

LA NUOVA DISCIPLINA DELL'ABUSO DI UFFICIO: LA METAMORFOSI DEL GATTOPARDO

Giuseppe Collazzo



Con il D.L. 16 Luglio 2020, convertito con L. 120 dell'11.09.2020 il Governo ha inteso promuovere la ripresa

economica del Paese rendendo più spedita l'azione di spesa dei pubblici funzionari - tra gli altri interventi - alleggerendone le responsabilità con la modifica della responsabilità erariale e della responsabilità penale. Quest'ultima ha riguardato il delitto di abuso di ufficio, prevedendo la sostituzione nel testo dell'art. 323 c.p. della locuzione "violazione di legge o di regolamento" con quella "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". Da ciò discendono importanti conseguenze, anche di natura intertemporale, sia in ordine alla tipicità del fatto punibile con l'espunzione dei regolamenti dal novero delle norme la cui infrazione legittima la sottoponibilità a pena, sia una *specificazione* là dove si indica che le norme passibili di essere violate sono solo quelle contenenti regole di condotte dalle quali non residuino margini di discrezionalità.

Tali modifiche si collocano in quel lungo percorso attraversato dall'art. 323 c.p. alla continua ricerca di maggior determinatezza, che non sembra ancora giungere ad una soluzione ampiamente soddisfacente.

With the D.L. 16 July 2020, converted with Law 120 of 11.09.2020, the Government intended to promote the economic recovery by favoring the spending action of public officials faster - among other interventions - by lightening their responsibilities with the modification of tax and criminal liability. The latter concerned the misuse of office abuse, with the replacement in the text of art. 323 c.p. of the term "violation of law or regulation" with that "violation of specific rules of conduct expressly provided for by law or acts having the force of law and from which there is no margin of discretion." From this derive important consequences, also of an intertemporal nature, both in relation to the typicality of the fact punishable by the expulsion of the regulations from the category of norms whose infringement legitimizes the punishment, and in a specification in which it is indicated that only the rules that contain rules of conduct without discretion can be violated. These changes are part of that long path crossed by art. 323 c.p. in the constant search for greater determination, which does not yet seem to reach a largely satisfactory solution.

Sommario

- 1. Le ragioni di una riforma. 2. Il calvario di una fattispecie alla rincorsa della tipicità. 3. La nuova formulazione del sintagma: dalla "violazione di legge o di regolamento" alle specifiche regole di comportamento. 4. Conclusioni**

1. Le ragioni di una riforma

In tempo di emergenza pandemica da Covid-19 e della conseguente emergenza anche economica, il Governo ha ritenuto, un puro spirito keynesiano^[1], di approvare un intervento (D.L. 16 Luglio 2020,

convertito con L. 120 dell'11.09.2020) volto – si legge nel comunicato stampa di presentazione – “alla semplificazione dei procedimenti amministrativi, all’eliminazione e alla velocizzazione di adempimenti burocratici, alla digitalizzazione della pubblica amministrazione, al sostegno dell’economia verde e all’attività di impresa.

Il decreto interviene, in particolare, in quattro ambiti principali: semplificazioni in materia di contratti pubblici ed edilizia, semplificazioni procedurali e responsabilità, misure di semplificazione per il sostegno e la diffusione dell’amministrazione digitale, semplificazione in materia di attività di impresa, di ambiente e green economy”.

Il legislatore, consapevole – vedremo quanto e se superficialmente – del peso della cd. ipotesi penale che aleggia quotidianamente sui pubblici amministratori, ha inteso promuovere – tra gli altri interventi – la ripresa economica del Paese rendendo più spedita l’azione di spesa dei pubblici funzionari, nell’auspicio che svolga la sua consueta azione di volano della ripresa economica, tentando di fronteggiare le ricadute economiche della pandemia.

Le linee direttrici dell’intervento, che hanno sullo sfondo il medesimo obiettivo, ovvero quello di semplificare l’investimento pubblico e snellire l’elefantica macchina pubblica, si orientano nella direzione di alleggerire il peso delle responsabilità del funzionario pubblico, esortandolo a *decidere e fare* (in ultima analisi, *spendere*), evitando l’inerzia.

Paradigmatico da questo punto di vista è come la riforma si incentri (oltre alla modifica della responsabilità penale), sulla responsabilità erariale^[2] di cui i funzionari rispondono innanzi la Corte dei Conti che subisce importanti e, per certi versi singolari, modifiche a conferma non solo dell’approccio multidisciplinare e multilivello sulle responsabilità e sulle performance della P.A. ma anche della circostanza, ormai pacifica, che la complessità dell’apparato amministrativo non si esaurisce nel suo statuto procedimentale.

L’art. 21 del D.L. 76 del 2020 incide direttamente sull’art. 1 della L. 20/1994 il quale, nel disciplinare la responsabilità erariale, la limitava – prima dell’intervento - ai *“fatti o omissioni commessi con colpa grave o dolo”* e che, oggi, subisce due rilevanti modifiche.

La prima riguarda l’onere della prova del *dolo* in capo alla Procura contabile, che ora abbraccia anche direttamente l’evento dannoso di modo che, ai fini dell’imputabilità del danno cagionato, sarà necessario *“...la dimostrazione della volontà dell’evento dannoso”*^[3].

