

Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio.

di **Tullio Padovani**

Sommario. **1.** Il decreto «semplificazioni» e l'ennesima riforma dell'art. 323 c.p.: introduzione. – **2.** L'abuso d'ufficio nella versione del codice Rocco. – **3.** La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. nel 1990. La riformulazione dell'art. 323 c.p. nel 1997. – **4.** Le vicende ermeneutiche del nuovo testo dell'abuso d'ufficio. Il recupero della forma originaria. – **5.** Analisi della variante interpolata dal d.l. 76/2020: un esempio di assurdità legislativa. – **6.** L'ircocervo normativo. – **7.** L'eterogenesi dei fini: il ritorno del peculato per distrazione e dell'interesse privato in atti d'ufficio. – **8.** I nodi al pettine. Conclusioni.

1. Il decreto «semplificazioni» e l'ennesima riforma dell'art. 323 c.p.: introduzione.

Il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, intestato alle «semplificazioni», modifica, all'art. 23, la fattispecie dell'art. 323, comma 1° c.p., già integralmente riformulata dall'art. 1, l. 16 luglio 1997, n. 234: un ennesimo intervento «riformatore» seguito a quello, di più ampio respiro sistematico, compiuto con la l. 26 aprile 1990, n. 86, e condotto – ancora una volta, vien fatto di dire – all'insegna del principio di tassatività e di determinatezza; che sinora, evidentemente, e nonostante gli sforzi profusi, il legislatore non sarebbe stato in grado di assicurare. Il proposito perseguito è di liberare amministratori e politici dalle ambascie che ogni scelta discrezionale, compiuta nell'esercizio del potere corrispondente all'esercizio delle loro funzioni, provocherebbe loro, in quanto connessa alla minacciosa prospettiva di un'indagine penale e di una successiva incriminazione. L'*incipit* di un ipotetico *cahier de doléances* redatto dai pubblici agenti perplessi e tremebondi sonerebbe a un dipresso in questi termini: uno spettro s'aggira per gli enti e per gli organi della Repubblica; lo spettro dell'abuso d'ufficio.

Il timore che turba i sonni e agita le menti – va pur riconosciuto – non è privo di fondamento. Del resto, la riformulazione introdotta con la l. 234/1997, a distanza di soli sette anni da una vasta e articolata riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. (tra cui, non ultimo, anche l'art. 323), prese avvio dal 'grido di dolore' lanciato dall'ANCI, che lamentava l'incontrollabilità del rischio penale sotteso alla dimensione tipica e alla latitudine applicativa del nuovo abuso d'ufficio. Il Ministro della giustizia nominò, nel 1996, una commissione di studio presieduta da Giuseppe Morbidelli, che, dopo un



intenso lavoro, propose lo «spacchettamento» dell'onnivora fattispecie di abuso in tre distinte ipotesi criminose: prevaricazione; favoritismo affaristico; sfruttamento privato dell'ufficio, definite in termini tipici consentanei al contenuto offensivo in ciascuna identificato¹. La proposta non ebbe tuttavia alcun seguito, e fu viceversa introdotto - piuttosto in fretta e per ragioni affidate all'oracolo (*infra*, 2) - il testo vigente sino al d.l. 76/2020.

L'insofferenza verso le maglie lasche dell'art. 323 è dunque risalente, e poggia, indubitabilmente, su di uno iato vistoso tra la legalità «offerta» dalla norma quale selettore dell'iniziativa di indagine, e la legalità «raggiunta» all'esito del procedimento, quando sulla base della norma si definiscono i limiti concreti di rilevanza di questa o quella condotta contestata. Basta considerare il numero dei procedimenti avviati per abuso d'ufficio e quelli conclusi con una condanna, per rilevare tra i numeri un divario apparentemente paradossale: da uno a cento, all'incirca². La prescrizione può certamente giocare la sua parte, come è stato rilevato, ma non può, da sola, dar ragione di una tale asimmetria, le cui radici affondano piuttosto nella straordinaria facilità con cui può essere avviata un'indagine per abuso d'ufficio³: un atto investito dal sospetto, più o meno qualificato, di una finalità privata, autorizza (o, come talvolta dicono compuntamente i pubblici ministeri, «impone») lo svolgimento di indagini; che si snodano, va da sé, rispettando i tempi della giustizia, notoriamente biblici, nel mentre però gli effetti esiziali delle indagini in corso determinano la punizione effettiva del presunto reo, «senza legge, senza verità, senza colpa», come icasticamente recita il sottotitolo del «*Diritto penale totale*» di Filippo Sgubbi⁴.

Fermo restando dunque che questo genere di preoccupazioni sono, in linea di principio, tutt'altro che peregrine, la domanda che sorge prepotente è come mai il problema si ripresenti periodicamente, periodicamente venga affrontato con la pretesa di risolverlo, e di poi lo si ritrovi di bel nuovo come una pietra d'inciampo resistente ad ogni livella. Per comprendere le ragioni per cui ci ritroviamo (apparentemente immemori) sempre allo stesso punto di partenza, occorre uno sguardo retrospettivo: per stabilire di che pasta siamo fatti, dobbiamo in qualche modo recuperare le origini.

¹ Per un riscontro v. POZZI, *Piace la riforma dell'abuso di ufficio*, in *Italia Oggi* 18.6.1996, n. 148, p. 27.

² Per questi dati v. 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*, scheda 17 luglio 2020, p. 5; ANTONUCCI, *Semplificare l'abuso d'ufficio. "Bene il governo, ma la discrezionalità è sempre dei pm" Parla Manes*, in *Il Foglio* 16 luglio 2020.

