

NOTE MINIME SULLA RIFORMATA  
FATTISPECIE DI ABUSO D'UFFICIO

*Bianca Ballini*



1. Con il varo del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76 (in G.U. n. 178 del 16 luglio 2020), recante «*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*» (c.d. “decreto semplificazioni”), il Governo ha novellato la fattispecie di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), restringendo il perimetro dell'elemento di illiceità speciale che vale a segnare la tipicità della condotta materiale del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio.

La riforma ha il manifesto scopo di assicurare ai destinatari del precetto la massima prevedibilità del rischio penale riconnesso all'esercizio delle funzioni o del servizio. Ciò, nel tentativo di scoraggiare il fenomeno della c.d. “amministrazione difensiva”, che, manifestandosi nella tendenza dei pubblici amministratori ad astenersi dal provvedere per il timore di esporsi a possibili addebiti, paralizza la macchina amministrativa, contribuendo nell'attuale momento storico ad ostacolare la più celere ripresa del Paese.

In particolare, qualora il decreto dovesse essere convertito in legge nella sua attuale formulazione, il requisito tipico della violazione «*di norme di legge o di regolamento*» verrà definitivamente soppiantato da quello della 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*» (art. 23 d.l. n. 76/2020).

A ben vedere, il riallineamento della norma al canone di determinatezza, quale obiettivo che fa da sfondo alla riforma, è stato perseguito, da un lato, in negativo, attraverso la soppressione *tout court* del riferimento ai regolamenti, quale fonte (non più) idonea a recare regole di condotta rilevanti nell'ottica della fattispecie; dall'altro, in positivo, tramite la puntuale specificazione del previgente elemento della «*violazione di norme di legge*», ora minuziosamente scomposto nella violazione di: a) specifiche regole di condotta; b) espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge; c) dalle quali non residuino margini di discrezionalità.

È sufficiente mettere a fuoco i singoli segmenti in cui si articola il nuovo contenuto modale della condotta tipica per comprendere come essi facciano da contrappunto non tanto alla previgente formulazione legislativa, quanto piuttosto ai precedenti contorni della fattispecie così come delineati in via pretoria. La novella si pone infatti senz'altro in linea di continuità rispetto all'ultima riforma che si era occupata di modificare il contenuto precettivo della norma (l. n. 234/1990) e va a ridurre così la penale rilevanza dell'abuso d'ufficio rispetto alla fisionomia che esso aveva finito per assumere nella dimensione applicativa.

Di fatto, ne deriverà – e in relazione ai fatti commessi sotto la vigenza del decreto ne è già derivato – un fenomeno di *abolitio criminis*, limitatamente a quei fatti che, pur integrando gli altri elementi della fattispecie non interessati dalla riforma, esulino dal nuovo ristretto ritaglio di condotte, il quale ultimo soltanto continuerà la penale rilevanza della figura criminosa in esame.

2. Con l'eliminazione dei regolamenti dal novero delle fonti richiamate dall'art. 323 c.p., il legislatore ha liberato la fattispecie di un elemento che nell'esperienza applicativa si era rivelato foriero di incertezze ermeneutiche per via, come noto, della non univoca sussumibilità sotto tale figura giuridica di una unitaria e ben definita categoria di atti, tanto da condurre parte della giurisprudenza a qualificare come tali gli strumenti urbanistici generali, con conseguente rilevanza penale del rilascio di concessioni edilizie in difformità alle prescrizioni contenute in questi ultimi<sup>1</sup>. Ciò, sebbene la prima giurisprudenza di legittimità sul punto avesse correttamente rilevato che la norma violata dovesse essere contenuta in «*leggi e regolamenti che di questi atti abbiano i caratteri formali ed il regime giuridico, non essendo sufficiente un qualunque contenuto materialmente normativo della disposizione trasgredita*»<sup>2</sup>.

Nondimeno, la drastica espunzione della fonte regolamentare dal fuoco di tipicità della fattispecie segnala, ad un tempo, una precisa scelta di politica criminale del legislatore della riforma, volta al restringimento dell'area di penalità. Se infatti l'unico intento fosse stato quello di restituire maggior determinatezza alla fattispecie, ben avrebbe potuto il legislatore attingere a criteri certi per la puntuale selezione degli atti di natura regolamentare da elevare a parametro di legalità della condotta

<sup>1</sup> Cfr., per tutte, Cass. pen., sez. III, 3 giugno 2008, n. 22134.

<sup>2</sup> Cass. pen., sez. II, 4 dicembre 1997, n. 877.

del pubblico funzionario (si pensi, ad esempio, ai criteri formali offerti dall'art. 17 l. n. 400/1988 per la qualificazione dei regolamenti di origine governativa).