Evidenti i risvolti pratici di questa prima modifica: l’appesantimento dell’onere probatorio che le procure contabili dovranno assolvere con conseguente superamento della impostazione propria di una parte della giurisdizione erariale per cui la dimostrazione del dolo è richiesta in relazione alla condotta e non all’evento, con conseguente allargamento delle maglie di irresponsabilità per i pubblici funzionari a processo.

Il secondo intervento riguarda la previsione della singolare ipotesi, dall'efficacia temporale predeterminata in circa un anno, in cui il pubblico ufficiale non è chiamato a rispondere per colpa grave nel caso di "condotta attiva", ex art. 21, comma 2, D. L. 76/2020[4].

Il singolare intervento è animato da un evidente favore del legislatore – riconosciuto solo per un determinato periodo di tempo - nei confronti del pubblico ufficiale che *fa*, che esercita la propria funzione e, in questo momento di pandemia particolarmente complesso anche sul versante economico ed in funzione di rilancio, evidenzia un benevolo occhio di riguardo in favore di quel pubblico funzionario che, in definitiva, *spende*.

In caso di inerzia o di omissione si continuerà a rispondere sia a titolo di dolo che di colpa grave e la limitazione di responsabilità non opererà.

Già queste poche notazioni su alcune, seppur rilevanti e significative, novità introdotte dal D.L. in commento, in una con la fondamentale riformulazione dell'abuso di ufficio - sulla quale ci si soffermerà più compiutamente a breve - danno il polso della visione che ha animato il legislatore della riforma e che si può sintetizzare con l'equazione: meno responsabilità = più spesa = più ripresa economica.

L'ipoteca dell'abuso di ufficio e della responsabilità erariale avrebbero, secondo questa visione, un effetto frenante sull'efficienza della pubblica amministrazione che genera immobilismo e negative conseguenze, in definitiva, sulla complessa competitività del Paese[5]; questo atteggiamento si tramuterebbe in un insostenibile handicap, specialmente nel corso di una pandemia.

Le ragioni di una rimodulazione dell'impianto di responsabilità dei pubblici ufficiali, in special modo in riferimento all'abuso di ufficio, per la sua funzione di norma aperta e dai confini mobili ed ondivaghi, posta a chiusura ideale dei delitti contro la P. A., si ritrovano anche nelle tradizionali carenze strutturali che hanno caratterizzato la fattispecie, accusata da più parti di scarsa tipicità e determinatezza[6].

La scarsa efficacia della fattispecie sarebbe dimostrata, dati alla mano, dalla grande differenza tra i procedimenti penali avviati e le scarse sentenze di condanna[7]; la pregnanza qualitativa dei dati, secondo cui metà dei procedimenti penali si chiude con una sentenza di assoluzione già in primo grado, sarebbe figlia di una ontologica incertezza interpretativa della fattispecie che colpisce, sembra quasi in egual misura, sia il pubblico funzionario all'atto della scelta ponderata del comportamento da tenere, sia il Magistrato del Pubblico Ministero durante la fase delle indagini preliminari, per poi ripercuotersi nel giudizio di responsabilità finale, con gli esiti indicati.

Anche se la capacità epistemica dei dati delle statistiche giudiziarie non sembra essere certa e l'idea che l'efficienza (o l'inefficienza) della Pubblica Amministrazione dipenda – anche - dal reato di abuso di ufficio non è dappertutto accettata[8], questo sembra essere l'approccio fatto proprio dal legislatore della riforma, superando l'insegnamento di Salvatore Satta[9] secondo cui il processo non deve perseguire scopi esterni al

processo stesso.

2. Il calvario di una fattispecie alla rincorsa della tipicità

Si è già segnalato (vedi *supra*, nota n. 5) come le critiche sulla vaghezza e l'indeterminatezza dell'abuso di ufficio abbiano da sempre accompagnato la sua definizione normativa e come, costantemente, il legislatore abbia messo mano alla norma per meglio definirne i confini.

Negli ultimi trent'anni l'art. 323 c.p. è stato oggetto di tre importanti modifiche: con legge n. 86 del 1990, legge n. 234 del 1997 e, da ultimo, con D.L. 76 del 2020, oltre a subire l'innalzamento di pena edittale (da uno a quattro anni, in luogo della pena da sei mesi a tre anni) operata dalla cd. legge Severino, L. 190/2012^[10]. Con la riforma del 1990^[11] l'abuso *innominato* del codice del 1930 viene rimpiazzato da una fattispecie di abuso generalizzato^[12] che assorbiva (al secondo comma) i delitti di peculato per distrazione e di interesse privato in atti di ufficio (previsti, rispettivamente, agli artt. 314 c.p. e 324 c.p.), fuoriuscendo dalla categoria degli abusi di potere con l'attribuzione della qualifica di soggetto attivo anche all'incaricato di pubblico servizio. Il tentativo di definire in modo maggiormente determinato e preciso la fattispecie si rivelò presto fallimentare a causa della problematicità del concetto di *abuso* – "*abusa del suo ufficio*" richiedeva la norma – a perimetrare rigidamente le incursioni della magistratura, specie inquirente, nella sfera di esercizio di funzioni, in particolare discrezionali, della P.A.