³ Cfr. GATTA, *op. loc. cit.*

⁴ Cfr. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna 2019



2. L'abuso d'ufficio nella versione del codice Rocco.

L'art. 323 riprende, nel codice Rocco, una vetusta tradizione normativa risalente alla Leopoldina del 1786⁵. Collocandosi, per così dire, all'estrema periferia dei delitti contro la pubblica amministrazione, esso esprime all'origine una tutela sussidiaria nella sua forma estrema, imposta dalla clausola di riserva assolutamente indeterminata: l'art. 323 c.p. nel testo del 1930 poteva essere applicato soltanto in difetto di una qualsiasi altra norma incriminatrice, anche se meno gravemente sanzionata.

La struttura del fatto tipico era semplice, ma al tempo stesso estremamente comprensiva: la commissione, con abuso dei poteri inerenti alle funzioni di pubblico ufficiale, di «qualsiasi fatto» allo scopo di «recare ad altri un danno» o di «procurargli un vantaggio»: tutela anticipata e generica, dolo specifico, qualificazione di illiceità interamente dipendente dalla natura abusiva della condotta costituivano i capisaldi attorno a cui rotava la fattispecie, sanzionata peraltro con pena assai modesta, proprio perché destinata ad una fortuna applicativa di basso livello.

In effetti, essa si trovava rinserrata fra due giganti normativi che la facevano, per così dire, da padrone nell'esercizio del controllo di legalità sull'attività amministrativa. Si trattava, da un lato, del peculato per distrazione (art. 314 c.p.) e, dall'altro, dell'interesse privato in atti d'ufficio (art. 324 c.p.): due contrafforti poderosi dai quali si potevano lanciare sguardi intensi e penetranti sull'attività della pubblica amministrazione; sin troppo penetranti, in non pochi casi.

Sotto le bandiere del peculato per distrazione si denunciavano incursioni giudiziali anche su aspetti della potestà amministrativa concernenti la selezione degli interessi pubblici da realizzare, postulando vincoli incompatibili con la discrezionalità propria della funzione. Quanto all'interesse privato in atti d'ufficio, si trattava di una figura proteiforme, dalla tipicità pressoché 'inafferrabile', dipendente da una formulazione (il «prendere un interesse privato in un atto d'ufficio» da parte del pubblico ufficiale) intrinsecamente destinata a suscitare pesanti ambiguità interpretative. La condotta così delineata consentiva infatti di ritenere rilevanti anche una presa di interesse in un atto legittimo della pubblica amministrazione. In seguito, si tenterà di precisare, tuttavia, che, per integrare il fatto, occorreva uno 'sfruttamento prevaricatore' idoneo a caratterizzare il disvalore della condotta. Dal canto suo, anche il peculato per distrazione fu

⁵ L'art. LXIV della *Riforma della legislazione criminale toscana* (in BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Torino 1973, p. 281) puniva il fatto di un agente pubblico «*trascendendo i limiti o altrimenti abusando del pubblico ministero, ufficio o impiego per fare a chichessia qualsivoglia specie d'ingiustizia e di torto, e massimamente a vedove, pupilli ed altre miserabili persone, come ancora per favorire un reo conosciuto*».

investito da un processo di ridimensionamento ermeneutico, esigendo che la diversa finalità cui il danaro pubblico veniva destinato in luogo di quella stabilita fosse di natura strettamente privata. Ma questi atteggiamenti ermeneutici, manifestatisi intorno agli anni Ottanta del secolo scorso, non valsero a modificare il destino delle due fattispecie incriminatrici, ormai colpite da interdetto: la riforma del 1990 le seppellirà⁶.

Fin tanto che i due giganti, peculato per distrazione e interesse privato, furono vigenti, l'abuso «innominato» d'ufficio vide quindi la propria sfera applicativa confinata in un ambito marginale: minute prevaricazioni per un verso, favoritismi indebiti, per l'altro, costituivano la materia che usualmente rifluiva nella fattispecie tipica. Non mancarono, tuttavia, in taluni casi, lanci da protagonista anche per questa figura criminosa 'ancillare'. Nel 1965 il celebre «scandalo delle banane» (una vicenda connessa al rilascio delle concessioni per il lucroso commercio di questi frutti) vide come protagonista proprio l'art. 323 c.p., contestato addirittura ad un ex ministro. La difesa per il diniego dell'autorizzazione a procedere fu sostenuta dal grande Giuseppe Bettiol, che contro l'art. 323 c.p. svolse una severa requisitoria additandolo come un relitto borbonico incompatibile con il principio di legalità⁷. Per verità, l'abuso innominato vantava umili ma tenaci predecessori lungo tutto l'arco della legislazione penale italiana, preunitaria e unitaria, e, per quanto formulato in termini non precisamente determinati, avrebbe, di lì a poco, superato anche il vaglio di legittimità costituzionale. La Corte costituzionale ritenne, infatti, che il concetto di abuso dei poteri inerenti le funzioni pubbliche fosse sufficientemente definito, essenzialmente perché basato sull'identificazione di un vizio di legittimità dell'atto compiuto dal pubblico ufficiale e su una finalità privata idonea a caratterizzare la direzione illecita del potere⁸.

La sentenza della Corte costituzionale identificava quindi la tipicità dell'abuso nel compimento di un atto amministrativo illegittimo, viziato cioè da violazione di legge, incompetenza o eccesso di potere: una prospettiva seguita peraltro da molta parte della dottrina e della giurisprudenza dell'epoca, che si sforzavano di tracciare un confine definito tra giurisdizione penale e attività amministrativa, seguendo la traccia segnata dall'art. 5, l. 20

⁶ In argomento v. per tutti, DI VETTA, *L'abuso d'ufficio: cronaca di un «ritorno»*, in *Criminalia* 2016, p. 457 s.

