



4/2017

## LA PERSISTENTE AMBIGUITÀ DELL'ABUSO D'UFFICIO. ALCUNE (AMARE) RIFLESSIONI A MARGINE DEL 'CASO TERMOVALORIZZATORE'

Nota a [Cass., Sez. VI, sent. 13 settembre 2016 \(dep. 21 febbraio 2017\), n. 8395, Pres. Conti, Est. Fidelbo, Imp. De Luca ed altri](#)

di Fabio Coppola

**Abstract.** Una recente decisione della Suprema Corte in tema di abuso d'ufficio stimola la rinnovata riflessione sullo stato dell'arte dell'art. 323 c.p. a distanza di vent'anni dall'ultima modifica. Il contributo, prendendo spunto dalla vicenda giudiziaria, sottoporrà l'archetipo normativo dell'abuso d'ufficio e la sua interpretazione da parte del c.d. diritto vivente a prova di resistenza rispetto alle esigenze di precisione tipica, fondamentali per limitare le ingerenze del giudice penale nel merito amministrativo e riservare lo stigma del procedimento e della sanzione penale ai fatti realmente offensivi.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La ricostruzione giudiziaria della vicenda. – 3. L'inquadramento sistematico e strutturale del delitto di abuso d'ufficio. – 4. (segue) l'interpretazione giurisprudenziale dei limiti dell'art. 323 c.p. – 5. Le criticità evidenziate dalla vicenda in commento: la persistente ambiguità. – 6. Conclusioni.

### 1. Premessa.

Con la sentenza n. 8395, depositata il 21 febbraio 2017, la sesta sezione penale della Corte di Cassazione ha confermato, condividendone integralmente i passaggi in motivazione<sup>1</sup>, la decisione assolutoria della Corte di Appello di Salerno nei confronti degli imputati per il reato di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), rigettando il ricorso del Procuratore Generale della Repubblica. Nello specifico, la Corte di Cassazione ha ritenuto non sussistente il requisito della «violazione di norme di legge o di regolamento» nella condotta *atipica* (ma non *contra ius*) del Commissario Straordinario di nominare un *project manager* per la gestione dell'emergenza rifiuti in Campania, al fine di «approntare una riorganizzazione efficiente delle competenze»<sup>2</sup>. Contrariamente a quanto prospettato

---

<sup>1</sup> Cfr. pag. 6 della sentenza in commento.

<sup>2</sup> Cfr. pag. 7 della sentenza in commento.



4/2017

dall'accusa, la Suprema Corte ha ricondotto tale scelta nell'area della discrezionalità amministrativa concessa al Commissario Straordinario in caso di emergenza, per di più finalizzata all'ottimizzazione del risultato (la costruzione del termovalorizzatore).

La sentenza in esame stimola una rinnovata riflessione sulla fattispecie di abuso d'ufficio, a distanza di vent'anni dall'ultima riforma. Appare infatti utile sottoporre a *fact checking* l'archetipo criminale disegnato dal legislatore, con un interrogativo (retorico) sullo sfondo: quanto contano le esigenze di certezza e precisione delle scelte di politica criminale in un sistema dove l'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.) non favorisce decisioni coraggiose di selezione 'a monte' del carico giudiziario.

## 2. La ricostruzione giudiziaria della vicenda.

Vanno brevemente descritti i passaggi più rilevanti della vicenda giudiziaria, che ha visto alternarsi due sentenze di merito di segno opposto fino alla definitiva conferma assolutoria in Cassazione.

Con la sentenza di primo grado, il Tribunale di Salerno, riqualificando la contestazione della Pubblica Accusa da peculato ad abuso d'ufficio, condannava i tre imputati in concorso tra di loro alla pena sospesa di 1 anno di reclusione e interdizione dai pubblici uffici.

