

LA DIFESA DALL'ABUSO D'UFFICIO.
ANCORA UN RITAGLIO SELETTIVO *EX LEGE*
120/2020*



Vico Valentini

SOMMARIO 1. Una norma *die hard*. — 2. Una disposizione potenzialmente innocua. — 3. Una prima conferma della Suprema Corte.

1. Una norma *die hard*

L'ordine delle relazioni che mi hanno preceduto, è evidente, riflette il progressivo avvicinamento ai patti corruttivi; un progressivo avvicinamento, dunque, che è anche una progressione offensiva: una salita verso il picco dis-valoriale, verso i *mala in se* del (sotto-)sistema dei delitti contro la P.A.

Con l'abuso d'ufficio, ci avviamo invece verso l'uscita dal perimetro, ci siamo già lasciati alle spalle la bocca del vulcano; si tratta cioè di una figura meno incandescente, tradizionalmente collocata in prossimità del lecito¹, e quindi marginale, tap-pabuchi, sussidiaria.

Che non vuol dire, però, poco praticata: tutto il contrario, come sempre avviene per le incriminazioni gregarie.

E così, quando non si riesce a dimostrare uno scambio almeno d'intenti, quando va a vuoto la ricerca di tracce di 'utilità', quando non c'è una competenza neppure generica del p.a.², allora si tende a ripiegare sul nostro illecito; la contestazione del

*Testo rivisto e integrato della relazione svolta all'incontro di studi-webinar *Corruzione e dintorni oggi*, co-organizzato e patrocinato dalla Fondazione Forense di Perugia "Giovanni Dean", 15 dicembre 2020.

¹ Intersecava *ex professo* l'area della liceità, anzitutto e soprattutto, il vecchio abuso innominato o generico, che colpiva «qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge»: C. BENUSSI, sub *Art. 323*, in *Codice penale commentato*⁴, II, a cura di E. Dolcini, G.L. Gatta, Milano, 2015, 463 ss. Ben diverse *performances*, invece, avrebbe dovuto assicurare l'abuso post-riforma del '97, esprimendo il tipo un evidente disvalore oggettivo e soggettivo.

² La benché minima possibilità, cioè, di influire in concreto sull'emanazione dell'atto compravenduto: *ex multis* Cass., Sez. I, 27 ottobre 2003, n. 4177, in *CP*, 2005, 449; Cass., Sez. VI, 4 maggio 2006, n. 33453, *ivi*, 2006, 3578.

fatto *ex art.* 323 c.p., insomma, è più spesso che non la contestazione di corruzioni, induzioni indebite o concussioni impossibili da provare, o magari di *quasi* turbative d'asta, ad es. perché il 'turbamento' incide sullo svolgimento di una procedura (anziché sulla fase precedente il bando: fuori gioco il 353-*bis* c.p.) non competitiva (bensì idoneativo-valutativa: fuori gioco pure il 353 c.p.)³.

La metafora geofisica, dunque, riflette una progressione offensiva ma anche accusatoria: l'abuso d'ufficio è il capolinea del percorso accusatorio, è il paracadute della magistratura inquirente e, non raramente, di quella giudicante; è una figura 'di chiusura' nel senso che chiude il sotto-sistema, ne sbarrà l'uscita, impedendo ai funzionari improbi di farla franca.

E come allestire una difesa competente, e quindi anche diligente, da un illecito-muraglia?

Perché il delitto – arrivo dritto al punto – vive da sempre una dissociazione fra disposizione scritta (selettiva, caratterizzata) e norma reale (generica, pigliatutto), nel senso che la giurisprudenza tende a ributtare dentro l'ambito *ex art.* 323 c.p. tutto ciò che il legislatore intende(va) espellere.

L'abbiamo visto tutti, cosa è successo dopo il '97⁴.

La tipizzazione dei parametri che decidevano della ingiustizia della condotta (violazione di norme di legge o di regolamento che, per in più, doveva collocarsi dentro l'attività funzionale del p.a.), ora come allora, voleva espungere dall'area della penalità gli atti viziati da incompetenza, gli eccessi di potere (almeno) intrinseci⁵, e la trasgressione di regole procedimentali, di prescrizioni di fonte secondaria e di norme-principio come quella *ex art.* 97 Cost.

