



## Cronaca dell'annunciata abrogazione dell'abuso d'ufficio Il tormentato contesto storico-normativo

**L**

a figura criminosa dell'abuso d'ufficio, che assolve a una funzione "di chiusura" del sistema dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, rappresenta il punto saliente di emersione della spigolosa tematica del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa, percorsa da una perenne tensione tra istanze legalitarie, che spingono verso un controllo atto a fungere da freno alla *mala gestio* della cosa pubblica, e l'esigenza di evitare un'ingerenza pervasiva del giudice penale sull'operato dei pubblici amministratori, lesiva della relativa sfera di autonomia.

Nella previsione iniziale del codice Rocco - che riprendeva una vetusta tradizione normativa risalente alla Leopoldina del 1786 - l'art. 323 c.p., con chiara formulazione, richiedeva la commissione, con abuso dei poteri inerenti le funzioni di pubblico ufficiale, di «qualsiasi fatto» allo scopo di «recare ad altri un danno» o di «procurargli un vantaggio».

La Corte costituzionale, con sentenza 19/2/1965 n. 7, ritenne che la tipicità dell'abuso si basava sul compimento di un atto amministrativo illegittimo - per violazione di legge, incompetenza o eccesso di potere - e su una finalità privata idonea a caratterizzare la direzione illecita del potere.

Si trattava figura sussidiaria stretta tra le fattispecie cui risultava allora affidato il controllo di legalità sull'attivi-



tà amministrativa: il peculato per distrazione (art. 314 c.p.) e l'interesse privato in atti d'ufficio (art. 324 c.p.).

La riforma recata dalla **L. 26/4/1990 n. 86**, eliminati questi reati, stabilì che l'abuso di ufficio, esteso anche agli incaricati di pubblico servizio, dovesse essere finalizzato a un vantaggio o a un danno "ingiusto", prevedendo un aggravamento di pena qualora il vantaggio fosse stato di natura patrimoniale.

Tale formulazione, non sufficientemente determinata, risultava incentrata su una condotta vaga e priva di confini delimitati.

Così la **L. 16/7/1997 n. 234**, riformulò integralmente l'art. 323 c.p. richiedendo la violazione di legge o di regolamento o, in alternativa l'inosservanza di un obbligo di astensione e l'illiceità intrinseca del danno o del vantaggio patrimoniale - mentre quello non patrimoniale perse rilevanza. L'intenzione era quella di creare un'ipotesi di reato di danno, sorretto dall'elemento soggettivo del dolo intenzionale, che potesse escludere la necessaria rilevanza penale dell'azione amministrativa illegittima, e.g. perché viziata da eccesso di potere.

La giurisprudenza di legittimità, tuttavia, arrivò a ricomprendere nella violazione di legge anche le norme di principio quali l'art. 97 Cost., le norme di carattere procedimentale, ma anche le norme di indiretta rilevanza legislativa oltre che a recuperare nell'area di rilevanza penale anche gli atti viziati da eccesso di potere, nella forma dello sviamento (cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 10/1/2012, n. 155).

Nel frattempo, la **L. 6/11/2012 n. 190** ha operato un inasprimento di pena che passa (da 6 mesi) a 1 anno nel minimo e (da 3) a 4 anni nel massimo.

All'interno di un simile scenario si è sviluppato un fenomeno di "amministrazione difensiva", grazie al quale i pubblici funzionari, per il timore, ubiquo e indefinito, di esporsi a eventuali addebiti penali, decidono di astenersi dall'assumere decisioni, ancorché utili per il perseguimento dell'interesse pubblico.

Conseguentemente, il **D.L. 16/7/2020 n. 76 - c.d. decreto semplificazioni - convertito nella L. 11/9/2020 n. 120**, in piena emergenza pandemica, nel recare una sorta di revirement per facilitare la ripresa del Paese, ha tentato di rasserenare gli amministratori pubblici, terrorizzati dalla sindrome della firma, operando un ridimensionamento ermeneutico dell'abuso d'ufficio.

