

IL "NUOVO" ABUSO D'UFFICIO E L'ABOLITIO CRIMINIS PARZIALE

Bartolomeo Romano



[Cass. pen., Sez. VI, 9.12.2020-8.1.2021, n. 442](#)

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

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il "nuovo" abuso di ufficio. – 3. Il tema della discrezionalità amministrativa. – 4. Il tentativo di ridurre gli effetti innovativi della riforma del 2020.

1. **Considerazioni introduttive.**

La sentenza in commento si interroga sugli effetti dell'ultima riforma del delitto di abuso di ufficio, di cui all'art. 323 c.p., dovuta al decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale», convertito (sul punto) senza modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120. Si tratta, in effetti, di una delle disposizioni che più ha sofferto l'interventismo del legislatore italiano, peraltro non coronato dal conseguimento degli obiettivi prefissati [1].

Nell'impianto del codice del 1930, il delitto di cui all'art. 323, rubricato «abuso di ufficio in casi non preveduti specificamente dalla legge», rappresentava una sorta di norma di chiusura del sistema e rifletteva la convinzione che i delitti contro la pubblica amministrazione tutelassero l'interesse pubblico concernente il normale funzionamento ed il prestigio della pubblica amministrazione per ciò che concerne la probità, la fedeltà e il rispetto dovuto soprattutto dai pubblici funzionari, che appunto la "incarnavano" [2].

Invece, con l'entrata in vigore della Costituzione, e del suo art. 97, comma 2, parte della dottrina identificò i "veri" beni giuridici tutelati nel buon andamento e nell'imparzialità della pubblica amministrazione: il primo garantirebbe l'efficienza dell'azione amministrativa in aderenza al pubblico interesse; la seconda sarebbe posta a presidio della parità di trattamento tra tutti i cittadini, che non dovrebbe essere alterata dalla condotta (illecita) dei pubblici agenti.

Ma per comprendere le ragioni del lungo e tormentato cammino dell'abuso di ufficio, non basta richiamare il mutamento di scenario complessivo, pur fondamentale; occorre, invece, aggiungere ulteriori elementi di valutazione. Innanzitutto, molti delitti contro la pubblica amministrazione – e tra questi proprio l'abuso in atti

di ufficio – scontavano significativi difetti di tecnica normativa, alla luce delle accresciute esigenze di determinatezza nel quadro di una moderna lettura del principio di legalità. A ciò si aggiunga che, anche per tali problemi, l'inefficienza della nostra pubblica amministrazione aveva dato luogo ad un ampio intervento della magistratura penale, con ruoli di vera e propria supplenza, tramite il c.d. controllo di legalità. Intervento amplificato e reso evidente da fenomeni diffusi di malcostume e di corruzione sistemica, sino alla emersione di "tangentopoli" all'inizio degli anni novanta del secolo scorso, con conseguente affermazione della c.d. questione morale.

Pur "a fin di bene", tutto ciò ha però fatto nascere e progredire la "burocrazia del non fare" (o "burocrazia difensiva"), alimentata soprattutto dall'abuso di ufficio, avvertito come un rischio reale, effettivo, che terrorizza chi deve firmare e gli blocca la mano.

Dunque, nel tentativo di conferire maggiore determinatezza alla norma sull'abuso di ufficio, ed al contempo limitare le paure dei pubblici funzionari nei confronti di azioni penali nei loro confronti, si giunse alla riforma dovuta alla legge 26 aprile 1990, n. 86, la quale, tra l'altro, sostituì integralmente l'art. 323 c.p. Peraltro, la complessità dell'intervento normativo dovuto a tale legge (con abrogazioni, sostituzioni ed aggiunzioni), la consueta mancanza di norme transitorie, unita alla importanza ed alla delicatezza della materia e alla presenza di numerosissimi procedimenti penali pendenti su tutto il territorio nazionale per delitti contro la pubblica amministrazione, segnò l'inizio di un dibattito, poi mai più interrotto, sulla tematica, di carattere generale, della successione di norme penali nel tempo.

Tuttavia, i risultati sperati dall'intervenuta riforma dell'abuso di ufficio non furono raggiunti e, pochi anni dopo, il legislatore ritornò a modificare la materia: nuovamente, con legge 16 luglio 1997, n. 234, l'art. 323 c.p. fu integralmente sostituito. E, più recentemente, la legge 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. legge Severino), nel consueto rilancio in termini di gravità della cornice edittale, ha addirittura aggravato la pena prevista dal primo comma dell'art. 323 c.p. Ma anche tali modifiche (tanto meno quella del 2012) non hanno consentito di superare i noti problemi, sopra richiamati.

Con tali premesse, non può stupire che anche il legislatore del 2020 sia intervenuto sul delitto in esame. In particolare, l'art. 23 del citato decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, ha sostituito, all'art. 323, primo comma, del codice penale, le parole «di norme di legge o di regolamento» con le seguenti: «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità» [3].