Il problema della fattispecie rimaneva il medesimo: una descrizione della condotta penalmente rilevante difficilmente verificabile.

L'ultima modifica significativa, quella del 1997^[13], ha offerto all'interprete una fattispecie maggiormente tipizzata, che originariamente doveva essere figlia della Commissione presieduta dall'amministrativista Morbidelli, e che tra i suoi componenti annoverava anche Pagliaro, che presentò un progetto di legge che tentava, in vario modo, di recuperare la tipicità della figura di abuso d'ufficio, ma che venne soppiantato dalla stesura del progetto direttamente in sede parlamentare.

Dopo un *iter* piuttosto travagliato, diversi progetti presentati e significative variazioni tra il testo approvato al Senato e quello successivamente approvato alla Camera, si arrivò ad approvare, il 16 luglio 1997, la legge n. 234.

La norma del 1997 non presenta novità rispetto ai soggetti attivi (pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio) ma introduce un primo limite sul terreno oggettivo, richiedendo quale presupposto che la condotta venga compiuta "*nello svolgimento delle funzioni o del servizio*", eliminando la rilevanza del semplice *abuso di qualità*.

Una novità di rilievo è contenuta nella descrizione della condotta, che abbandona ogni riferimento al concetto di *abuso* (se non in rubrica), e viene selezionata e descritta con l'aiuto di criteri normativi, che le conferiscono sicuramente un maggiore tasso di precisione, ma che non elimineranno una certa divergenza di vedute.

Le scelte del legislatore del 1997 sono state così, efficacemente, schematizzate^[14]: a) la condotta tipica (funzionale) deve essere caratterizzata dalla violazione "*di norme di legge o regolamento*" ovvero di un dovere di astensione; b) il delitto si consuma con la produzione effettiva di un evento di danno o di vantaggio (non è più sufficiente che, come oggetto del dolo specifico, siano solo perseguiti); c) il vantaggio deve essere di natura patrimoniale (non così il danno); d) danno e vantaggio ingiusti devono essere oggetto di dolo intenzionale.

Il riferimento alla *violazione di norme di legge o di regolamento* o all'obbligo di astensione in caso di conflitto di interessi, descrive una condotta che deve presentarsi in contrasto con un modello di condotta previsto ed imposto da norme contenute in fonti primarie o secondarie. La categoria richiama quelle adoperate nel diritto amministrativo, evocando immediatamente i vizi di legittimità dell'atto amministrativo, in particolare la violazione di legge ed il rischioso ed inafferrabile *eccesso di potere*.

Da quest'ultimo punto di vista, tuttavia, dopo il superamento di un atteggiamento più radicale volto alla reintroduzione di una totale sindacabilità dell'eccesso di potere da parte del giudice penale, si è giunti rapidamente alla consapevolezza che l'art. 323 c.p. comporti la necessità che la norma violata – di cui sia chiara la veste formale e il regime giuridico – vieti puntualmente il comportamento tenuto al pubblico ufficiale. Tale consapevolezza si è scontrata con la rivendicata portata immediatamente precettiva dell'art. 97 Cost., comportando la configurabilità della fattispecie il contrasto non con la lettera della legge, ma con il suo "*spirito*" incarnato dall'imparzialità dell'azione amministrativa. L'indirizzo ritenuto prevalente immediatamente prima della modifica del 2020 sembrava ricondurre nella violazione di legge anche il cd. sviamento di potere, figura tra le più ambigue dell'eccesso di potere, ampliando enormemente il sindacato del giudice penale.

Secondo questa impostazione, fatta propria anche da una decisione delle Sezioni Unite^[15] del 2012, il requisito della violazione di norme di legge può essere integrato anche solo dall'inosservanza del principio costituzionale di imparzialità della P.A., per la parte in cui esprime il divieto di ingiustificate preferenze o di favoritismi che impone al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio una precisa regola di comportamento di immediata applicazione (Cass., Sez. VI, 17.2.2011, n. 27453; Cass., Sez. VI, 20.1.2009, n. 9862; Cass., Sez. II, 10.6.2008, n. 35048; Cass., Sez. VI, 12.2.2008, n. 25162; contra Cass., Sez. VI, 18.2.2009, n. 13097).

L'esito, come acutamente indicato[16], è la rilettura della violazione di norme di legge come violazione della legalità amministrativa *tout court*, da cui deriva che il potere esercitato per un fine diverso da quello stabilito dalla legge si pone al di fuori dello schema della legalità e rappresenta uno "sviamento" produttivo di una lesione dell'interesse tutelato dal delitto di abuso di ufficio.

Come efficacemente affermato da un Maestro[17] del diritto penale, *contro l'intento legislativo di dare determinatezza alla condotta incriminata, escludendo dal raggio dell'incriminazione l'eccesso di potere, si è messa all'opera una dilatazione giurisprudenziale, volta a stabilizzare un'interferenza giudiziaria nell'esercizio della ineliminabile discrezionalità della pubblica amministrazione. È così ben nota la vanificazione della maggiore determinatezza impressa all'art. 323, operata con il richiamo all'art. 97 Cost., quale parametro di qualificazione della condotta.*

3. La nuova formulazione del sintagma: dalla "violazione di legge o di regolamento" alle specifiche regole di comportamento

La più rilevante innovazione apportata dal D.L. 16 Luglio 2020, convertito con L. 120 dell'11.09.2020 è la sostituzione nel testo dell'art. 323 c.p. della locuzione "*violazione di legge o di regolamento*" con quella "*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*"[18].