**E' stata, quindi, modificata in modo mirato, la prima ipotesi recata dall'art. 323 c.p., operando una parziale abolitio criminis e circoscrivendo il sintagma normativo 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».**

*Il restyling operato dal decreto semplificazioni, che riduce il perimetro dell'ambito applicativo della norma nell'an, nel quid e nel quomodo, comporta tre macroconseguenze.*

1) *L'estromissione dei regolamenti dal novero delle fonti la cui inosservanza può dar luogo all'abuso d'ufficio, stante la rilevanza della sola violazione di norme primarie.*

2) *La limitazione dell'inosservanza alle sole regole di condotta specifiche ed espressamente previste, aventi contenuto immediatamente precettivo, che il funzionario pubblico è tenuto a rispettare.*

3) *L'attribuzione di rilevanza alle sole regole di condotta vincolanti, previa espunzione degli atti amministrativi connotati da margini di discrezionalità - amministrativa, tecnica o politica. Conseguentemente, non possono censurarsi penalmente gli atti viziati semplicemente da eccesso di potere.*

*E' rimasta, invece, invariata la seconda ipotesi recata dall'art. 323, costituita dall'inosservanza dell'"obbligo di astensione" in caso di conflitto di interessi - in re propria - che funziona come norma di chiusura, diretta a sanzionare penalmente la violazione del dovere di imparzialità dell'azione amministrativa.*

*In questo caso, l'obbligo di astensione può trovare fondamento in una specifica norma primaria, di legge o assimilata (art. 7 D.P.R. 16/4/2013 n. 62; art. 78 c. 2 D.Lgs. 18/8/2000 n. 267; art. 6-bis L. 7/8/1990 n.*

241) *ma anche in un atto non avente veste giuridica formale di legge (e.g. norme regolamentari, contenute in decreti o circolari ministeriali, o disposizioni inserite nel bando di un concorso pubblico), come si evince dalla locuzione “negli altri casi prescritti”, che integra una norma penale in bianco, che rinvia ad altre disposizioni per l’integrazione del precetto.*

Per completezza, la violazione dell’obbligo di astensione integra solo l’elemento materiale perché ai fini dell’integrazione del reato occorre anche dimostrare:

- il nesso causale con l’evento, alternativo, per cui dall’atto adottato sia conseguito un ingiusto vantaggio patrimoniale o un danno ingiusto;
- il dolo intenzionale, di talché l’evento di vantaggio o di danno è stato una conseguenza voluta ed immediatamente perseguita, non essendo sufficiente né il dolo eventuale, né quello diretto.

La Corte Costituzionale, con sentenza 18/1/2022 n. 8, ha dichiarato, in relazione alla riforma operata in parte qua dal decreto semplificazioni, non fondata la questione di legittimità sollevata, in riferimento all’art. 77 Cost., in relazione sia al procedimento di produzione della norma, sia ai suoi contenuti, e inammissibili le questioni di legittimità sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., per attribuzione all’agente pubblico di un potere dispositivo assoluto e sottratto al vaglio giudiziale.

### **La L. 9/8/2024 n. 114**

**L’art. 1 c. 1 lett. b) L. 9 agosto 2024 n. 114, recante Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all’ordinamento giudiziario e al codice dell’ordinamento militare, pubblicata in Gazzetta Ufficiale - in extremis - il 10/8/2024, in vigore dal 25/8/2024, ha definitivamente abrogato l’art. 323.**

Inoltre, nel recare il necessario coordinamento, viene soppresso il riferimento al reato di abuso d’ufficio contenuto nella rubrica e nel testo dell’art. 322-bis c.p. - relativo all’applicabilità delle norme sui delitti contro la pubblica amministrazione ai membri delle Corti internazionali o degli organi dell’Unione europea o di assemblee parlamentari internazionali o di organizzazioni internazionali e ai funzionari dell’Unione europea - nonché nell’art. 323-bis c. 1 c.p. - relativo alla circostanza attenuante della particolare tenuità del fatto.

Nel frattempo, l’art. 9 D.L. 4/7/2024 n. 92, recante *Misure urgenti in materia penitenziaria, di giustizia civile e penale e di personale del Ministero della giustizia*, c.d. “decreto carceri”, convertito con modifiche nella L. 8/8/2024 n. 112, ha previsto una parziale copertura per gli abusi patrimoniali dei pubblici ufficiali, introducendo nel codice penale l’art. 314-bis, recante il nuovo delitto di *Indebita destinazione di denaro o cose mobili* - che sembra resuscitare, sotto mentite spoglie, il peculato per distrazione.

## **Conclusioni**

**L’interpretazione del diritto è come una molla, il corpo elastico che la compone consente di estendersi o restringersi - a dismisura.**

E’ ragionevole, quindi, auspicare che quelle condotte di malcostume o malaffare dell’agente pubblico che escono da una parte dello stigma penale, possano rientrare in un’altra.

Resta, tuttavia, il timore che - considerato “in campo lungo” - si possa arrivare a far risultare “legittimo” ciò che in precedenza era stato ritenuto “illegittimo”, ovvero, all’opposto, in modo da far risultare “illegittimo” oggi, ciò che era stato ritenuto “legittimo” prima. ■

**\*Avv. del Foro di Firenze**