⁷ Cfr. BETTIOL, *Intervento*, in *Camera dei Deputati – Senato della Repubblica*, IV legislatura, VI seduta comune dal 16 al 20 luglio 1965, Roma 1966, p. 209 s.

⁸ Cfr. Corte cost. 19 febbraio 1965, n. 7, in *Giur. Cost.* 1965, p. 50 (con nota di GRASSO P. G., *ibidem*, p. 496 s. e di BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in *Riv. it.* 1966, p. 985 s.)

marzo 1865, n. 2248 ⁹. In questo senso, la cognizione del giudice penale rispetto all'atto amministrativo veniva concepita in termini incidentali e circoscritta ad una sorta di 'disapplicazione' dell'atto riscontrato illegittimo. Oltre le barriere del sindacato incidentale si stendeva l'insondabile latitudine del merito amministrativo.

In realtà, l'art. 5, l. 2243/1865 nulla aveva a che vedere con l'accertamento di un abuso di potere funzionale. La presenza di un atto illegittimo poteva certo costituire il sintomo di un'attività penalmente rilevante, ma non ne condizionava, e, soprattutto, non ne limitava, il riscontro ¹⁰. La giurisprudenza si assestò in effetti sulla massima (ricorrente e consolidata nell'ultima stagione di vigenza dell'art. 323 c.p. nella versione originaria), secondo cui l'abuso di potere sussiste allorché il pubblico ufficiale, pur agendo nelle condizioni formali previste dalla legge per l'esercizio del suo potere, ordina e compie un fatto per uno scopo diverso da quello per cui il potere gli è affidato ¹¹. Una massima - destinata, come si vedrà, a persistere - che identifica l'abuso nella distorsione funzionale del potere, la cui presenza esclude un 'merito' amministrativo, quali che siano le «condizioni formali» in cui il potere viene esercitato.

3. La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. nel 1990. La riformulazione dell'art. 323 c.p. nel 1997.

La riforma del 1990 (l. 89/1990) rivoluzionò l'assetto originario, coinvolgendo la fattispecie dell'art. 323 c.p. non propriamente come causa o come scopo dell'intervento legislativo, quanto piuttosto per gli effetti di ripercussione che su di essa si determinarono in conseguenza delle modifiche apportate, da un lato, alla fattispecie di peculato, da cui fu espunta la forma per distrazione e dell'abrogazione, dall'altro, dell'interesse privato in atti d'ufficio. L'art. 323 venne riformulato essenzialmente allo scopo di poter fungere da «legatario» di una parte delle condotte originariamente sussumibili all'art. 314 e nell'art. 324 c.p., assicurando (almeno secondo le intenzioni) un filtro selettivo più adeguato a definire la loro offensività. Si stabiliva che l'abuso di ufficio (esteso anche agli incaricati di un pubblico servizio) dovesse essere finalizzato ad un vantaggio, proprio od altrui, «ingiusto», o a un danno altrui del pari «ingiusto», prevedendo un titolo di maggiore responsabilità qualora il vantaggio fosse «patrimoniale». La previsione della «doppia illiceità» avrebbe

⁹ È questa l'opinione della stessa *Relazione ministeriale sul progetto di codice penale*, II, Roma 1930, p. 132 s. In dottrina v., per tutti, GRISPIGNI, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Roma 1953, p. 175.

¹⁰ Sul punto sia consentito rinviare a PADOVANI, *L'abuso d'ufficio*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, I, Milano 1991, p. 595 s. e bibliografia ivi cit.

¹¹ Cfr., ad es., Cass. VI. 9 novembre 1977, in *Giust. Pen.* 1978, II, c. 324; Cass. VI, 19 gennaio 1976, in *Cass. Pen.* 1977, p. 1090.

dovuto assicurare una ancor più congrua delimitazione del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa, che, per quanto illegittima, non poteva assumere connotati di illiceità penale se l'evento perseguito non fosse stato di per sé contrario a diritto ¹².

La prospettiva era intrinsecamente illusoria. In linea di principio, il giudice penale non sindacava affatto un'attività amministrativa; valuta se sussista una condotta criminosa secondo i requisiti tipici stabiliti da una norma incriminatrice; e, se essa sussiste, di "merito" amministrativo non è neppure il caso di parlare. Merito amministrativo e 'merito' criminoso sono presenze alternativamente incompatibili nello stesso spazio giuridico: dove c'è l'uno, non può esserci l'altro, e viceversa.

Se questo è vero secondo i principi, è altrettanto vero, però, che il nitore del loro enunciato postula una 'sincronia' atemporale ignota alla realtà, che si esprime invece in una dimensione diacronica in cui il merito amministrativo è posto in discussione proprio per accertarne la sussistenza. Per consentire la soluzione dell'alternativa problematica occorre dar corso ad indagini, effettuare perquisizioni, sequestri, interrogatori, con tutto quel che ciò implica e trae seco. La forbice tra la legalità offerta dalla norma (e praticata dal pubblico ministero sulla base di una notizia di reato) e quella raggiunta all'esito di un faticoso e tormentato *iter* processuale (lungo il quale si contano i feriti e i caduti) può risultare, - come si è già osservato - assai ampia, temibilmente ampia per ogni amministratore inquisito.