Il disvalore tipico dell'abuso d'ufficio veniva ravvisato nella condotta del Commissario Straordinario che, nel contesto di una situazione emergenziale, aveva nominato D.L. *project manager*, figura atipica nel settore pubblico, affidandogli compiti di organizzazione e coordinamento dell'ufficio istituito per la gestione del procedimento di costruzione del termovalorizzatore. A parere del Tribunale, la nomina avrebbe avuto la precipua finalità di avvantaggiare ingiustamente D.L. attribuendogli una retribuzione non dovuta, con la connivenza di B., Responsabile Unico del Procedimento. Nella parte motiva della sentenza, il Tribunale giustifica la propria decisione sulla base dei seguenti rilievi: a) *quanto alla condotta*, la «violazione di norme di legge» (una delle due condotte tipiche dell'art. 323 c.p.) sarebbe consistita nell'illegittimità del provvedimento di nomina del *project manager* che, sovrapponendosi ai poteri del Responsabile Unico del Procedimento amministrativo, avrebbe violato il principio di unicità del R.U.P.; inoltre, non rinvenendo alcuna motivazione rispetto alla necessità di nominare una figura *extra ordinem*, il Tribunale si convince dell'ingiustizia della condotta per violazione dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi (art. 3, l. 241/1990); b) *quanto all'evento*, rifacendosi a un precedente giurisprudenziale<sup>3</sup>, il Tribunale ritiene che, nel caso di specie, il vantaggio ingiusto «veniva conseguito dal D.L. nel momento in cui la sua sfera giuridico-patrimoniale, lato sensu intesa, veniva ampliata dall'attribuzione di una qualifica apicale non prevista dall'ordinamento»<sup>4</sup>. Detto in altri termini, che preciseremo nel prosieguo del presente lavoro: è la nomina *contra ius* che tinge di ingiustizia l'evento (il

---

<sup>3</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. VI, (ud. 05.03.2014) 02.04.2014, n. 15158.

<sup>4</sup> Cfr. Tribunale di Salerno, II<sup>a</sup> Sez. Pen, 21.01.2015, n. 153, 135 (n.d.r.: la scelta di indicare soltanto le iniziali dei protagonisti della vicenda giudiziaria appartiene all'autore).

compenso); c) rispetto all'elemento soggettivo, «l'inesistenza di quella figura; - la totale assenza di motivazione circa la necessità della nomina e la scelta della persona nominata; - l'accertata falsità delle giustificazioni postume; - la particolare qualificazione dei protagonisti della vicenda; - i rapporti interpersonali strettissimi tra nominante e nominato; - il successivo occultamento sul sito web; - la presenza, all'interno del gruppo, di persone astrattamente più qualificate; - la circostanza che l'opera svolta non risulta essersi concretizzata in attività di particolare complessità ed importanza; - il fatto che (...) il D.L., in prospettiva, avrebbe potuto guadagnare una somma ben maggiore di quella liquidatagli (...)», sono, per il giudice di primo grado, gli indici sintomatici sufficienti a dimostrare l'univocità dello scopo di avvantaggiare indebitamente D.L. con un lauto compenso, non avendo ottenuto la prova – a contrario – del perseguimento esclusivo delle finalità pubbliche<sup>5</sup>.

La sentenza della Corte di Appello di Salerno ribaltava l'impostazione e le conclusioni del giudice di primo grado, assolvendo tutti e tre gli imputati perché il fatto non sussiste.

In primo luogo, la nomina del *project manager* veniva ricondotta ad una specifica modalità di gestione 'aziendalistica' dell'emergenza, improntata a criteri di economicità ed efficienza<sup>6</sup>, inidonea pertanto ad assumere, per il sol fatto di non essere regolamentata, carattere illecito senza un meticoloso vaglio dei poteri conferiti alla figura atipica rispetto a quelli spettanti al R.U.P. Da quest'angolatura, ad avviso della Corte di Appello, la funzione di «"gestione operativa del progetto con compiti di organizzazione e coordinamento del gruppo di lavoro"» conferita a D.L. rientra nei poteri di supporto e non in una indebita interferenza con quelli funzionalmente attribuiti al Responsabile Unico del Procedimento<sup>7</sup>. La pronuncia di secondo grado non riconosce nemmeno la violazione dell'obbligo di motivazione di cui all'art. 3 della l. 241/1990, per un duplice ordine di motivi: da un lato, ritenendo il rilievo non pertinente, in quanto la nomina *intuitu personae* del *project manager* era giustificata dai poteri in deroga concessi al Commissario Straordinario<sup>8</sup>; dall'altro, anche a voler ammettere il teorema accusatorio, si rileva che l'assenza di specifica motivazione vizierebbe le nomine dell'intero *team* di lavoro, dato che per tutti viene espressa solamente la funzione all'interno del gruppo. Con l'intuitiva necessaria conclusione: o tutte le nomine sono strumentali o non lo è nessuna; in entrambi i casi, comunque, quella del *project manager* non può dirsi *diversa* rispetto alle altre<sup>9</sup> (dissolvendo, come vedremo, anche il presupposto soggettivo del delitto).