Ma tutte queste sotto-fattispecie sono state via via recuperate alla norma *ex art.* 323 c.p.: vuoi con banali trucchi retorici⁶, vuoi con (più) sofisticate letture te-

³ In questo senso, v. ora GIP Milano, decreto arch. 23 marzo 2020, Fontana, in *www.sistemapenale.it*, 21.5.2020, 1 ss., 22; in tema, cfr. anche M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto*, in *AP web*, 2/2020, 1 ss.

⁴ Eccezioni della prima ora a parte: G. DI VETTA, *L'abuso di ufficio: cronaca di un «ritorno»*, in *Criminalia*, 2017, 399 ss.

⁵ Schermando dal sindacato del giudice penale la cd. riserva di merito; riteniamo invece ragionevole e proporzionata, nell'ottica di una efficace tutela dell'imparzialità amministrativa, la criminalizzazione di strumentalizzazioni sfacciate dei poteri funzionali (cd. eccesso di potere estrinseco): così, di recente e fra gli altri, anche M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi*, in *www.penaledp.it*, 10.8.2020, §§ 3 ss.

⁶ Gli atti/attività viziati da incompetenza realizzano una *violazione della legge* che disciplina la competenza: v. *ex multis* Cass., Sez. VI, 17 giugno 2015, p.m. in proc. Feola, in *Mass. Uff.*, n. 264088.

leologiche⁷, vuoi approfittando del – non così ingeneroso – campo semantico dell'enunciato⁸.

E quando il lessico non si prestava all'operazione di recupero, tagliando espressamente fuori regole sub-legislative e sub-regolamentari, si cambiava campo da gioco, trattando e risolvendo la questione sul piano sistematico: vale a dire, includendo l'elemento tipico «violazione di norme di legge o di regolamento» nella categoria degli elementi normativi giuridici *stricto sensu* intesi⁹.

Tale inquadramento, infatti, degradava fatalmente la normativa rinviata a mero presupposto di fatto dell'incriminazione: quella normativa, cioè, non integrava il tipo, serviva solo a 'operativizzare' il precetto, funzionando da 'parametro esterno' di attribuzione della qualifica espressa dal concetto normativo; e perciò, giocando il ruolo di 'normativa interposta', non doveva necessariamente essere di rango primario.

Lo schema argomentativo è noto, ne conosciamo infinite applicazioni in materia urbanistica, come pure nel settore degli appalti e dei concorsi: la violazione di capitoli d'appalto, piani regolatori o bandi – che tutto sono, meno che leggi o regolamenti – realizza la violazione della legge che ne prescrive l'osservanza.

Non importava più, quindi, che la condotta del funzionario violasse *immediatamente* una norma dotata dei connotati formali e sostanziali delle 'leggi' o dei 'regolamenti'¹⁰: era sufficiente che trasgredisse una regola adottata *in forza della legge*, e di cui la stessa legge *comanda il rispetto*¹¹.

⁷ Ossia cavalcando l'equazione violazione di legge = violazione dello scopo della legge, e, di qui, considerando abusiva la condotta che, pur formalmente rispettosa della normativa di riferimento, ne tradisca lo scopo: emblematicamente, a proposito della rilevanza *ex art. 323 c.p.* dell'eccesso di potere, Cass., Sez. VI, 10 dicembre 2001, Bocchiotti, in *CP*, 2003, 119; sulla stessa linea, del resto, anche Cass., Sez. Un., 29 settembre 2011, Rossi, in *CP*, 2012, 241.

⁸ Diversamente da quanto ritiene 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 *www.sistemapenale.it*, 7/2020, 29.7.2020, 133 ss., 138 ss., il sintagma 'violazione di norme di legge o di regolamento' non brillava per attitudine selettiva, giacché non specificava che la condotta del p.a., per potersi dire 'ingiusta', dovesse violare norme *stringenti, espresse, di condotta e di fonte parlamentare*. Di qui, la possibile inclusione in quel concetto normativo del generico precetto di imparzialità *ex art. 97 Cost.* o, comunque, dell'*implicito* divieto di favoritismi che esso conterrebbe; delle discipline *procedimentali*; e delle regole strumentali alla *mera regolarità*: in tema, volendo, V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC*, in *AP*, 3/2018, 831 ss., 842 ss.

⁹ Sulla figura sistematica, v. per tutti M. ROMANO, *Commentario sistematico al Codice penale*³, I, Milano, 2004, 59 s.