La condotta punibile subisce, pertanto, una limitazione con l'espunzione dei regolamenti ed una specificazione là dove indica che le norme passibili di essere violate sono solo quelle contenenti regole di condotte senza margini di discrezionalità.

La nuova descrizione del fatto sembra comportare un fenomeno di *abolitio criminis*[19] (ex art. 2 c.p.) con la sottrazione dall'area del penalmente rilevante dell'attività discrezionale della Pubblica Amministrazione, con la conseguenza di ritenere passibile di violazione solo regole che disciplinano attività vincolate, con l'esclusione del sindacato del giudice penale sulle figure dell'eccesso e sullo sviamento di potere.

Come è stato efficacemente affermato[20], la tecnica normativa del legislatore utilizza - in parte - un'espressione propria del diritto amministrativo, in tema di azione avverso il silenzio inadempimento ex art. 31, co. 3, c.p.a. che ha ad oggetto fenomeni nei quali si discute "*di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità*" e nel quale sembra potersi distinguere due categorie: "attività vincolata" e "attività senza discrezionalità", delle quali il legislatore penale non fa cenno, forse consapevolmente, facendo in modo che entrambe le categorie - avendo una matrice ed un nucleo

essenziale contiguo – rientrino nell'area abbracciata dalla fattispecie.

Meno complessa risulta l'esclusione dall'area del penalmente rilevante della cd. discrezionalità tecnica, che ricorre quando l'esame di fatti o di situazioni rilevanti per l'esercizio del potere pubblico necessiti di cognizioni tecniche o scientifiche di carattere specialistico.

L'Amministrazione qui compie una valutazione di fatti alla stregua di canoni scientifici e tecnici, e non svolge alcuna comparazione tra l'interesse pubblico primario e gli interessi secondari al fine di individuare la soluzione più opportuna per l'interesse da perseguire.

Il legislatore pretende, pertanto, che si tratti di una regola "legale" che attiene all'esercizio di un potere vincolato, dove al pubblico ufficiale non siano lasciati margini di apprezzamento: le modalità di esercizio del potere della P.A. è predeterminata dalla legge[21].

La stringente limitazione della fattispecie all'ipotesi di esercizio di un potere vincolato comporta due interrogativi[22]: se tale opzione legislativa possa restringere talmente tanto l'area di applicabilità della norma, privandola di una sua pratica utilità, e se gli spazi inevitabilmente lasciati scoperti da tale riformulazione possano essere ricoperti da altre fattispecie.

Il perimetro di applicabilità sarà, quantomeno ad una prima valutazione, ristretto all'esercizio intenzionalmente scorretto del potere vincolato; dall'altro punto di vista, si può pronosticare una dilatazione della seconda condotta tipica, rimasta inalterata, dell'omessa astensione in caso di interesse proprio dell'agente, con la dilatazione della nozione di interesse.

Le conseguenze processuali dell'*abolitio criminis* saranno, pertanto, in caso di pendenza di procedimento penale l'emissione di un provvedimento conclusivo[23] con la formula "perché il fatto non è previsto dalla legge come reato" ovvero, nel caso di condanna, la revoca da parte del giudice dell'esecuzione, ex art. 673 c.p.p.

In ordine all'espunzione delle norme regolamentari dall'ambito di operatività della norma, questa sottrae una rilevante classe di fatti originariamente tipici, producendo un evidente fenomeno abolitivo rilevante ex art. 2 c.p. il quale, tuttavia, si espone a facili censure di irragionevolezza in considerazione della circostanza che i regolamenti sono "*notoriamente indispensabili, purtroppo, nel dare esecuzione alle opzioni legislative*[24]". Secondo autorevole dottrina[25] i casi in cui la legge determina il *se*, il *cosa* ed il *come* un agente pubblico debba agire tramite condotte predeterminate sono particolarmente rari ed attinenti alla sfera minuta dell'amministrazione di mera esecuzione: *il legislatore ha riservato ad una improbabile minutaglia il destino dei sommersi e gli strali della sanzione penale (per giunta piuttosto consistente), mentre ha assunto nell'empireo dei salvati coloro che, detenendo il potere di scegliere discrezionalmente se, come, quando o cosa decidere, sono – secondo la natura delle cose – nella condizione ontologica per abusarne, e recare i vantaggi e i danni ingiusti in cui*

si esprime l'evento[26].

La scelta legislativa, di cui pure si è prospettata l'irragionevolezza[27], sembra essere non sindacabile dinanzi la Corte Costituzionale[28] ma evidenzia le difficoltà interpretative che la norma pone.