La formulazione dell'art. 323 c.p. secondo la l. 86/1990 suscitò quindi - come si è già accennato (*retro*, 1) - viva perplessità, anche se talora si confondeva il dito con la luna: la lentezza dei processi non dipendeva certo dal testo della norma. Parve comunque che la portata selettiva del testo elaborato nel 1990 fosse insufficiente ad assicurare un pronto vaglio di rilevanza penale, inducendo, per verificare abuso e vantaggio, ad accertamenti non solo lunghi, ma precari: l'abuso di ufficio sembrava, una volta ancora, non sufficientemente determinato. L'antica accusa già rivolta (invano) alla fattispecie originaria si riproponeva per la nuova, fresca di conio.

Avviato un percorso di riforma (*retro*, 1), spuntò poi, ad opera della l. 234/1997, una riformulazione che rappresenta il testo sino a ieri vigente. Per verità, l'estemporanea sollecitudine fu attribuita (maliziosamente) alle vicende processuali di un insigne personaggio, che, con il nuovo testo, beneficiò in effetti di un proscioglimento che, con ogni probabilità, sarebbe stato assai problematico in base alla formulazione precedente.

¹² In proposito, v., per tutti: DI VETTA, *op. cit.*, p. 473 s.

4. Le vicende ermeneutiche del nuovo testo dell'abuso d'ufficio. Il recupero della forma originaria.

Il volto dell'art. 323, rimodellato dalla l. 234/1997, risulta caratterizzato dalla necessaria violazione di legge o di regolamento (o, in alternativa dall'inosservanza di un obbligo di astensione) e dalla illiceità 'intrinseca' del danno o del vantaggio patrimoniale (quello non patrimoniale perde rilevanza); presenta così due filtri selettivi di particolare rigidità. L'intento è percepito ed attuato nelle prime applicazioni giurisprudenziali: per ritenere integrata la fattispecie occorre che la norma vieti o prescriva puntualmente il comportamento del pubblico ufficiale, e che, per giunta, non risulti semplicemente strumentale alla regolarità del servizio o sia genericamente diretta ad assicurare imparzialità, efficienza e buon andamento dall'amministrazione¹³. In pratica, l'abuso postula una norma imperativa (di natura legislativa o regolamentare) diretta al pubblico agente e riferita specificamente al tipo di attività svolta in concreto. Dal punto di vista della razionalità legislativa l'intento perseguito era però ispirato ad una sorta di follia. Si compiva, in effetti, una selezione 'inversa': colpendo attività tanto vincolate da rendere *ictu oculi* evidente l'illegittimità, si calava una cortina impenetrabile proprio sulle distorsioni funzionali più gravi, compiute nell'ambito dell'attività discrezionale più ampiamente intesa.

L'evidente asimmetria logica della nuova formulazione ha finito con il determinare una vera e propria «riconversione ermeneutica» sfociata in una sostanziale «riscrittura» del testo legislativo, il cui ambito viene, alla fine, ricondotto alle origini. Il percorso si sviluppa in molte tappe, e non è evidentemente possibile analizzarle, o anche solo segnalarle, tutte; basterà indicare le più significative.

All'area della violazione di legge vengono «recuperate» le norme di carattere procedimentale (relative a pareri, o ad attività istruttorie), qualora esse siano destinate ad incidere sulla decisione (e quando mai potrebbero non incidere?)¹⁴. Anche le norme di principio riassumono la loro rilevanza: in particolare, l'art. 97, comma 1° Cost. viene identificato quale cardine di un dovere di imparzialità onnicomprensivo la cui violazione è sufficiente a qualificare la condotta come abusiva¹⁵. Le norme anche solo di «indiretta» rilevanza legislativa risultano, dal canto loro, idonee ad integrare il requisito della violazione di legge: così, ad es., per l'inosservanza delle prescrizioni del piano regolatore, dato che la legge vieta il rilascio di concessioni illegittime, e tali sono, senza dubbio, quelle in contrasto con lo strumento urbanistico.

Si assiste, infine, al recupero degli atti viziati da eccesso di potere nella forma dello sviamento, cioè quando il comportamento dell'agente, pur

¹³ Cfr. Cass. II, 4 dicembre 1997, in *Foro it.* 1998, II, c. 258 s.

¹⁴ Cfr. Cass. VI, 18 novembre 1997, in *Riv. pen.* 1998, p. 515 s.

¹⁵ Cfr. Cass. VI, 12 febbraio 2008, CED 239892.

formalmente corrispondente alla norma che regola l'esercizio dei suoi poteri, sia tenuto in assenza delle ragioni che lo legittimerebbero. L'approdo cui si giunge è la definizione tradizionale dell'abuso di potere, quale è stata storicamente ritenuta e praticata.

Il cerchio si chiude con la sentenza delle SS.UU del 2011¹⁶ che, affrontando la definizione del requisito della violazione di legge, la assume «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». Si tratta di una massima che potrebbe essere stata scritta (come fu in effetti scritta) sessanta o settant'anni fa.