¹⁰ Lemma che può essere esteso fino ad abbracciare, al più, gli statuti comunali, ma non anche la *soft laws* (es. circolari, istruzioni operative), le delibere municipali e le ordinanze sindacali o prefettizie, i codici disciplinari, i contratti collettivi, i d.p.c.m. e gli atti amministrativi generali: sul punto,

Risultato: tutta la disciplina secondaria evocata, direttamente o a catena, dall'elemento normativo «norme di legge o di regolamento» diventava un parametro che decideva della 'ingiustizia' della condotta.

Stando così le cose, si capisce perché la 'variante omissiva' dell'abuso – che però, come dirò a breve, omissiva non è – sia sempre stata una ballerina di terza fila: la declinazione estensiva del sintagma «in violazione di norme di legge o di regolamento» consentiva di riacciuffare tutte le sotto-classi di abusi che la riforma del '97 aveva inteso estromettere.

Poi è vero, certo, che si è sempre trattato di una dilatazione interpretativa alimentata soprattutto dalla magistratura inquirente, posto che le statistiche mostrano un'imbarazzante asimmetria fra denunce e condanne¹²; ma è pure innegabile che la magistratura giudicante ci abbia messo del suo: basta sfogliare un codice annotato per convincersene.

2. Una disposizione potenzialmente innocua

La legge 120/2020 cambia le carte in tavola, ma non la tavola.

Anzi, forse neppure le carte, che paiono semplicemente rimescolate e scambiate di posto.

La modifica, come oramai noto, interviene solo sulla prima delle due condotte abusive (cd. abuso per violazione di legge), lasciando intonsa la seconda (cd. abuso per conflitto di interessi) come pure gli eventi di reato.

Oggi, l'attività del funzionario diventa 'ingiusta' solo se contrasta con «specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge», o da atti aventi forza di legge, «dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

L'intento dichiarato è chiudere una volta per tutte la partita iniziata nel '97, a costo di peccare in eccesso¹³: la 'violazione di leggi o regolamenti' diventa la viola-

anche per i necessari richiami giurisprudenziali, ci permettiamo di rinviare ancora a V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio*, cit., 846 s.

¹¹ Cfr. anche *infra*, § 3.

¹² Cfr. ad es. il campione analizzato da F. COPPOLA, *Abuso d'ufficio: appunti per una possibile riforma dai lavori della Law Commission sulla common law offence of Misconduct in Public Office*, in *AP web*, 2/2020, 1 ss., 15 ss.

¹³ D'indulgenza: così ad es., in un primo commento a caldo, 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 *www.sistemapenale.it*, 17.7.2020.

zione di *specifiche* ed *espresse* regole *comportamentali* (fuori quelle procedurali e quelle strumentali alla mera regolarità, e fuori il precetto *ex art. 97 Cost.*)¹⁴, previste *dalla legge o da atti aventi la stessa forza* (fuori tutto ciò che sta sotto il decreto legge e, forse, tutto ciò che sta sopra la legge parlamentare)¹⁵, le quali non concedono al decisore *alcun margine di manovra* (fuori, infine, tutti gli eccessi di potere, pensabili, appunto, sono in relazione ad attività discrezionali)¹⁶.

Un reato, dunque, astrattamente riferibile solo ad attività totalmente vincolate: che poi, non a caso, sono quelle in cui nessun decisore fedele ha paura di firmare¹⁷; un abuso, insomma, che d'ora in poi significherebbe solo inottemperanza frontale, e non più (anche) uso distorto del potere¹⁸.

Breve: una riduzione concettuale dell'abuso¹⁹ e una fattuale paralisi del reato, che denoterebbero scarsa lungimiranza politico-criminale ed esibirebbero svariati profili d'incostituzionalità²⁰.

Si grida all'eccesso di indulgenza²¹, dicevo, ed è una critica astrattamente ineccepibile.

In concreto, però, non è detto che la riforma finirà per produrre grosse sacche d'impunità: perché le classi di fatti che non possono star più dentro la nuova 'violazione di legge' rischiano di transitare nella condotta alternativa di omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, e 'negli altri casi prescritti'.

¹⁴ Da cui può al più cavarsi un divieto (di favorire) specifico, ma non anche espresso: conf. N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, in *DPPProc*, 1/2021, 9 ss., 17.

¹⁵ L'esplicito accostamento fra la 'legge' e gli 'atti aventi forza di legge', dunque, confermerebbe l'espulsione dell'art. 97 Cost: così B. BALLINI, *Note minime sulla riformata fattispecie di abuso d'ufficio*, in *disCrimen*, 10.8.2020, 1 ss.