Da questo punto di vista, un recentissimo approccio di legittimità la Corte di Cassazione, con Sentenza n. 1146/2020, (ud. 9.12.2020, motivazioni depositate l'8.01.2021), dopo aver rimarcato che dopo la modifica legislativa nell'economia della fattispecie non rilevano più i regolamenti, con conseguente limitazione della responsabilità per il pubblico funzionario qualora le regole comportamentali gli consentano di agire in un contesto di discrezionalità amministrativa, anche tecnica, pone un primo sbarramento: *Beninteso, sempreché l'esercizio del potere non trasmodi tuttavia in un vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici – cd. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità – laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito [...].*

La nuova disposizione, restringendo l'ambito di operatività della fattispecie, ha evidenti risvolti intertemporali con una parziale *abolitio* in relazione ai fatti commessi, con violazione di norme regolamentari o norme di legge generali ed astratte, prima dell'entrata in vigore della modifica, che la medesima Corte, in questo suo primo intervento, non manca di sottolineare ed applicare per giungere ad una sentenza di annullamento con la formula "perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato".

4. Conclusioni

Le riflessioni svolte, che recano con sé la problematicità di una fattispecie che è sempre stata cattiva espressione di tipicità e determinatezza, sia per la delicatezza del ruolo sistemico che la norma svolge a chiusura del sistema, sia quale delicato e mobile confine su cui si muove il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa, inducono a ritenere *necessaria* la sopravvivenza di una norma come quella ex art. 323 c.p. e a ritenere non praticabile la proposta abrogazione della fattispecie, pure proposta autorevolmente da più parti[29]. Con questo non si vuol negare la possibilità che i fenomeni sottesi all'abuso di ufficio possano essere adeguatamente regolati con strumenti diversi dalla sanzione penale, ed in special modo con strumenti amministrativi e di *soft law* propri di quel modo di fare anticorruzione impersonificato dall'ANAC, ad esempio, restituendo così al diritto penale i suoi connotati di legalità, sussidiarietà ed *extrema ratio*. Tuttavia, l'integrale sostituzione dell'abuso di ufficio quale fattispecie penalmente rilevante con strumenti non penali, non sembra restituire una risposta soddisfacente al disvalore penale che spesso – non

sempre, è necessario sottolinearlo, a riprova dell'indeterminatezza – si ricollega all'abuso di ufficio.

L'ipotesi di una abrogazione *sic et simpliciter* suscita il timore di un controproducente vuoto di tutela a cui si troverebbe esposto il sistema penale il quale, come insegna autorevolissima dottrina[30], si troverebbe costretto a reagire con l'ampliamento di fattispecie ben più gravemente punite.

Rimedi potrebbero essere individuati, come si è già fatto[31], nella migrazione ai comportamenti dei funzionari delle singole amministrazioni della buona prova (non scevra, tuttavia, di ombre) che alcuni strumenti hanno offerto in altri ambiti, come le linee guida (legge 8 marzo 2017, n.24, Gelli-Bianco), della responsabilità sanitaria.

L'adesione alle linee guida delle amministrazioni escluderebbero profili di responsabilità penale, ritenendosi non violata la norma o il regolamento.

L'adeguamento alle *best practices* o *policies* delle linee guida lascerebbe inalterato il dato formale della violazione normativa, ma in sostanza lo priverebbe della tipicità, in omaggio al principio di offensività. Tale approccio non eliminerebbe, ovviamente, i problemi tipici dell'abuso di ufficio, ma li sostituirebbe con altri, già opportunamente evidenziati[32]: chi o cosa, quale ente o istituzione, dovrà creare le linee guida? Queste saranno le stesse su tutto il territorio nazionale e per tutti gli apparati della Pubblica Amministrazione o è necessario introdurre delle differenziazioni? Quando può dirsi che le raccomandazioni contenute nelle linee guida risultano adeguate alle specificità del caso concreto?

Ecco che, all'ennesima – *eventuale* – modifica della fattispecie, corrisponde la nascita di nuovi interrogativi.

Giuseppe Collazzo

[1] Il saggio del 1936, (in italiano, *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, T. Cozzi, (a cura di), UTET, 2006), ha dato origine alla cosiddetta "rivoluzione keynesiana" sostenendo, in contrapposizione all'approccio classico del *laissez faire, laissez passer*, la necessità di un intervento pubblico nell'economia con misure di politica di bilancio e di politica monetaria per garantire la piena occupazione, che la sola domanda aggregata non è capace di assicurare.

[2] La responsabilità amministrativo-contabile, che condivide con la responsabilità penale - in via tendenziale - il carattere della personalità e della non trasmissibilità agli eredi, sul piano generale, può definirsi come la misura prevista all'ordinamento contro chi, legato da un rapporto di servizio con la P.A., sacrifica ingiustamente i beni economici della medesima P.A. e/o lede ingiustamente i beni-valori fondamentali della contabilità pubblica, con dolo o colpa grave, in violazione dei suoi doveri di servizio. Dalla riferita nozione generale della responsabilità amministrativo-contabile emerge che gli elementi di specifica caratterizzazione

di tale tipo di responsabilità, rispetto alle altre, sono: a) il rapporto di servizio, che lega l'autore dell'illecito all'amministrazione pubblica che risente della sua negativa condotta; b) l'evento lesivo, che si sostanzia in un danno patrimoniale (illegittimo sacrificio di un bene economico della P.A.) oppure nella violazione di un bene-valore fondamentale della contabilità pubblica; c) lo stato soggettivo di dolo o almeno di colpa grave, che ha sostenuto la condotta di chi ha agito, stante l'irrilevanza della semplice colpa. Si ricorda, altresì, che la responsabilità amministrativa, per espressa indicazione normativa, *"è personale ed è limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o colpa grave"* ed *"il relativo debito si trasmette agli eredi [soltanto] nei casi di illecito arricchimento del dante causa e di conseguente indebito arricchimento degli eredi stessi"* (ex art. 1 della l.n.20/1994, nel testo di cui all'art. 3 della l. n.639/1996).