Nessun elemento di novità reca di per sé la prevista equiparazione alla legge degli "atti aventi forza di legge", trattandosi di fonte già implicitamente ricompresa nella più lata nozione di "legge" contemplata nel testo previgente.

Nondimeno, si potrebbe sostenere, sul piano interpretativo, che la sua specifica menzione a fianco a quella della "legge" valga ora ad intendere quest'ultima, nel contesto della fattispecie in questione, secondo il suo significato tecnico, ossia quello di "legge in senso formale". Tale rilievo consentirebbe allora di ritenere che restino escluse da quest'ultima nozione fonti che, seppur sovraordinate alla legge, non siano tecnicamente qualificabili come tali. La questione è tutt'altro che classificatoria, atteso che, come noto, il prevalente e consolidato orientamento giurisprudenziale ha finora ravvisato una "violazione di norme di legge" anche nella condotta realizzata in contrasto con il principio di imparzialità sancito dall'art. 97 Cost., quale norma che, nella sua dimensione precettiva, imporrebbe al pubblico funzionario di non usare il potere conferitogli dalla legge per compiere favoritismi e procurare ingiusti vantaggi ovvero per realizzare intenzionali vessazioni o discriminazioni<sup>3</sup>.

Peraltro, nel segno di precludere *pro futuro* il perdurare di un siffatto indirizzo interpretativo si colloca altresì la nuova previsione di "specifiche regole di condotta espressamente previste", atteso che solo con notevole sforzo ermeneutico potrà sostenersi d'ora in avanti che l'anzidetta norma costituzionale detti "espressamente" una regola di condotta "specificata".

A chiudere il cerchio delle fonti idonee a recare regole di condotta rilevanti ai sensi dell'art. 323 c.p., si pone poi la nuova previsione secondo cui queste ultime debbano essere "espressamente" previste dalla legge o da atti aventi forza di legge. L'impiego di siffatto avverbio potrebbe infatti valere a neutralizzare quell'orientamento invalente in giurisprudenza secondo cui assumerebbero rilievo anche prescrizioni contenute in atti amministrativi di natura o meno normativa, allorquando questi siano richiamati da leggi o regolamenti, come nel caso, ancora una volta, degli strumenti urbanistici, «*che in forza del richiamo diventano parte integrante della norma citata e partecipano della natura di essa nella formazione della fattispecie dell'art. 323 c.p.*»<sup>4</sup>. Al riguardo, già all'indomani della riforma

---

<sup>3</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 21 febbraio 2019, n. 22871.

<sup>4</sup> Così, *ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 3 dicembre 2002, n. 20475; nello stesso senso, più recentemente, v. Cass. pen., sez. III, 22 febbraio 2018, n. 15166.

operata con l. n. 234/1997, la Corte di Cassazione aveva rilevato che una simile interpretazione avrebbe contrastato con il principio della riserva di legge, e ciò non tanto perché in tal modo verrebbe attribuita rilevanza ad atti addirittura sub-secondari – ipotesi questa di per sé non preclusa, a certe condizioni, dall'anzidetto principio – quanto piuttosto perché nell'art. 323 c.p. «*il legislatore ha definito uno degli elementi costitutivi del reato facendo riferimento alla violazione di norme di legge o di regolamento, non contemplando invece altre fonti di disposizioni*», di talché «*se si aderisse alla interpretazione ipotizzata, la norma di legge (o di regolamento), utilizzata dall'art. 323 c.p. come disposizione di rinvio, finirebbe invece con l'assumere il non previsto ruolo di norma interposta e con lo svolgere funzione di cerniera verso indistinti complessi di prescrizioni subregolamentari*»<sup>5</sup>. A ben vedere, la necessità che la regola sia prevista espressamente da leggi o da atti aventi forza di legge equivale a dire che tali fonti debbano rappresentare l'approdo ultimo del rinvio operato dalla norma incriminatrice, restando preclusa pertanto l'operatività di ogni eventuale rinvio “a cascata”.

3. Se è vero che l'obiettivo ispiratore della riforma è stato quello di restituire maggiore determinatezza alla fattispecie, la nuova formulazione è invero foriera di implicazioni che trascendono la “mera” esigenza di assicurare la certezza in ordine alle condotte vietate dalla norma incriminatrice in questione.

Orbene, il significato della novella, nella parte in cui ha richiesto ai fini dell'integrazione della fattispecie un comportamento inosservante di “specifiche regole di condotta (...) dalle quali non residuino margini di discrezionalità”, non può essere colto nella sua longitudine se non muovendo da una preliminare considerazione circa il ruolo rivestito nell'ordinamento dalla figura criminosa prevista dall'art. 323 c.p.