¹⁶ Così, recisamente, A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *www.sistemapenale.it*, 20.11.2020, 1 ss., 8.

¹⁷ V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, in *www.discrimen.it*, 14.9.2020, 1 ss.

¹⁸ A.R. CASTALDO, F. COPPOLA, *La riforma dell'abuso d'ufficio nel D.L. "Semplificazioni"*, in *www.quotidianogiuridico.it*, 17.7.2020.

¹⁹ Non arriverei invece a denunciare la paradossale cancellazione del concetto di abuso di poteri funzionali, come invece ritengono, ad es., M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 157 ss., 161 ss.; e M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio*, cit., §§ 3-4: cinquant'anni di casistica in materia di concussione, infatti, mostra come la nozione di abuso funzionale includa anche la rottura di anelastici schemi legali (violazione di legge).

²⁰ G. INSOLERA, *Quod non fecerunt barbarini fecerunt barbari. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76*, in *www.discrimen.it*, 31.7.2020, 1 ss.

²¹ Perché è proprio nelle attività discrezionali, è innegabile, che si annidano le più gravi forme di abusivismo: T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 20.7.2020, 1 ss., 7 ss.

E ciò, ovviamente, per il futuro ma *anche per il passato*, con buona pace degli effetti parzialmente abolitivi che i più collegano al *restyling*²²: nel caso di transito ‘interno’ alla stessa disposizione *ex art. 323 c.p.*, in effetti, neppure ci sarebbe bisogno di appellarsi ad incriminazioni contigue, formalizzate (es. peculato, falso) o sottotraccia (interesse privato)²³, per garantirsi una continuità temporale e quindi punitiva²⁴.

Possibili trasmigrazioni ‘interne’, dunque. Quali? E in quale senso?

Il ragionamento esige una premessa, banale ma decisiva: la figura *ex art. 323 c.p.* colpisce *condotte attive*.

Anzi, mentre l’abuso per violazione di legge è condotta regolarmente attiva²⁵, l’abuso per conflitto di interesse lo è ontologicamente: qui il funzionario pubblico *fa* (disimpegna un’attività o emana un atto, partecipa a una commissione di gara o di concorso, conferisce un incarico di consulenza, vota una mozione, etc.) *quando invece avrebbe dovuto astenersi*.

Omette di astenersi, *ergo* agisce, invece di farsi da parte come avrebbe dovuto.

Ciò precisato, partirei dalla prima sentenza di legittimità post-riforma, che conferma quanto (quasi) tutti avevamo pronosticato: la novella «non esplica alcun effetto con riguardo al segmento di condotta che [...] riguarda [...] 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 [...] ad altre fonti normative extra-penali [...]»²⁶.

I parametri selettivi che connotano la nuova ‘violazione di legge’, dunque, non si estendono alla condotta alternativa di omessa astensione, *essendoci già un doppio precetto concluso e primario*: ‘ti comando di astenerti in presenza di un interesse tuo o di prossimo congiunto’ (precetto e situazione tipica direttamente posti dall’art. 323 c.p.), e ‘ti comando di astenerti negli altri casi prescritti’ (precetto direttamente posto

²² Così ad es., fra gli altri, A. NATALINI, *Abuso d’ufficio: è abolito criminis parziale – Solo violazioni di regole di condotta senza discrezionalità*, in www.diritto24.ilsole24ore.com, 6.8.2020.

²³ T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio*, cit., 9.

²⁴ In questo senso, anche G. L. GATTA, *Riforma dell’abuso d’ufficio: note metodologiche per l’accertamento della parziale abolitio criminis*, *ivi*, 2.12.2020.

²⁵ Potendo in casi marginalissimi realizzarsi in forma omissiva: T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio*, cit., 11 ss.

²⁶ Cass., Sez. Fer., 25 agosto 2020, Deidda, in www.quotidianogiuridico.it, 4.4.2020, 6; per un commento dell’arresto, v. B. ROMANO, *La prima pronuncia della Cassazione sul “nuovo” abuso di ufficio e l’abolitio criminis parziale*, in www.ilpenalista.it, 11.12.2020.

dalla disposizione incriminatrice, ancora, ma 'concretizzato' da regole esterne anche di rango secondario)²⁷.