[3] L'art. 21 del D.L. 76 del 2020 aggiunge, appunto, all'art. 1 della L. 20/1994 dopo il primo periodo, l'inciso *"La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso"*.

[4] La norma prevede che *"limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 luglio 2021, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'art. 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità non si applica per i danni cagionati da omissioni o inerzia del soggetto agente".*

[5] Da alcuni (tra gli altri, autorevolmente, C. Cupelli, *L'abuso di ufficio*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di B. Romano e A. Marandola, Utet, 2020, pagg. 291 e ss.) il meccanismo viene avvicinato a quello, ben più conosciuto ed analizzato, che prende il nome di medicina difensiva per sottolineare il medesimo impatto che lo spettro dell'ipoteca penale ha sulle scelte del medico o, in questa ipotesi sul pubblico ufficiale. Il timore dello scrutinio da parte del Giudice penale spinge i funzionari a limitare la discrezionalità nei procedimenti amministrativi. Questa prassi ha un impatto negativo sull'efficienza, specie se usata nell'ambito delle procedure contrattuali. Per P. Corleto, *P.a. difensiva e scrutinio del Giudice penale: il caso delle procedure contrattuali*, in *Federalismi.it*, 8 luglio 2020, la cartina al tornasole di questo atteggiamento è costituita proprio dal reato di abuso d'ufficio, la cui formulazione testuale si presta a interpretazioni del Giudice penale contrastanti e, non di rado, fortemente invasive della discrezionalità. Su questo, recentemente vedi *La Repubblica* del 30 maggio 2020 dove l'ex Ministro della giustizia Paola Severino, con l'articolo intitolato *"La burocrazia difensiva"* sostiene una *"moltiplicazione di comportamenti "difensivi" di funzionari spaventati dal rischio di incorrere in responsabilità civili o penali per le loro decisioni"*, ed anche G. Pignatone, *Se l'abuso d'ufficio e la burocrazia difensiva imbrigliano il Paese nell'immobilismo*, ne *La Stampa*, del 14 giugno 2020.

[6] Illuminante da questo punto di vista, anche a sottolineare la vetustà della critica, il rinvio alle parole del Carrara, (cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, parte speciale*, 8a ed., Cammelli, 1905, vol.

V, par. 2478, pag. 29), in riferimento all'art. 175 c.p., del Codice Zanardelli del 1889, (il cd. abuso innominato di autorità), il quale a sua volta ricalcava quanto sancito, tra gli altri, nel codice borbonico del 1819, riguardo il carattere assolutamente vago e indeterminato del concetto di *abuso*, formula in sé priva contenuto ed incapace di individuare con certezza il novero delle condotte sussumibili all'interno della fattispecie. La stessa evoluzione storica successiva testimonia di un costante sforzo dei vari legislatori volto a colmare quella che il Prof. Manna (A. Manna, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2004, pag. 12) definisce come l' "*endemico difetto di tipicità*" insito nella nozione di abuso, sia attraverso il ricorso al requisito dell'arbitrarietà (tentativo da ritenere vano, data la sovrapposibilità dei due termini, quasi il loro carattere sinonimico), oppure, con maggior efficacia selettiva, mediante l'accoglimento del modello del reato di danno. Ma il problema della sufficiente determinatezza e del rispetto del principio di tipicità delle azioni punibili, condiziona tutte le formulazioni più recenti dell'abuso d'ufficio e sarà il vero elemento propulsore del susseguirsi delle riforme. Risulta di tutta evidenza come vi sia un rapporto di diretta proporzionalità tra formulazioni troppo elastiche da un lato, poco aderenti ai canoni della determinatezza e precisione delle incriminazioni, e la possibilità, dall'altro, di un intervento invasivo dell'organo giudicante; ciò spiega, in parte, la particolare delicatezza e problematicità di ogni questione che coinvolga l'abuso d'ufficio, che attiene in maniera diretta al controllo del giudice penale sulla legalità dell'azione amministrativa.