L'interpretazione 'finale' dell'art. 323 c.p. ha dunque finito col frustrare, sul versante della condotta, le intenzioni legislative, che procedevano in tutt'altra direzione. Il rilievo è formalmente corretto; ma non meno corretto è il rilievo che le intenzioni legislative, piuttosto che delineare una *mens legis* su cui edificare un'ermeneutica razionale, si abbandonavano (come spesso purtroppo accade) ad una vera e propria *amentia legis*, da cui ogni interprete finisce – piaccia o non piaccia – col rifuggire. In tempo di «formante giudiziario», che plasma la legalità, è illusorio pensare ancora che la legge possa *equiparare quadrata rotundis* o fare *de albo nigrum*: anzi, più pretende di farlo, più ottiene l'effetto contrario

5. Analisi della variante interpolata dal d.l. 76/2020: un esempio di assurdità legislativa.

Inesausto, il legislatore ribatte tuttavia lo stesso chiodo impiantato nel 1997 e, dichiarando l'intento di meglio precisare e definire il contenuto della fattispecie¹⁷, la snatura e la trasforma – come si vedrà – in un irrocervo dalle fattezze mostruose.

Ancorando la condotta tipica alla 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», si è inteso proclamare con irta tassatività che 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» in alcuno dei momenti qualificanti il comportamento definito dalla legge e dall'atto ad essa equiparato. Un tempo una tale identificazione si sarebbe risolta in un reato legislativamente 'impossibile': in presenza di una clausola di riserva assolutamente

¹⁶ Cfr. Cass. Sez. Un. 29 settembre 2011, n. 155, in *Cass. Pen.* 2012, p. 2140 s. 258 s.

¹⁷ Sul punto, v. GATTA, *op. cit.*, p. 3.

indeterminata (qual era prevista dall'art. 323 nel testo originario), infatti, l'inosservanza di un dovere vincolato costituiva necessariamente un diverso reato: l'omissione d'atti d'ufficio in caso di condotta omissiva, il falso conseguente al compimento di un atto in difetto dei presupposti necessari (ad es. l'iscrizione ad un albo), o un diverso abuso di autorità specificamente previsto (ad es. l'arresto illegale).

Oggi, in presenza di una clausola di riserva solo relativamente indeterminata, non si può – in linea di principio – escludere che la fattispecie tipica dell'art. 323 c.p. si prospetti anche in forma puramente omissiva (ad es. astenendosi dal procedere ad una iscrizione, di cui sussistono tutti i presupposti necessari, allo scopo di recare danno all'interessato). L'art. 328 c.p. non è infatti più legittimato ad 'accogliere' violazioni omissive (pur realizzata in forma di rifiuto) che siano rilevanti a norma dell'art. 323, in quanto la pena comminata risulta inferiore rispetto a quella dell'abuso. Ma certo, non potrà trattarsi che di ipotesi men che marginali, destinate a sollecitare l'acribia dei giureconsulti, ma non l'impegno della giurisprudenza: un po' com'era la prospettazione di una fattispecie di furto «semplice», immune dal nugolo di circostanze speciali e comune che assediano la fattispecie dell'art. 624 c.p., oggetto di amabile disfida tra i giovani penalisti d'antan.

In realtà, i casi in cui la legge determina il se, il cosa e il come di una condotta imposta ad un agente pubblico sono non solo rari, ma attinenti ad una sfera minuta dell'attività amministrativa: quella di mera esecuzione. Così rilevava meno di un secolo fa Massimo Severo Giannini, e non sembrano esservi ragioni per ritenere che il rilievo possa aver perso valore¹⁸. In pratica, dunque, 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 lesivo.

L'idea di erigere una cinta immunitaria intorno alla discrezionalità amministrativa rappresenta, di per sé, una flagrante violazione del principio di uguaglianza. Si tratta, né più né meno, di attribuire all'agente pubblico un potere dispositivo assoluto sottratto al vaglio giudiziale: il sindaco potrebbe, ad es., proclamare orgogliosamente di avere disposto, discrezionalmente, una certa autorizzazione al solo ed esclusivo scopo di favorire un proprio clan elettorale, con la spavalda sicurezza che il cancello dell'immunità non potrà essere infranto.

In effetti, il requisito inserito nella fattispecie («... dalle quali non residuino margini di discrezionalità») si configura dogmaticamente come un vero e

¹⁸ Cfr. GIANNINI M. S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, p. 207.

proprio elemento negativo del fatto, la cui sussistenza viene in radice meno se tale elemento (il potere discrezionale) ricorre. Sono evidentemente remoti i tempi in cui Vittorio Emanuele Orlando poteva scrivere: “un privato qualsiasi quando uniforma le sue azioni al diritto, anche rispettandolo solo formalmente è giuridicamente incensurabile [...]. Diversamente avviene per la pubblica amministrazione. Un ben ordinato funzionamento di essa non deve limitarsi a rispettare più o meno farisaicamente i principi del diritto, calpestando quelli della convenienza. L’amministrazione dello Stato non deve dare ai cittadini l’esempio tristo di disprezzare i principi della moralità e della giustizia, purché siano mantenuti formalmente i limiti della legge”¹⁹. Ma proprio questo ha inteso in pratica fare il legislatore: equiparare il pubblico agente ad un privato, ponendo in sostanza sullo stesso piano il potere discrezionale attribuito al primo e la facoltà di disposizione riconosciuta al secondo rispetto ad una cosa di cui sia proprietario. L’assimilazione trova significativa ascendenze nel diritto feudale: evidentemente inteso come l’unico in grado di esprimere la dimensione istituzionale della nostra società.