Un abuso d'ufficio, perciò, continuerà indubbiamente a sussistere qualora il funzionario abbia agito nonostante un obbligo di non fare *puntualmente previsto* da fonti secondarie (es. linee guida ANAC 'vincolanti', siano o meno approvate con d.m.) in relazione a situazioni *puntualmente determinate*.

E qualora un dovere d'inerzia correlato a preconfezionate e *specifiche* tipologie situazionali dovesse mancare?

Continuerà a soccorrere quello con situazione tipica *genericamente* descritta, che scatta, appunto, ogni qualvolta sia apprezzabile un interesse proprio o di un prossimo congiunto: per *ius receptum*, infatti, il 'conflitto di interessi' cui si riferisce la disposizione non dev'essere necessariamente cristallizzato in regole scritte, men che mai di rango primario²⁸.

E tale situazione conflittuale, pure questo è pacifico, non dev'essere necessariamente aggiornata: basta sia potenziale.

Morale: regole di fonte secondaria, *ma pure di fattura giurisprudenziale e 'agenziale'*, che delineano possibili conflitti di interesse, siano o meno *ex professo* abbinata a obblighi d'inerzia, continueranno a interagire col delitto *ex art. 323 c.p.*, implementando-concretizzando la nozione di 'conflitto di interesse' ivi cristallizzata²⁹.

Penso non solo, e non tanto, alle 'cause atipiche' di astensione cavate in via analogica dal 51 c.p.c.³⁰, ma al fitto reticolo di regole ANAC finalizzate ad allontanare il rischio-corruzione *lato sensu* intesa, selezionando funzionari equidistanti e garantendo decisioni imparziali³¹: l'attività disimpegnata trasgredendo quelle regole

²⁷ Regole 'esterne' che, a loro volta, descrivono tipologie situazionali denotative di un conflitto di interesse, e che, quindi, attuano il generale-generico dovere di astensione 'in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto': in tema, già M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (art. 314- 335-bis cod. pen.)*, Milano, 2006, 267.

²⁸ Si tratta cioè di una nozione aperta, che attende di essere riempita di significati dall'interprete: M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (art. 314- 335-bis cod. pen.)*, Milano, 2013, 25 ss.

²⁹ Su questo possibile scenario, anche A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 9.

³⁰ Di recente evocate da GIP Milano, decreto arch. 23 marzo 2020, Fontana, cit., 20 s.

³¹ Nel settore degli appalti pubblici, ad esempio, l'ANAC considera sussistere un potenziale conflitto di interessi *ex art. 323 c.p.* non solo nelle ipotesi di pregressi rapporti di collaborazione, di legami di parentela o di affinità, e di situazioni di convivenza o frequentazione abituale, ma pure «ogni volta in cui le decisioni che richiedono imparzialità di giudizio siano adottate da un soggetto che abbia, anche solo potenzialmente, interessi privati in contrasto con l'interesse pubblico», sollecitando – e praticando – una *lettura aperturista delle situazioni conflittuali*, che non potrebbero essere identificate una volta per tutte, ma andrebbero apprezzate caso per caso «in relazione alla violazione dei principi di

non potrà più rilevare *sub* ‘violazione di legge’, ma potrebbe rilevare *sub* omessa astensione del decisore – effettivamente o sospettamente – partigiano.

D'altronde, cambierebbe solo la prospettiva da cui guardare la stessa dinamica illecita: il p.a. che agisse in presenza di un conflitto di interesse denotato da regole sub-primarie non commetterebbe più una ‘violazione di legge’, ma trasgredirebbe il dovere di astensione direttamente posto dall’art. 323 c.p.

E la tendenza a evincere l’ingiustizia del risultato dall’ingiustizia del mezzo chiuderebbe ancora una volta la partita³².

Ma andrei oltre.

Il principio *ex art. 97 Cost.* – che, ripeto, non può più stare nella nuova ‘violazione di legge’ – non mi meraviglierei se trovasse ospitalità, più e meno ‘in chiaro’, nella fattispecie di omessa astensione³³.

Chi avvantaggia sé o altri, chi prevarica, chi è parziale, in una parola: chi viola il precetto *ex art. 97 Cost.* versa per definizione in una situazione di conflitto di interessi; e quindi, dicevo, non mi stupirei se il divieto di favoritismi prendesse a funzionare come un *generatore di obblighi di astensione*: un divieto di favorire, cioè, che innesca il dovere di farsi da parte in presenza di un conflitto di interessi.

