



IL NUOVO ABUSO D'UFFICIO: UN REATO ALLA CONTINUA RICERCA DI SÉ (I PARTE)

Legge 11 settembre 2020, n. 120

Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali» (Decreto Semplificazioni)

di **Simona USAI**, avvocato del Foro di Roma, consulente legale per modelli organizzativi d.lgs. 231/2001, privacy, diritto delle telecomunicazioni, locazioni e sfratti, diritto di autore, contrattualistica.

Il legislatore nel c.d. "Decreto Semplificazioni" n. 76/2020, convertito nella legge 120/2020, è intervenuto - di nuovo - sul reato di abuso d'ufficio. Per la quarta volta dall'entrata in vigore del codice Rocco si è passati dall'abuso "innominato" del codice del 1930 alla riforma dovuta alla l. 26.4.1990, n. 86, dalla l. 16.7.1997, n. 234 alla l. 6.11.2012, n. 190 (c.d. legge Severino).

L'attuale riforma è stata voluta dal Governo con l'intento di limitare le responsabilità penali degli amministratori pubblici e facilitare la ripresa delle opere pubbliche e il rilancio dell'economia. La norma, infatti, che vorrebbe contrastare la c.d. burocrazia difensiva, va oggi coordinata con la nuova previsione in tema di responsabilità erariale¹. La "paura della firma" ha indotto molti pubblici funzionari a non sottoscrivere una serie di atti, a volte concatenati tra loro, per non essere coinvolti in processi penali e questo ha generato una sorte di "immobilismo" in alcuni settori della P.A.

Ecco allora che il legislatore ha pensato di modificare l'art. 323 c.p., al fine di sbloccare tante, forse troppe situazioni, ormai frustrate.

Sotto il profilo strutturale, il reato continua ad essere commesso solo da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio, dunque, continua a rimanere un reato proprio; che consiste ancora nel cagionare intenzionalmente a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o nell'arrecare ad altri un danno ingiusto, e quindi, resta un reato di evento; commesso con dolo intenzionale².

A ben guardare, quindi, la nuova fattispecie non è mutata se non nella condotta (positiva)³

1 Il sub art. 21, comma 1, D.L. n. 76/2020, Decreto Semplificazioni, integra il disposto dell'art. 1, comma 1, della L. n. 20/1994 che contiene la disciplina sostanziale della responsabilità del pubblico dipendente che cagioni un danno all'Erario.

2 Cass., sent. n. 4979 del 2010: "il soggetto attivo agisca con dolo diretto, cioè che si rappresenti l'evento come verificabile con elevato grado di probabilità, né che agisca con dolo eventuale, nel senso che accetti il rischio del suo verificarsi, ma è necessario che l'evento di danno o quello di vantaggio sia voluto e realizzato come obiettivo immediato e diretto della condotta, e non risulti semplicemente realizzato come risultato accessorio di questa".

3 La fattispecie continua ad essere configurata anche da chi omette di astenersi in

sintetizzata in un inciso, che, nel tempo, potrebbe fare la differenza: prima (nella versione del 1997) il pubblico funzionario poteva commettere il reato in caso di "violazione di norme di legge o di regolamento", oggi potrebbe incorrere nel reato *de quo* in caso di **"violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e delle quali non residuino margini di discrezionalità"**.

E quali sarebbero queste specifiche regole di condotta previste solo da norme di rango primario e che non contemplino margini di discrezionalità in sede applicativa?

In passato, nella "violazione di norme di legge" ex art. 323 c.p. rientravano norme dal contenuto di principio o norme generiche, nonché clausole generali, e si precisava che "in tema di abuso d'ufficio, il requisito della violazione di norme di legge poteva essere integrato anche solo dall'inosservanza del principio costituzionale di imparzialità della P.A., per la parte in cui esprimeva il divieto di ingiustificate preferenze o di favoritismi che imponeva al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio una precisa regola di comportamento di immediata applicazione"⁴, oppure veniva configurato con il rilascio, da parte del Dirigente, di un permesso di costruire, consapevolmente, in violazione delle norme che disciplinavano

presenza di un interesse proprio o di un proprio congiunto o negli altri casi prescritti, esattamente come in passato. Ciò è stato ribadito di recente da Cass. Pen. sez. fer., ud. 25/08/2020 n. 32174, in Guida al diritto 2020, 48,80.

Secondo Padovani «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» in T. Padovani, Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio, in Giurisprudenza Penale Web, 2020, 7-8, p.10.

4 Cass. Pen. sez. VI, 13 luglio 2011, n. 27453.

le costruzioni edilizie, o, ancora, nella condotta di un amministratore ASL che, per l'affidamento di un appalto, contattava una sola azienda, e non almeno tre come da legislazione di settore.