6. L’ircocervo normativo.

Ma non è con questa geremiade che può chiudersi il lamento. La nuova formulazione dell’art. 323, comma 1° investe la modalità alternativa più frequente nella pratica applicativa, quella, per l’appunto, della violazione di norme di legge o di regolamento; ma non tocca l’altra modalità, costituita – com’è noto- dall’inosservanza dell’obbligo di astensione «in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti». Continua quindi a sussistere, invariata, una fattispecie di abuso consistente nel procurare l’evento ingiusto omettendo di astenersi rispetto ad un atto o ad un’attività che, ovviamente, possono essere meramente discrezionali; anzi, *debbono* essere discrezionali, perché, se si trattasse di condotta assolutamente vincolata, l’obbligo risulterebbe privo di senso: sarebbe assurdo che un amministratore dovesse essere tenuto a non rilasciare ad un parente un atto che la legge gli impone di rilasciare a chiunque nelle stesse tassative condizioni, prive, per dirla col linguaggio utilizzato sull’altro versante della fattispecie, di «margini di discrezionalità».

Si prospetta così una ‘curiosa’ configurazione “normativa” che giustifica l’attributo denotativo di «ircocervo». Se ricorre un interesse «proprio» dell’agente pubblico o di un suo congiunto, od un altro caso di astensione, il pubblico ministero varca i cancelli della discrezionalità amministrativa e rovista dove è necessario rovistare; se si tratta invece del compimento di un’attività interamente vincolata, l’agente pubblico, che si prospetti o meno l’interesse proprio o di un suo congiunto, avrà semplicemente adempiuto il

¹⁹ Cfr. ORLANDO V.E., *La giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, III, parte II, Milano 1923², p. 58.

proprio dovere a norma dell'art. 51 comma 1 c.p. Tutta una serie di bizzarre e sconclusionate ipotesi combinatorie si potrebbero prospettare sfruttando il salto della quaglia suggerito dalle due forme alternative di «abuso»; ma non è davvero il caso: la pena che il testo reca è più forte della polemica che suscita.

7. L'eterogenesi dei fini: il ritorno del peculato per distrazione e dell'interesse privato in atti d'ufficio.

Nel dar vita (se di vita si tratta) a questa improbabile creatura, il legislatore nemmeno ha tenuto conto che i morti dovrebbero poter riposare in pace. I defunti della metafora funerea sono ovviamente rappresentati dal peculato per distrazione e dall'interesse privato in atti di ufficio, per i quali il d.l. 76/2020 finirà col rappresentare una sorta di risveglio pasquale: un'eterogenesi dei fini degna dell'ingenuità che l'ha prodotta.

Come si è già rilevato (*retro*, 2), l'art. 323, nella forma dell'abuso per finalità patrimoniali a vantaggio altrui, era destinato a 'sostituire', restringendolo, l'ambito applicativo del peculato per distrazione; la cui espressa previsione veniva contestualmente espunta dall'art. 314 c.p. Per verità, non era mancato chi, autorevolmente, aveva sostenuto che l'eliminazione del peculato per distrazione non poteva, di per sé, incidere sul significato semantico della «appropriazione» che costituiva (e continua a costituire), la condotta tipica del peculato. Come osservò Antonio Pagliaro, «poiché il soggetto che devia la cosa da una finalità a un'altra certo si comporta, per un momento, sulla cosa stessa, come se ne fosse il proprietario, quelle forme di peculato che prima erano considerate peculato per distrazione sono divenute ora peculato per appropriazione»²⁰. In pratica, la portata abrogativa della «distrazione» sarebbe stata circoscritta alle sole ipotesi concernenti l'arbitraria destinazione di un bene pubblico ad una finalità diversa da quella stabilita, ma pur sempre pubblica; la quale non poteva intendersi propriamente come «appropriazione», ma, in precedenza, era stata spesso rigoristicamente riportata nell'alveo dell'incriminazione, sollevando le polemiche da cui era poi scaturita la riforma.

La prassi applicativa, tuttavia, si orientò diversamente, e non senza qualche fondamento, visto che con la riforma soppressiva del peculato per distrazione era stato introdotto un abuso d'ufficio caratterizzato dalla finalità patrimoniale di vantaggio ingiusto a favore di terzi, che sembrava corrispondere puntualmente all'offesa già ricompresa nell'art. 314 c.p. La nuova fattispecie fu così ritenuta erede legittimo di una quota parte dell'ambito applicativo proprio del peculato per distrazione. Ma appare evidente che, una volta venuto meno il collettore dell'art. 323 c.p., si dovrà optare ora per l'ingresso pervio, e cioè quello del peculato, per lo meno ogni

²⁰ Cfr. PAGLIARO, *Principi di diritto penale – Parte speciale*, I, Milano 2000, p. 41.

qual volta sia in bazzica il maneggio discrezionale di denaro o la destinazione pure discrezionale di risorse pubbliche a favore di terzi. Così l'abuso patrimoniale, sfrattato dal *piéd à terre* che il legislatore del 1990 aveva predisposto e la prassi applicativa mantenuto anche dopo la riforma del 1997, farà ritorno, da figliol prodigo, alla magione avita. Gli amministratori ed i politici alle prese con la pecunia pubblica non avranno più i sonni turbati dall'incubo della reclusione da uno a quattro anni minacciata dall'art. 328 c.p., ma da quello della reclusione da quattro a dieci anni, comminata dall'art. 314 e s., con il ricco *cotillon* dell'art. 4 bis ord. penit. in malaugurato caso di condanna.