Peraltro, e nient’affatto per inciso, tocca aggiungere che, per la condotta di omessa astensione, *non vale* il limite della ‘mancanza di discrezionalità’: il dovere di non fare, cioè, scatta *anche* quando l’attività in cui dovrebbe cimentarsi il p.a. partigiano – o in odore di partigianeria – è discrezionale.

Anzi, soprattutto quando si tratta di attività discrezionale: per ragioni logiche³⁴, prima ancora che per espressa opzione normativa.

Eccessi di potere e sviamenti, usciti dall’abuso per violazione di legge, potrebbero dunque rientrare attraverso la finestra dell’abuso per conflitto di interesse: il p.a. che *si aziona* ed eccede i suoi poteri, avvantaggiando o prevaricando qualcuno,

imparzialità e buon andamento sanciti dall’articolo 97 della Costituzione»: cfr. ad es. ANAC, delibera n. 494 del 5 giugno 2019, in *www.anticorruzione.it*, §§ 2 e 8; ANAC, delibera n. 25 del 15 gennaio 2020, *ivi*, 14 ss.

³² Sappiamo tutti, infatti, quanto possa essere ondivago e fluido il requisito della cd. doppia ingiustizia, che è stato sì introdotto dalla giurisprudenza, ma che la stessa giurisprudenza tende ad enunciare in antitesi e bypassare in tesi, spesso con argomentazioni piuttosto artefatte: cfr. G. DI VETTA, *L’abuso di ufficio*, cit., 414 ss., *ivi* anche per gli opportuni richiami.

³³ Avevo abbozzato questo scenario in V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva*, cit., 12 s.

³⁴ Se si tratta di attività vincolata, infatti, quello del p.a. è un atto dovuto, non ci può essere, cioè, un conflitto di interessi rilevante, e ciò quand’anche il destinatario di quell’atto sia un amico o un nemico: così, giustamente, T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio*, cit., 10.

non si potrà più dire che 'ha *agito* in violazione di legge', ma si potrà comunque dire che 'ha *agito* in conflitto di interesse', vale a dire violando l'obbligo di astensione generato dal principio di imparzialità-divieto di favoritismi *ex art. 97 Cost.*³⁵

Stesso fatto (azione), diversa etichetta (omessa astensione invece che violazione di legge), identico epilogo: tutti i bilanciamenti della Pubblica Amministrazione continuerebbero a esser sindacabili dalla magistratura penale³⁶.

Che poi, a dirla proprio tutta, ed anche lasciando da parte l'art. 97 Cost. e la nozione 'allargata' di prossimi congiunti³⁷: lo 'interesse proprio' che innesca il dovere di astensione può essere anche solo politico, morale, emotivo, sentimentale. Pure ostilità e benevolenza, odio e amore, sono 'interessi personali' che dovrebbero imporre l'astensione.

E quindi, in ipotesi, anche l'interesse ad avvantaggiare o danneggiare altri, *chiunque*, alimentato dai motivi più vari, è un 'interesse personale': di cui, cioè, è tutto sommato predicabile una ricaduta nella sfera soggettiva – emotivamente intesa, appunto! – dell'agente.

Un conflitto di interessi, insomma, insito *nel fatto in sé* di avere agito per favorire o nuocere; con il che, l'abuso per violazione di legge scomparirebbe del tutto, diventando un arnese inutile.

Tutto si può fare, con un minimo di fantasia deduttiva.

Poi è chiaro che, quello sopra abbozzato, è un pronostico pessimistico, e non è detto che prenderà corpo, essendoci spazio per soluzioni più equilibrate³⁸. Ma, sempre a mio modesto avviso, resta uno scenario possibile.

³⁵ Un identico risultato, peraltro, sarebbe raggiungibile includendo l'art. 97 Cost. fra gli 'altri casi prescritti' *ex art. 323 c.p.*, posto che, appunto, simili 'prescrizioni' non devono necessariamente essere né primarie, né espresse, né riferite ad attività vincolata; di conseguenza, pure in questo secondo segmento di norma potrebbe rientrare in gioco il precetto costituzionale, che *prescrive equidistanza*, appunto, e quindi l'astensione in condizioni di conflitto di interessi: sost. conf. G.L. GATTA, *Da 'spazzacorrotti' a 'basta paura'*, cit., § 4.3.

³⁶ V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva*, cit., 13.