Infatti, a dispetto della residualità operativa proclamata dalla clausola di consunzione posta in apertura dell'art. 323 c.p., l'abuso d'ufficio è fattispecie tutt'altro che marginale sotto il profilo tanto della produzione teorica e normativa, quanto della frequenza applicativa.

La sua spiccata rilevanza si spiega con ciò, che la perimetrazione dei suoi confini di tipicità è capace di segnare – più di quanto facciano altre fattispecie – la più o meno ampia estensione del sindacato del giudice penale sulla legalità

<sup>5</sup> Così Cass. pen., sez. VI, 2 ottobre 1998, n. 11984.

dell'azione amministrativa. In tal modo, essa finisce per costituire il crocevia tra i rispettivi ambiti di competenza del potere esecutivo e di quello giudiziario, dei quali ultimi è chiamata a fissare il punto di reciproca separazione.

La tipizzazione dell'abuso d'ufficio è dunque operazione quanto mai intrisa di una chiara valenza politica, prima ancora che giuridica. Su questo terreno, l'opzione incriminatrice si trova così stretta tra i due opposti poli ideologici espressi, da un lato, dai fautori di un controllo di legalità a tutto tondo, comprensivo cioè anche degli spazi in cui si esplica l'attività amministrativa a contenuto discrezionale, quale ambito ritenuto maggiormente esposto agli abusi più insidiosi; dall'altro, da chi ritiene invece preminente riservare al potere politico-amministrativo uno spazio d'autonomia scevro dalle incursioni del potere giudiziario, con ciò volendo scongiurare la legittimazione nel nostro ordinamento di una inedita figura di giudice-amministratore<sup>6</sup>. La difficile ricerca di un equilibrio tra queste contrapposte istanze può dirsi essere alla base dei plurimi ritocchi normativi cui la fattispecie è stata sottoposta nell'ultimo trentennio (v. l. n. 86/1990; l. n. 234/1997; l. n. 190/2012; e, da ultimo, il d.l. in commento).

Il dibattito giuridico sui limiti del sindacato di legalità operato dal giudice penale ha trovato un terreno particolarmente fertile a seguito della riforma operata con l. n. 234/1997, la quale mutò radicalmente la fisionomia del tipo, incriminando, tra l'altro, la condotta posta in essere in «*violazione di norme di legge o di regolamento*». Tale formulazione ha infatti prestato il fianco a soluzioni ermeneutiche di segno diametralmente opposto, delle quali è da ultimo prevalsa, nella giurisprudenza, quella favorevole ad estendere il sindacato del giudice penale anche all'abuso d'ufficio per eccesso (*rectius*: sviamento) di potere, quale vizio, quest'ultimo, in cui si concretizza l'uso distorto della discrezionalità amministrativa, allorché, cioè, il potere venga esercitato per un fine diverso da quello istituzionale<sup>7</sup>.

Quale che sia stata la *voluntas legis* sottesa all'anzidetta riforma, quel che è ora certo è che l'attuale legislatore ha voluto inequivocabilmente affrancarsi da tale ultimo indirizzo giurisprudenziale, escludendo senza margini di opinabilità il controllo del giudice penale sulla sfera di discrezionalità riservata alla pubblica amministrazione. Di conseguenza, la norma punirà d'ora in avanti soltanto comportamenti inosservanti di quelle specifiche regole di condotta dettate

---

<sup>6</sup> A. MERLI, *Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio*, consultabile su <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1353058964MERLI%202012a.pdf>.

<sup>7</sup> L'orientamento è stato consacrato da Cass. pen., sez. un., 29 settembre 2011, n. 155.

nell'ambito di procedimenti amministrativi a carattere vincolato. Peraltro, l'ambizione di tassativizzare il contenuto della fattispecie sembra vanificata proprio dal ricorso ad un concetto – quello di “discrezionalità” – dai contorni sfuggenti e dibattuti persino in ambito amministrativo, in cui non si manca neppure di rilevare come essa pervada invero la quasi totalità dell'azione amministrativa, restando invece l'attività puramente vincolata degradata ad una “ipotesi di scuola”<sup>8</sup>.

Vien da chiedersi se il giusto temperamento tra le due esigenze che, come accennato, si contendono il campo in quest'ambito possa scaturire proprio da scelte dell'Esecutivo, pur se manifestate attraverso l'esercizio della competenza legislativa di cui è titolare.

---

<sup>8</sup> S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, VI ed., Milano, 2000, p. 443 ss. Si veda anche l'*obiter dictum* di Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881.