Ma il negromante legislativo, con i propri esorcismi, riesce ad alitare vita financo in una mummia rinsecchita: quella dell'interesse privato in atti d'ufficio, sepolto dalla riforma del 1990. L'inumazione avvenne allora senza rimpianti: prendere un interesse privato in un atto dell'ufficio era condotta tanto controversa e controvertibile da legittimare esiti applicativi di incontrollabile varietà. Si trattava di assumere il "prendere" come "abbinare" o "congiungere", oppure come "sfruttare" o "prevaricare"; il "privato" come "non pubblico" (con tutte le possibili variazioni sul tema) oppure come "personale" (con deriva verso il "personalizzato" e l'"indirettamente personale"). Fiumi di giurisprudenza e mari di dottrina non consentivano navigazioni tranquille; anche se, da ultimo, e pressoché *in articulo mortis*, l'art. 324 sembrava essere approdato ad un porto almeno relativamente sicuro: quello dell'ingerenza profittatrice a vantaggio proprio dell'agente o di persone a lui direttamente riconducibili. Ma l'assetto assunto dalla navicella era oramai definitivamente compromesso, e si preferì affondarla, sostituendola con l'agile scafo dell'abuso, la cui nozione – si ritenne – aveva assunto una consistenza ermeneutica più saldamente ancorata ad un'offesa tipicamente definita, e perciò stesso più selettiva nell'identificazione delle condotte penalmente rilevanti.

Ma ora l'abuso è oppresso da requisiti che ne determinano il soffocamento applicativo: una tecnica che il legislatore mostra di saper utilizzare con perizia degna di miglior causa, quando si prospettano situazioni politicamente tanto conflittuali da suggerire un'uscita, per così dire, «all'inglese». È il recente caso del delitto di tortura, inflitto da requisiti non già propriamente 'costitutivi', quanto piuttosto paralizzanti; affinché si possa proclamare un adempimento ad obblighi internazionali che è in effetti smentito dal modo stesso con cui esso si esprime.

Ma nel caso dell'abuso il gioco è più complicato, per il fatto che – come si diceva (*retro*, 5) – la fattispecie alternativa, costituita dalla violazione dell'obbligo di astensione, non è mutata né punto né poco, e continua placidamente a investire anche (e soprattutto!) l'esercizio della discrezionalità amministrativa. Allora basta considerare che è pur sempre punito il fatto di procurare i vantaggi o il danno ingiusti «omettendo di astenersi in presenza

di un intervento *proprio*». Quale sarà mai – ci si chiede - questo “interesse proprio”? La nozione è vasta, molto comprensiva, duttile come la plastilina: suscettibile, ad es., di colpire anche il sindaco di cui si prospettava la protervia nel proclamare di aver agito per favorire un proprio clan elettorale (*retro*,5). In pratica, è la ricomparsa, sotto mentite spoglie, dell’interesse privato di funerea memoria.

Ma non è ancora tutto. Persino nell’*hortus conclusus* in cui l’improvvido legislatore ha rinserrato l’abuso per violazione di legge se ne vedranno delle belle. In presenza di un dovere vincolato, la condotta commissiva inosservante si tradurrà facilmente nella redazione di un qualche atto ideologicamente falso, magari di fede privilegiata (circostanza che la giurisprudenza dei tempi nostri tende a non negare ad alcun falso pubblico), con quel che ne segue in punto di responsabilità. Sia consentito in proposito richiamare la preveggenza di una corte toscana del 26 agosto 1854, la quale nonostante la dizione assai lata dell’art. 196 cod. pen. toscano del 1853, che reprimeva ogni violazione dolosa dei propri doveri da parte del pubblico ufficiale, sentenziò che «l’usciera che emette un falso referto di avere eseguito una notificazione [obbligatoria], non è colpevole di violazione dolosa dei suoi doveri d’ufficio, ma di falsità instrumentale»²¹. Ovviamente, oggi l’abuso può concorrere con il falso; niente di nuovo, dunque. Ma il punto non è questo. Si tratta piuttosto di rilevare come l’implicito messaggio contenuto nella modifica legislativa, teso a tranquillizzare «chi fa» dissuadendo dal «non fare», è ingannevole: chi fa come insegna il proverbio, può fallare; e fallare comunque.

8. I nodi al pettine. Conclusioni.

Non è certo pasticciando maldestramente questo o quel brandello di fattispecie che si può seriamente pensare di assicurare agli amministratori ed ai politici la serenità dipendente da un’offerta di legalità compiutamente definita sin dai prodromi dell’indagine, nell’identificazione stessa della notizia di reato. Qualcosa di meglio si potrebbe fare assumendo un orizzonte politico criminale meno asfittico e una consapevolezza sistematica meno opaca; rispolverando, ad es., i risultati raggiunti dalla commissione Morbidelli (*retro*,1 e 3). Ma alla fine i veri nodi da sciogliere stanno, al solito, fuori dal diritto penale, che è chiamato a scioglierli come un *deus ex machina* tanto incongruo quanto fasullo.

Questi nodi sono fondamentalmente due. Per un verso, l’apparato amministrativo versa in una situazione di crisi a tutti nota e ripetutamente segnalata come uno dei problemi cruciali sia sul piano dello sviluppo economico, sia su quello delle garanzie che uno stato di diritto deve

²¹ Cit. in MARINI, *Manuale di giurisprudenza del codice penale vigente nelle provincie toscane*, Pisa 1887, p. 121

assicurare. Non è questo l'autore, né questa la sede per analizzare e approfondire tali tematiche. Il rilievo cruciale, per chi si occupa di diritto penale, è che il sistema dei controlli amministrativi interni si è da tempo affievolito ed è addirittura scomparso. Quella che dovrebbe essere l'ultima Thule del controllo di legalità – e cioè l'intervento del giudice penale – è così divenuto, in realtà, la sua prima (e talvolta unica) istanza. In questo contesto suona stridula la denuncia, ricorrente e reiterata, che addebita agli interventi giudiziari un'arbitraria ingerenza nella discrezionalità amministrativa, per la quale si rivendica una franchigia dal sindacato del giudice. Ma – come si già notato – il merito amministrativo, rispetto ai delitti dei pubblici ufficiali tra la P.A., non è, e non può mai essere una zona franca sottratta al vaglio giurisdizionale