2. Il "nuovo" abuso di ufficio.

Per comprendere gli effetti dell'ultima modifica normativa in materia, credo di poter sintetizzare con la considerazione per la quale sembrerebbe che, dopo la feroce "caccia all'uomo", ed al funzionario infedele, tipici della legge Severino e, soprattutto, della c.d. spazza-corrotti (legge 9 gennaio 2019, n. 3), nel 2020 il legislatore italiano abbia tentato una sorta di rivoluzione copernicana, frutto di un approccio diverso. L'impressione, che avevo già avuto a prima lettura, è che la nuova versione della norma sull'abuso di ufficio restringa la sfera di intervento della legge penale sull'azione amministrativa.

In tal senso, del resto, si era espressa la Cassazione in una prima decisione [\[4\]](#).

In particolare, come chiarito da detta sentenza, per effetto dell'ultima modifica normativa dell'art. 323 c.p., la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che nello svolgimento delle funzioni o del servizio viola le norme di legge che ne disciplinano l'esercizio può essere ora integrata solo dalla violazione di "regole di condotta previste dalla legge o da atti aventi forza di legge", cioè da fonti primarie, con esclusione dei regolamenti attuativi, e che abbiano, inoltre, un contenuto vincolante precettivo da cui non residui alcuna discrezionalità amministrativa. Pertanto, si è notevolmente ristretto l'ambito di rilevanza penale del delitto di abuso d'ufficio con inevitabili effetti di favore applicabili retroattivamente ai sensi dell'art. 2, comma 2, c.p. Si sarebbe, cioè, determinata una parziale *abolitio criminis* in relazione alle condotte commesse prima dell'entrata in vigore della riforma mediante violazione di norme regolamentari o di norme di legge generali e astratte dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità.

Invece, come pure aveva confermato la prima giurisprudenza in materia, la riforma non esplica alcun effetto con riguardo al segmento di condotta che, in via alternativa rispetto al *genus* della violazione di legge, riguarda esclusivamente e più specificamente l'inosservanza dell'obbligo di astensione, rispetto al quale la fonte normativa della violazione è da individuarsi nella stessa norma penale salvo che per il rinvio agli altri casi prescritti, rispetto ai quali non pare ugualmente pertinente la limitazione alle fonti primarie di legge, trattandosi della violazione di un precetto vincolante già descritto dalla norma penale, sia pure attraverso il rinvio, ma solo per i casi diversi dalla presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, ad altre fonti normative extra-penali che prescrivano lo stesso obbligo di astensione.

3. Il tema della discrezionalità amministrativa.

Ora, la sentenza in commento, ponendosi sulla scia della precedente decisione della Cassazione sopra ricordata, affronta più dettagliatamente il profilo del controllo penale sulla discrezionalità amministrativa.

Più precisamente, la Sesta sezione della Corte rileva come sia lineare, nell'intento legislativo, la «limitazione

di responsabilità penale del pubblico funzionario qualora le regole comportamentali gli consentano di agire in un contesto di discrezionalità amministrativa, anche tecnica». Ma purché ciò avvenga quale scelta di merito dell'interesse primario pubblico da perseguire in concreto. Invece – e qui la precisazione della Cassazione appare rilevante – residuerebbe la configurabilità del delitto di abuso di ufficio, pur dopo la riforma del 2020, nel caso in cui l'esercizio del potere discrezionale «non trasmodi tuttavia in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici – c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità – laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito».

Questo sembra essere il punto centrale e più rilevante della decisione della Cassazione. Se la magistratura – ci si perdoni il gioco di parole, peraltro intenzionale – riterrà di fare largo uso del proprio criterio discrezionale per valutare ampiamente e negativamente l'uso discrezionale del potere da parte della pubblica amministrazione, la portata innovativa della nuova normativa sarà fortemente limitata.

4. Il tentativo di ridurre gli effetti innovativi della riforma del 2020.

Del resto, in dottrina, si è già palesato un tentativo di ridurre gli effetti della modifica normativa del 2020. In particolare, si è affermato che occorrerebbe essere particolarmente cauti nell'accertare che sia intervenuta, nel caso di specie, una effettiva *abolitio criminis*, effettuando tre diverse verifiche [5].

In particolare, si è notato come occorrerebbe innanzitutto accertare la riconducibilità del fatto concreto, oggetto del giudizio, alla nuova e più circoscritta ipotesi di abuso d'ufficio penalmente rilevante. E qui, in effetti, se così risultasse, non si sarebbe verificata una *abolitio criminis*, poiché il fatto, prima punibile, continuerebbe ad esserlo alla luce della più ristretta formulazione della disposizione, con “persistenza dell'illecito” [6].