[7] Tra i recenti lavori che offrono una ricostruzione di ampio respiro, anche in chiave comparativa, vedi F. Coppola, *Abuso di ufficio: appunti per una possibile riforma dai lavori della Law Commission sulla common law offence of Misconduct in Public Office*, in *Archivio Penale*, n. 2/2020, il quale in un'ottica di comparazione tra l'esperienza di *common law* e la proposta di riforma Castaldo-Naddeo (sulla quale vedi oltre), riporta i dati della gestione giudiziaria della fattispecie nel quinquennio 2014-2018 all'interno del Distretto di Corte di Appello di Salerno dove – dato particolarmente indicativo – delle 39 sentenze emesse dall'Ufficio GIP, si segnalano 12 assunte in giudizio abbreviato (tutte assoluzioni, tranne una), 15 sentenze di non luogo a procedere ex art. 425 c.p.p., 3 sentenze di estinzione per morte del reo, 2 sentenze di prescrizione, 2 sentenze di patteggiamento, 1 sentenza ex art. 131bis c.p.p. e 2 sentenze di incompetenza territoriale. All'esito del primo grado di giudizio, dalle 80 sentenze si segnalano: 40 assoluzioni, 20 dichiarazioni di estinzione per intervenuta prescrizione, 9 con l'assoluzione dall'abuso di ufficio e la condanna per altri reati, 2 di estinzione per morte del reo e 9 sentenze di condanna. Non dissimile le proporzioni in Corte di Appello, dove sono state messe a disposizione della ricerca 61 sentenze, di cui: 30 sentenza di assoluzione (di cui 9 già in primo grado), 20 sentenze di estinzione per prescrizione, 8 sentenze di condanna, 1 sentenza di estinzione per morte del reo e, infine, 2 sentenze (una di assoluzione e una di condanna) in cui il delitto di abuso di ufficio è stato riqualificato in primo grado (rispettivamente nei delitti p. e p. dagli artt. 479 e 326 c.p.). Per ogni opportuno approfondimento, per la raccolta, l'analisi ragionata dei dati, si rimanda a G. Ciaglia, *L'abuso di ufficio tra amministrazione difensiva e ineffettività: l'esperienza del Distretto di Corte di Appello di*

Salerno, dattiloscritto dell'intervento tenuto nell'ambito della presentazione dei risultati della ricerca del Progetto CUR, Palazzo Zapata, Napoli, 14.2.2020, ricerca su "Pubblica Amministrazione: semplificare i processi decisionali, migliorare le performance" coordinata dal Prof. Andrea R. Castaldo, presso l'Università degli Studi di Salerno, che ha scrutinato il dato statistico sui procedimenti per abuso d'ufficio nel distretto della Corte di Appello di Salerno nel quinquennio 2014-2018, nonché M. Naddeo, "I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p. ", in *Penale. Diritto e Procedura*, 10.08.2020,

<https://penaledp.it/i-tormenti-dellabuso-dufficio-tra-teoria-e-prassi-discrezionalita-amministrativa-e-infedelta-nel-nuovo-art-323-c-p/>

[8] G. Pignatone, *Se l'abuso d'ufficio e la burocrazia difensiva* (cit.), nonché M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso di ufficio*, in *Sistema Penale*, n. 7/2020, pagg. 133 e ss. il quale evidenzia (pag. 137) che "se ci fosse maggior consapevolezza da parte delle Procure del funzionamento, sia delle regole che governano la scelta relativa all'iscrizione nell'uno o nell'altro registro (mod.21 o mod.45, ndr), sia delle norme che indicano la prognosi a cui deve essere sottoposta la notizia di reato ai fini della richiesta di rinvio a giudizio, non si determinerebbero quegli effetti patologici segnalati dalla statistiche, i quali, quindi, non possono essere ricondotti alla mancanza di determinatezza della fattispecie: tutt'altro."

[9] S. Satta, *Il mistero del processo*, Piccola Biblioteca Adelphi, 1994, 4ª ediz.

[10] Pur non incidendo direttamente sull'art. 323 c.p., se non *quod poenam*, la cd. legge Severino, L. 190/2012 ed i relativi decreti legislativi emanati in attuazione di deleghe contenute al suo interno, ha introdotto rilevanti novità sul piano sistemico della lotta alla corruzione che si fondano soprattutto su tre capisaldi: responsabilizzazione delle amministrazioni, trasparenza e imparzialità dei funzionari. Di particolare importanza risultano essere l'introduzione di strumenti di *compliance* costituiti, oltre dal Responsabile della prevenzione della Corruzione (RPC), dai Piani triennali di prevenzione della corruzione, strutturati in modo analogo a quelli previsti per le imprese ex D. Lgs. 231/2001, che prestano particolare attenzione al dipendente che segnala illeciti nell'ambito del rapporto di lavoro (cd. *whistleblower*); l'introduzione di un sistema organico di trasparenza che prevede, tra le altre cose, l'obbligo di pubblicità di una serie di informazioni specificatamente indicati dalla legge (la sezione denominata "Amministrazione trasparente"), volto a rafforzare l'*accountability* delle amministrazioni pubbliche nella gestione finanziaria e a semplificare il rapporto tra privati e Pubblica Amministrazione; la previsione di misure che mirano a prevenire l'accesso o la permanenza in una carica amministrativa di coloro considerati non adatti alle funzioni (sia in versione di *pre-employment* che *post-employment*) anche attraverso l'adozione di Codici di comportamento (DPR del 16.04.2013, n. 62) e la previsione del cd. "*pantouflage*", ovvero del divieto di assumere cariche in imprese

private successivamente alla cessazione di un servizio svolto presso PP. AA. che comportano rapporti con le imprese medesime e, infine, quella che sembra essere la più innovativa modifica apportata, ovvero l'istituzione, con soppressione dell'originaria AVCP, di un'autorità anticorruzione (ANAC) cui si attribuisce il ruolo di vigilanza sull'insieme di regole dell'anti-corruzione, dotata di poteri sanzionatori nei confronti delle amministrazioni e, con le successive modifiche, di innovative attribuzioni e funzioni sperimentate durante Expo 2015 e esportato in altri grandi eventi, Giubileo della Misericordia (2015-2016) e ricostruzione post-terremoto (D.L. 17.10.2016, n. 189, conv. In L. 229 del 15.12.2016). Per una compiuta analisi delle innovazioni apportate al sistema anticorruzione, vedi: R. Cantone e F. Merloni (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Giappichelli, 2015, nonché B.G. Mattarella e M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, 2013.