Il giudice penale non può e non deve arrestare l'indagine di fronte a nessuna barriera più o meno artificiosamente frapposta, né circoscriverla entro i limiti della mera legittimità secondo i canoni del diritto amministrativo; è tenuto anzi esattamente al contrario, ad investire cioè con estrema pregnanza ogni singolo aspetto, ogni momento contenutistico, ogni profilo di scelta dell'attività svolta. Ciò vale per qualsiasi fattispecie del Titolo II del Libro II c.p., ma tanto più vale per l'abuso d'ufficio, rispetto al quale proprio di questo si tratta e si discute: se sussista un «merito amministrativo». È evidente infatti che, quando si riscontri la strumentalizzazione del potere d'ufficio a fini di utilità personale, si finisce con l'accertare come un «merito amministrativo», propriamente, non ricorra affatto, e ricorra invece un «merito privato» di consistenza criminosa. In questa prospettiva, l'illegittimità dell'atto, se emerge *a priori*, rappresenta un sintomo dell'abuso, ma non ne esaurisce la sostanza: non è la violazione di legge a determinare l'abuso, ma è piuttosto la distorsione del potere dal suo scopo istituzionale e la sua finalizzazione ad un'utilità privata. Per contro, anche quando l'atto appare, di per sé, legalmente formato ed emanato, l'accertamento che le scelte discrezionali rimesse alla valutazione del p.u. sono state orientate e determinate da un intento di profitto personale, o di favore o di danno per un terzo, finisce col dimostrare che l'atto è il risultato di uno sviamento di potere, penalmente qualificato nella forma dell'abuso: l'indagine penale evidenzia allora necessariamente che l'atto è viziato da un eccesso di potere.

In questa prospettiva non si può dunque negare che la deriva ermeneutica cui il testo dell'art. 323 c.p. è stato sottoposto corrisponda alla logica di sistema e alla natura delle cose che non possono essere cancellate con un tratto di penna. Le norme devono vivere nella realtà, non nei desideri (o nelle pie illusioni) di chi le confeziona, spesso senza criterio né ragione.

D'altro canto, non è men vero che il discorso poc'anzi accennato ha un senso ed una validità pratica ad una precisa condizione: che i parametri di riferimento normativo siano sufficientemente determinati da consentire una separazione effettiva del grano dal loglio, e da impedire perciò che la

valutazione giudiziale si svolga sovrappponendo alla discrezionalità amministrativa semplicemente un diverso modo di intenderla e di apprezzarne l'esercizio. A questo fine non basta peraltro procedere ad una riforma delle fattispecie incriminatrici. Per quanto importante, la loro ristrutturazione non può da sola soddisfare le esigenze di tassatività espresse da questo delicato settore della repressione penale, perché esse si correlano inevitabilmente al sostrato delle disposizioni amministrative che attribuiscono poteri o impongono doveri funzionali. Per stabilire se ricorre un abuso di potere, è necessario definire lo scopo istituzionale per cui il potere stesso è conferito; per accertare l'appropriazione, occorre precisare i limiti del vincolo di destinazione, e così via dicendo. Ciò significa che, per quanto si possa (e si debba) assicurare alla fattispecie incriminatrice un contenuto rigorosamente determinato, la garanzia così attuata resterà fatalmente incompleta, se non si provvederà nel contempo a definire modi, finalità e limiti delle diverse funzioni amministrative in forma meno contorta, confusa e slabbrata di quanto non sia sinora accaduto, lungo la china di un processo di disgregazione, di atomizzazione e di scoordinamento che ha portato il diritto amministrativo a rappresentare in forma paradigmatica la patologia dell'ordinamento giuridico.

La prima, e più efficace difesa dell'amministratore e del politico deve quindi potersi rinvenire nelle norme ch'essi applicano: nitide e precise. Solo a queste condizioni le indagini troveranno un argine naturale e un percorso meno ondivago e pericolante. L'«invadenza» attribuita alle procure scaturisce invero dalla facilità con cui ogni scelta amministrativa di qualche rilievo può essere attaccata, censurata e investita dal sospetto di favoritismo, prevaricazione o indebito profitto. E il fenomeno trova, la propria origine – come si accennava – nel sommo disordine che caratterizza il nostro sistema amministrativo, nel tumultuoso accavallarsi delle competenze, nel viluppo inestricabile delle procedure, nell'aleatorietà degli strumenti normativi, della formidabile carenza di efficaci controlli interni.

In questa palude infetta, il rischio di essere contaminato da una denuncia incombe anche sul più scrupoloso ed onesto degli amministratori pubblici, proprio perché la sua attività si svolge in una dimensione precaria, labile, fumosa, dove ogni scelta, ogni decisione può essere contestata e censurata. In un simile contesto, che svilisce e mortifica gli onesti, prosperano peraltro i malfattori; e per snidarli, il magistrato penale non può che accingersi al compito di percorrere le impervie strade dell'amministrazione ogni qual volta una *notitia criminis* ne prospetti la necessità. Pretendere di arginare e circoscrivere questo intervento ricorrendo a penosi *escamotages* sulla struttura delle fattispecie incriminatrici, è opera destinata a rilevarsi vana, e a tradursi in un rinnovato *Lamento di Federico*: «È la solita storia del pastore.../ Il povero ragazzo voleva raccontarla/ E s'addormì».