³⁷ La natura non necessariamente patrimoniale dello 'interesse personale', in effetti, impatta sulla nozione di 'prossimi congiunti', sostanzialmente omologandola a quella di 'buoni conoscenti': in tema, v. ancora M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (art. 314- 335-bis cod. pen.)*, cit., 269 s.

³⁸ Come quella proposta da N. PISANI, *La riforma dell'abuso*, cit., 13 ss., a proposito dello sviamento di potere.

3. Una prima conferma della Suprema Corte

Il 14 settembre, in uno scritto apparso su *disCrimen*, avevo fantasticato: vuoi vedere che, a dispetto degli sbarramenti lessicali, la casistica continuerà a ravvisare una ‘violazione di legge’ anche nel caso di violazione di regole secondarie? Vuoi vedere che il giochino degli elementi normativi terrà pure con la nuova formulazione, che specifica di tutto e di più, *senza però vietare espressamente rinvii a catena*?

Si stabilisce infatti che la condotta del p.a. diventa ‘ingiusta’ quando trasgredisce regole di condotta primarie, specifiche, espresse e anelastiche, e quindi si rinviava evoca una norma con quei connotati; ma non stabilisce pure che ci si debba fermare a tale ‘primo rinvio’, tagliando fuori tutta la normativa cui la regola di condotta primaria, specifica etc. ‘di primo approdo’, a sua volta, eventualmente rinvii.

«Non vietando *ex professo* rinvii a catena innescati dall’elemento normativo «in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge», il dato positivo non pare capace di neutralizzare neppure il consueto gioco di specchi in cui indugia la giurisprudenza: l’attivazione della qualifica espressa dal concetto normativo ‘violazione di legge’, cioè, qualora risultino trasgredite prescrizioni sub-primarie (regolamentari, ministeriali, sindacali etc.) emanate *in forza della legge*, e di cui la legge stessa *comanda il rispetto* [...] Ed in effetti, pure qui sono rintracciabili *leggi* contenenti un *precetto comportamentale concluso e stringente* (‘devi rispettare piani e bandi’) che è stato ignorato»³⁹.

Ebbene, in una sentenza depositata il 12 novembre, la VI Sezione della Cassazione, a proposito di un permesso di costruire concesso in violazione di un piano regolatore, ha statuito:

«il Collegio ritiene che l’interpretazione della nozione di “violazione di legge” come delineata dalla [precedente] giurisprudenza sia pienamente condivisibile anche nel mutato quadro normativo. Come più volte affermato da questa Corte, il permesso di costruire, per essere legittimo, deve conformarsi – ai sensi del D.P.R. n. 380 del 2001, art. 12, comma 1, – “alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente”. Dall’espresso rinvio della norma agli strumenti urbanistici discende che il titolo abilitativo edilizio rilasciato senza rispetto del piano regolatore e degli altri strumenti urbanistici integra una “violazione di legge”, rilevante ai fi-

³⁹ V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva*, cit., 12.

ni della configurabilità del reato di cui all'art. 323 c.p. [...]. Seguendo questa elaborazione giurisprudenziale, deve ribadirsi che i piani urbanistici non rientrano nella categoria dei regolamenti, [...] che nel mutato quadro normativo escluderebbe la fattispecie di abuso in atti di ufficio, ma in quella degli atti amministrativi generali la cui violazione, in conformità dell'indirizzo ermeneutico consolidato, rappresenta solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica (D.P.R. n. 380 del 2001, artt. 12 e 13) [...], normativa a cui deve farsi riferimento, per ritenere concretata la "violazione di legge", quale dato strutturale della fattispecie delittuosa ex art. 323 c.p. anche seguito della modifica normativa. La normativa in questione integra inoltre l'ulteriore requisito richiesto dalla modifica normativa, in quanto si tratta di norme specifiche e per le quali non residuano margini di discrezionalità: l'art. 12 cit. detta i requisiti di legittimità del permesso a costruire e il successivo art. 13 cit. detta la disciplina urbanistica che il dirigente del settore è tenuto a rispettare nel rilascio del permesso a costruire»⁴⁰.

Tutto come prima, e senza neppure scomodare la figura alternativa di omessa astensione.

Ecco perché, se fossi un decisore pubblico, ci penserei due volte, magari anche tre, prima di armarmi di coraggio della firma.

⁴⁰ Cass., Sez. VI, 17 settembre 2020, n. 31873, P.C., in *www.dejure.it*, § 4.