La seconda verifica sarebbe legata alla eventuale possibilità di far rientrare il fatto nella omessa astensione, condotta come sopra chiarito non “toccata” dalla riforma del 2020. Ovviamente, il problema non si pone se in origine era stata contestata la omessa astensione, ma solo ove fosse stata contestata la violazione di norme di regolamento, ovvero di norme di legge prive dei caratteri della specificità e dell'assenza di discrezionalità. Ebbene, in tal caso, ad avviso di chi scrive, una “ricomposizione” della originaria contestazione sembrerebbe violare il principio di irretroattività *in malam partem*, facendo sostanzialmente finire nel nulla la riforma (con una nozione di omessa astensione capace di “inghiottire” ogni condotta).

Infine, la terza verifica sarebbe connessa alla eventuale rilevanza penale del fatto, prima contestato quale abuso di ufficio, alla luce di una diversa, ma coesistente, norma incriminatrice. Naturalmente, il problema

non si pone riguardo a fattispecie più gravi di quella desumibile dall'art. 323 c.p., essendo in questo articolo presente la clausola di consunzione (e non di sussidiarietà) "salvo che il fatto non costituisca un più grave reato": dunque, sarebbero già state applicabili le fattispecie più gravi, quali ad esempio peculato o corruzione, con esclusione del problema qui affrontato. La questione si presenta, invece, nel caso rilevi un reato meno grave, come l'omissione di atti d'ufficio, disciplinato dall'art. 328 c.p. Ovviamente, a mio avviso, solo nei limiti nei quali fosse rilevante la condotta del soggetto attivo ex art. 328 c.p. nel momento nel quale venne commessa; senza modificare, cioè, il fatto storico per poterlo fare rientrare "a forza" nella diversa fattispecie incriminatrice che si vorrebbe applicare.

Alla luce di quanto sin qui registrato, forse non era del tutto infondata l'osservazione secondo la quale, piuttosto che lavorare di cesello sul testo dell'art. 323 c.p., sarebbe stato probabilmente preferibile immaginare una abrogazione secca dell'art. 323 c.p., non mancando – nel ricco panorama dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione – altre norme incriminatrici, più specifiche e severe, che avrebbero potuto punire singole condotte [7].

Ma al legislatore dei tempi attuali, che pure è stato innovativamente coraggioso, non si può forse chiedere di essere quasi eroico, in tempi di populismo penale e di mode forcaiole. Ed allora, accontentiamoci della imperfetta riforma, invece di provare a soffocarla nella culla.

[1] Per una valutazione complessiva delle riforme intervenute in materia, e soprattutto di quella del 2020, sia consentito il rinvio a B. Romano (a cura di), *Il "nuovo" abuso di ufficio*, Pacini Giuridica, Pisa, 2021.

[2] Sul punto, da ultimo, anche per i riferimenti a quanto esposto nel testo, cfr. il volume *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di B. Romano e A. Marandola, Utet giuridica, Milano, 2020.

[3] Sulle ragioni e sugli effetti della riforma rinvio, per la mia opinione, a quanto avevo esposto qualche mese addietro: B. Romano, *La continua riforma dell'abuso di ufficio e l'immobilismo della pubblica amministrazione*, ne *Il Penalista*, Focus del 28 luglio 2020. Ma la letteratura in materia è già molto ricca: 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 *Sistema penale*, 29 luglio 2020; 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 luglio 2020; Id., *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, in *Sistema penale*, 2 dicembre 2020; M. Naddeo, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in *questa Rivista*, 10 agosto 2020; A. Natalini, *Nuovo abuso d'ufficio, il rischio è un'incriminazione "fantasma"*, in *Guida dir.*, 2020, 42, 76 s.; A. Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto*

ma non insolubile, in *Sistema penale*, 20 novembre 2020; T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza penale web*, 2020, n. 7-8, 1 ss.; A. Perin, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in *Legisl. pen.*, 23 agosto 2020; N. Pisani, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 9 ss.; V. Valentini, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, in *DisCrimen*, 14 settembre 2020; Id., *La difesa dall'abuso d'ufficio. Ancora un ritaglio selettivo ex lege 120/2020*, in *DisCrimen*, 2 gennaio 2021.

[4] Cass. pen, Sez. feriale, 25 agosto 2020 (dep. 17 novembre 2020), n. 32174, ne *Il Penalista*, 11 dicembre 2020, con osservazioni di B. Romano, *La prima pronuncia della Cassazione sul "nuovo" abuso di ufficio e l'abolitio criminis parziale*.

[5] Per tali rilievi, G.L. Gatta, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, cit.

[6] In generale, B. Romano, *Diritto penale, pt. g.*, 4^a ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, 143 ss.

[7] B. Romano, *La continua riforma dell'abuso di ufficio e l'immobilismo della pubblica amministrazione*, cit.