Oggi, si vuole cercare di ridurre l'area applicativa della nuova fattispecie, ma non siamo certi che la strada intrapresa dal legislatore sia quella più corretta per le considerazioni che seguono.

Innanzitutto, non si può fare a meno di considerare che le "leggi e gli atti aventi forza di legge" richiamate nella nuova condotta presentino - di per sé - requisiti di generalità ed astrattezza, infatti, la giurisprudenza, nel vigore della precedente norma, attribuiva al principio di imparzialità ex art. 97 Cost. una valenza prescrittiva dalla quale ricavare vere e proprie regole di comportamento, e come tali capaci di integrare il concetto di violazione di norme di legge di cui all'art. 323 c.p.⁵.

Allo stesso modo, oggi, non sembra potersi slegare, alle violazioni di regole di condotta comunque riconducibili a norme di legge, il principio di imparzialità alla base dei reati contro la P.A. La norma costituzionale, nella sua

parte immediatamente precettiva, vieta ad ogni pubblico funzionario, nell'esercizio delle sue funzioni, di usare il potere che la legge gli conferisce per compiere deliberati favoritismi e procurare vantaggi ingiusti ovvero per realizzare discriminazioni e quindi procurare ingiusti danni⁶. Sul punto la giurisprudenza è intervenuta più volte precisando che, per esempio, «integra il reato di abuso di ufficio il demansionamento di un dipendente comunale attuato con intento discriminatorio o ritorsivo, atteso che tale condotta determina l'inosservanza dei doveri costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost., nonché la violazione del dovere di adempiere con disciplina ed onore all'esercizio di funzioni di pubbliche previsto dall'art. 54 Cost.»⁷. Dunque, oggi sarebbe un errore svuotare di portata precettiva l'art. 97 Cost. che risulta essere di fatto un sostanziale ausilio per l'identificazione di condotte penalmente rilevanti, anche se – secondo alcuni⁸ – non trova giusta collocazione tra le condotte penalmente rilevanti della nuova fattispecie.

Se però è rimasto nella nuova formulazione il richiamo alla *legge* (o atti ad essa equiparati), non può dirsi altrettanto del **regolamento**, che non vi trova espresso riferimento. Pensare, però, che basti questo per ritenere espunta dalla nuova norma tale fonte secondaria (e a volte risolutiva) sarebbe un errore. Molto spesso è proprio nei regolamenti che si rintracciano condotte espresse e specifiche a cui nella pubblica amministrazione occorre conformarsi. A volte proprio i regolamenti risultano decisivi nelle legislazioni di settore, ove necessitano

5 Cass. Pen. Sez. VI, sent. 17 febbraio 2011, n. 27453 in Cass. Pen. 2012, 9, 2944, «in tema di abuso d'ufficio, il requisito della violazione di norme di legge può essere integrato anche solo dall'inosservanza del principio costituzionale di imparzialità della P.A., per la parte in cui esprime il divieto di ingiustificate preferenze o di favoritismi che impone al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio una precisa regola di comportamento di immediata applicazione».

Nello stesso senso Cassazione penale sez. VI, 23/06/2015, n.40320, in Rassegna di diritto farmaceutico 2016, 2, 237 «Integra il reato di abuso di ufficio di cui all'art. 323 c.p. la condotta del primario ospedaliero che abbia posto in essere iniziative vessatorie e discriminatorie nei confronti di un medico ospedaliero suo sottoposto, in quanto tale comportamento costituisce violazione di legge avuto riguardo all'art. 13, comma 3, d.P.R. 3 del 1957, nella parte in cui impone ai pubblici dipendenti un particolare dovere di collaborazione con tutti coloro che operano nella struttura amministrativa in cui risultano inseriti, nonché allo stesso principio costituzionale di imparzialità della p.a. di cui all'art. 97 cost., per la parte in cui esprime il divieto di ingiustificate preferenze o di favoritismi in tale contesto operativo».

6 Cass., Sez. VI, 14 giugno 2012, n. 41215, R.C. e Artibani, in C.E.D. Cass. n. 253804; Cass., Sez. VI, 12 febbraio 2011, n. 27453, Acquistucci, in C.E.D. Cass. n. 250422; Cass., Sez. II, 10 giugno 2008, n. 35048, Massucci, in C.E.D. Cass. n. 243183.

7 Cassazione penale sez. VI, 21/02/2019, n.22871, in CED Cass. Pen. 2019, ove la Corte ha evidenziato che le suddette norme costituzionali dettano regole di immediata portata precettiva ed esprimono il divieto per i pubblici agenti di comportamenti connotati da ingiustificate preferenze e favoritismi.