[11] Per una visione d'insieme, e senza alcuna pretesa di esaustività, vedi, tra gli altri: G. Fiandaca e E. Musco, *Diritto Penale, parte speciale*, Vol. I, II ediz, Zanichelli, 1997; A. Segreto e G. De Luca, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1995; F. Bricola, *La riforma dei reati contro la pubblica amministrazione: cenni generali*, in F. Coppi (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Giappichelli, 1993.

[12] Art. 323 c.p. post riforma del 1990 *"Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni. Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due a cinque anni"*.

[13] Anche qui, per una compiuta analisi, vedi: S. Seminara, *Art. 323 c.p.*, in A. Crespi, F. Stella, G. Zuccalà, (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, CEDAM, 2003; A. Manna, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Giappichelli, 2004; S. Fiore, *Abuso di ufficio*, in S. Fiore e G. Amarelli (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, UTET, 2018.

[14] C. Cupelli, *L'abuso d'ufficio*, in B. Romano e A. Marandola (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, UTET, 2020, pagg. 275-276.

[15] Sez. Un. Sent. 29.09.2011, n. 155, Rossi, che affronta in particolar modo il tema dell'abuso del processo. Le Sezioni Unite hanno precisato che ai fini della configurabilità del reato di abuso d'ufficio, sussiste il requisito della violazione di legge non solo quando la condotta del pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando la stessa risulti orientata alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, realizzandosi in tale ipotesi il vizio dello sviamento di potere, che integra la violazione di legge poiché lo stesso non viene

esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione. Su questo, tra gli altri, vedi: S. Masi, *Parametri formali e "violazione di legge" nell'abuso d'ufficio*, in *Archivio Penale*, n.1/2019,

[16] C. Cupelli, *L'abuso d'ufficio*, cit., pag. 283.

[17] G. Insolera, *Quod non fecerunt Barberini fecerunt Barbari. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76*, in *DisCrimen*, 31 luglio 2020.

[18] Per una prima lettura della riforma in commento, vedi: B. Ballini, *Note minime sulla riformata fattispecie di abuso d'ufficio*, in *DisCrimen*, 10.08.2020; M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso di ufficio*, in *Sistema Penale*, n. 7/2020; A. Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sistema Penale*, 20.11.2020; T. Padovani, *Vita, morte e miracolo dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza Penale. Web*, 7-8 2020; G. Insolera, *Quod non fecerunt Barberini fecerunt Barbari. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76*, in *DisCrimen*, 31 luglio 2020; M. Naddeo, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in *Penale. Diritto e Procedura*, 10.08.2020,

<https://penaledp.it/i-tormenti-dellabuso-dufficio-tra-teoria-e-prassi-discrezionalita-amministrativa-e-infedelta-nel-nuovo-art-323-c-p/>; N. Pisani, *La riforma dell'abuso di ufficio nell'era della semplificazione*, in *Diritto penale e processo*, n. 1/2021; 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*, 17.07.2020.

[19] Particolare attenzione al fenomeno intertemporale dedica M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent.*, cit.

[20] M. Gambardella, *op. cit.* pag. 143

[21] Cfr. T. Padovani, *Vita, morte e miracolo*, cit. pag., 8, secondo il quale "... l'abuso si deve risolvere nell'inosservanza di un dovere vincolato nell'an, nel quid e nel quomodo dell'attività: per l'appunto, senza "margini di discrezionalità [...]".

[22] Per queste valutazioni, vedi A. Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sistema Penale*, 20.11.2020

[23] Provvedimento che potrà assumere diverse vesti a seconda della fase processuale: provvedimento di archiviazione, sentenza ex art. 129 c.p.p., sentenza di annullamento senza rinvio con contestuale proscioglimento ex artt. 129 e 620, lett. a) c.p.p. in Cassazione, sentenza di non luogo a procedere ex art. 425 c.p.p. o sentenza di assoluzione ex art. 530 c.p.p.

[24] G. Insolera, *Quod non fecerunt Barberini fecerunt Barabari*, cit.

[25] T. Padovani, *op. cit.*

[26] *ibidem*

[27] G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*. Cit.

[28] M. Gambardella, *op. cit.* pag. 145

[29] A. Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio*. cit. che richiama a sua volta L. STORTONI, *Intervento*, in A.R. Castaldo (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Giappichelli, 2018, p. 119, S. Perongini, *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso di ufficio*, in *Migliorare le performance*, cit., p. 21

[30] G. Fiandaca – A. Merlo, *Riformare, abolire? C'è una terza via per il reato fantasmatico dell'abuso di ufficio?* in *Il Foglio*, del 24.06.2020.

[31] A. R. Castaldo, (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018

[32] *ibidem*