, in particolare, va all'ipotesi di peculato, che potrebbe nuovamente accogliere al suo interno le condotte distrattive, del resto sovente considerate quali *species* del più ampio genere appropriativo. Con una precisazione di carattere personale: tale eventualità, che alcuni autori ritengono plausibile⁶², sembra essere invece preconizzabile con grado di verificabilità prossimo alla certezza, alla luce delle considerazioni sinora svolte sul 'contesto' culturale nel quale queste norme vengono 'agite'. Insomma, la magistratura inquirente potrebbe vedersi improvvisamente riarmata di uno strumento molto più potente (il peculato supera di gran lunga l'abuso di ufficio *quod poenani*) per contestare la legittimità dell'operato dei pubblici agenti, magari - liberati dai limiti di tipicità previsti nell'art. 323 c.p. - riuscendo di nuovo ad ancorare la pretesa punitiva all'esercizio del potere discrezionale. Un'eterogenesi dei fini davvero ai limiti dell'autolesionismo.

Altri aspetti critici, che sicuramente possono essere condivisi, riguardano il contesto internazionale ed eurounitario, ove l'abolizione del reato sembrerebbe essere disarmonica rispetto agli obblighi assunti dall'Italia in tali sedi per il contrasto alla criminalità affaristico-corruttiva⁶³.

Del resto, che su una simile scelta possano addensarsi così tante ombre, sembra essere l'inevitabile conseguenza del fatto che essa - lungi dall'essere maturata entro dei programmi di politica criminale votati al più volte evocato canone della razionalità punitiva - rappresenti una reazione istintiva di autodifesa esercitata in un contesto di completo deterioramento dei rapporti istituzionali tra politica e magistratura e di totale fraintendimento del ruolo e del significato dello strumento penale.

Nella progressiva erosione dell'area di tipicità dell'art. 323 c.p., e poi nel suo definitivo commiato, in conclusione, non bisogna intravedere una risposta di tipo garantista, in controtendenza all'eccesso di criminalizzazione che per il resto impera in questo come in tanti altri settori dell'ordinamento. Essa non è un ossequio al principio di *extrema ratio* (che dovrebbe programmaticamente istruire le istanze di revisione dell'impianto gius-penalistico), poiché la barriera eretta del legislatore contro il 'furore repressivo' non è ideologica, ma contingente ed autoreferenziale; e mai come in questa occasione, l'abrogazione dell'abuso di ufficio non vuole negarne in punto di principio le perverse logiche, ma solo proteggere gli appartenenti al proprio *ordo* da quella foga. Una valvola di sfogo di un sistema che colpevolmente si è contribuito ad ingolfare e che altrimenti, alimentato anche dal mastice del giustizialismo, porterebbe fatalmente al collasso della macchina amministrativa.

Si tratta, in definitiva, di un'ulteriore deviazione dalla razionalità delle scelte punitive indotta dal populismo penale: esso, attraverso la sua indole catalizzatrice ed aggregante di dissenso sociale, 'crea' nuovi nemici, bersagli simbolici di una guerra dichiarata in nome di un'etica legalitaria fine a sé stessa, senza che sia possibile verificare - assiologicamente ed empiricamente - reali ragioni di tutela dietro i suoi paradigmi di offensività. Ma quando il 'nemico' è individuato nella compagine politico-dirigente, che ha dalla sua la possibilità di effettuare scelte difensive manipolando il dato normativo, il rischio è quello di assistere ad un doppio colpo inferto all'ideal-tipo di un ordinamento che vede nella pena un *male necessario*: eccessive ed incongrue saranno le scelte di criminalizzazione; ma di riflesso - secondo una logica uguale e contraria, tipica di ogni reazione - lo saranno anche quella volte alla riduzione dell'area della punibilità che insiste in capo ai governanti. Svuotate del loro prezioso contenuto liberale e garantista e del loro equilibrio tra costi e benefici, le scelte 'forti' in materia penale - sia in un senso che

⁶¹ Condivide tali preoccupazioni M. DONINI, *Gli aspetti autoritari*, cit., il quale peraltro ritiene insufficiente - per dare copertura penale a tali abusi - il ricorso alla generica ipotesi di violenza privata ex art. 610 c.p.

⁶² M. PELISSERO, *Sulla proposta*, cit.

⁶³ Su tali aspetti, G. LATTANZI, *Sulla proposta abolizione del reato di abuso di ufficio. Note critiche*, in www.sistemapenale.it, 20 settembre 2023.

nell'altro - dovrebbero essere tutt'altro che rassicuranti per la tenuta della società e delle istituzioni: la *pax deorum* richiede molti più sacrifici (e più cruenti) di quanti ne necessiterebbe la *concordia civium*, ma con molti meno vantaggi.