8 G.L. Gatta, Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis, in Sistema Penale, 02.12.2020; M.R. Cavallaro, Sulla riforma del delitto di abuso d'ufficio ad opera del decreto-legge 16 luglio 2020 n. 76, in Diritto.it.

competenze tecniche e aggiornamenti continui.⁹ Senza considerare che, in passato, la giurisprudenza di per sé escludeva dalle condotte penalmente rilevanti quegli atti che avevano natura meramente interpretativa o attuativa di normative preesistenti¹⁰, ma esigeva la violazione di fonti sub-primarie adottate attraverso un iter regolamentare configurato da un provvedimento di legge ed in tal senso formalizzato con la qualifica espressa di regolamento¹¹.

E allora, come ha ipotizzato una parte della dottrina¹² e già attuato la giurisprudenza (in merito al piano regolatore)¹³, è possibile che la

violazione di una regola di condotta sia prevista da una fonte secondaria e riconducibile *in via mediata* anche ad una fonte primaria¹⁴. Secondo la Cassazione, infatti, “il permesso di costruire, per essere legittimo, deve conformarsi – ai sensi dell’art. 12 comma 1, d.p.r. n.380 del 2001 – alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigenti, rilevante ai fini della configurabilità del reato di cui all’art. 323 c.p.[...] I piani urbanistici non rientrano nella categoria dei regolamenti, (...) ma in quelli degli atti amministrativi generali la cui violazione rappresenta il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica (artt. 12 e 13 d.p.r. 380/2001)”. ©

9 M.R. Cavallaro, Sulla riforma del delitto di abuso d’ufficio, op. cit.

10 Cassazione penale sez. VI, 24/10/2005, n.44952 in Cass. pen. 2007, 1, 122 «In tema di reato di abuso d’ufficio la condotta dell’agente rileva penalmente solo se l’ingiusto vantaggio patrimoniale è conseguito attraverso la violazione di legge o di regolamento, con esclusione degli atti che hanno natura meramente interpretativa o attuativa di normative preesistenti e che comunque sono privi della forza normativa propria della legge o del regolamento». (Nel caso di specie la Corte ha escluso che potesse integrare il reato di cui all’art. 323 c.p. la sola violazione di norme contenute nell’art. 9 d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394, regolamento attuativo del testo unico delle disposizioni sulla disciplina dell’immigrazione, e nella circolare del 17 settembre 1997, n. 8, in materia di permessi brevi per turismo ed affari).

11 Cass. Sez. VI, 2 dicembre 1998, Calvano, in C.E.D. Cass., 1999, p. 3402, n. 1752, che fa riferimento alle norme emanate nell’esercizio della potestà regolamentare dal Governo o dalle Province e Comuni.

12 Manna A.- Salcuni G., Dalla “Burocrazia difensiva” alla “Difesa della Burocrazia”? Gli Itinerari incontrollati della riforma dell’Abuso d’Ufficio, in Legislazione penale, 17.12.2020, p.8; nonché G.L. Gatta, Riforma dell’abuso d’ufficio, op. cit.

13 Cass. Sez. VI, 12 novembre 2020, n. 31873 “il permesso di costruire, per essere legittimo, deve conformarsi – ai sensi dell’art. 12 comma 1, d.p.r. n.380 del 2001 – alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigenti”. Dall’espresso rinvio della norma agli strumenti urbanistici discende che il titolo abilitativo edilizio rilasciato senza rispetto del

piano regolatore e degli strumenti urbanistici integra una “violazione di legge”, rilevante ai fini della configurabilità del reato di cui all’art. 323 c.p.[...] I piani urbanistici non rientrano nella categoria dei regolamenti, come ritenuto da risalente e superato orientamento giurisprudenziale, che nel mutato quadro normativo escluderebbe la fattispecie di abuso in atti di ufficio, ma in quelli degli atti amministrativi generali la cui violazione rappresenta solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica (artt. 12 e 13 d.p.r. 380/2001), normativa a cui deve farsi riferimento, per ritenere concretata la “violazione di legge”, quale dato strutturale della fattispecie delittuosa ex art. 323 cod. pen. anche a seguito della modifica normativa”.

14 La legge, in alcuni casi, prescrive la vincolatività delle linee guida, come nel caso del Codice Appalti (art. 1 co.1 lett. t) l.11/2016, perciò la violazione di queste ultime integra **in via mediata** la violazione di legge, in Manna-Salcuni, op. cit. p. 8.

Secondo la Cassazione, infatti, “il permesso di costruire, per essere legittimo, deve conformarsi – ai sensi dell’art. 12 comma 1, d.p.r. n.380 del 2001 – alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigenti, rilevante ai fini della configurabilità del reato di cui all’art. 323 c.p.[...] I piani urbanistici non rientrano nella categoria dei regolamenti, (...) ma in quelli degli atti amministrativi generali la cui violazione rappresenta il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica (artt. 12 e 13 d.p.r. 380/2001)”.