Quanto all'ingiusto vantaggio patrimoniale, è particolarmente apprezzabile il ragionamento della Corte di Appello: attenendosi al rigoroso rispetto del dato normativo, così come comunemente interpretato da dottrina e giurisprudenza (si rimanda, *infra*, alle valutazioni sulla c.d. doppia ingiustizia), giunge ad escludere la rilevanza penale della condotta per *liceità* del vantaggio patrimoniale, anche laddove si

---

<sup>5</sup> Cfr. Tribunale di Salerno, cit., 133.

<sup>6</sup> Cfr. Corte di Appello di Salerno, Sez. Pen., 05.02.2016, n. 199, 75.

<sup>7</sup> Cfr. Corte di Appello, cit., 81.

<sup>8</sup> Cfr. Corte di Appello, cit., 87.

<sup>9</sup> Cfr. Corte di Appello, cit., 90.

ipotizzassero come avvenute le violazioni contestate. Ad avviso della Corte, in tale ipotesi, occorrerebbe infatti dimostrare l'*autonoma* ingiustizia del compenso, come nel caso in cui al *project manager* fosse stata riconosciuta una aliquota stipendiale *ad hoc*. Invece, gli emolumenti di tutto il gruppo di lavoro, incluso quelli di D.L., sono stati determinati nel totale rispetto delle fonti e dei presupposti che regolamentano la materia. Da qui, l'impossibilità di sostenerne la specifica illiceità<sup>10</sup>.

Infine, entrando nel merito dell'elemento soggettivo, il giudice di secondo grado boccia la motivazione del Tribunale come «*mera enunciazione, astrattamente plausibile, ma priva, nel concreto, di ogni elemento probatorio di supporto*»<sup>11</sup>, sottolineando la fragilità dell'assunto di ricavare indirettamente, dalla suggestione dei rapporti personali tra il Commissario Straordinario e D.L. e dall'illiceità della condotta, il dolo intenzionale richiesto dalla fattispecie.

In Cassazione, come anticipato, veniva confermata *in toto* l'intelaiatura motivazionale della sentenza di assoluzione della Corte di Appello.

Proviamo, a questo punto, a riflettere sugli spunti offerti dalle pronunce, dopo una breve analisi del quadro normativo e giurisprudenziale all'interno del quale iscrivere il nostro discorso.

### 3. L'inquadramento sistematico e strutturale del delitto di abuso d'ufficio.

Come noto, l'art. 323 c.p. punisce: «*Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto (...)*»

L'*incipit* ne fa una fattispecie di 'chiusura' dell'apparato repressivo a tutela della Pubblica Amministrazione, che cede il passo qualora si configurino reati più gravi. L'ampiezza della nozione di abuso la rende, inoltre, «*il punto di maggior contatto tra l'azione della p.a. ed il sindacato sulla stessa rimesso alla magistratura*»<sup>12</sup>. È a tali preoccupazioni che si deve l'attuale impalcatura dell'art. 323 c.p., frutto di due riforme (a distanza di pochi anni, una nel 1990 e l'altra nel 1997<sup>13</sup>) che hanno tentato di limitare gli sconfinamenti del giudice penale nel merito amministrativo<sup>14</sup>. Ne è scaturito un

<sup>10</sup> Cfr. Corte di Appello, cit., 95.

<sup>11</sup> Cfr. Corte di Appello, cit., 101.

<sup>12</sup> Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale – II – sedicesima edizione integrata e aggiornata*, a cura di Grosso, Giuffrè, 2016, 444.

<sup>13</sup> Per la fisionomia assunta dall'abuso d'ufficio in seguito alla riforma del 1990, cfr., autorevolmente, GROSSO, *L'abuso di ufficio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1, 1991, 319 ss; Per una analisi critica dei diversi progetti di riforma, MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2, 1997, 1202 ss.; cfr. anche PISA, voce *Abuso d'ufficio*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani, Aggiornamento IV*, 2005 e ID, voce *Abuso d'ufficio (postilla di aggiornamento)*, *ivi*.

<sup>14</sup> Cfr., per tutti, FIANDACA-MUSCO, *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Volume I*, Zanichelli, 2012, 247.

prodotto *ibrido*, i cui *deficit* sono stati ben evidenziati dalla dottrina immediatamente successiva alla modifica del 1997.

In particolare, lo sforzo forse più importante verso un maggiore coefficiente di determinatezza è avvenuto con il passaggio da una formula onnicomprensiva di abuso d'ufficio<sup>15</sup>, nella quale rientrava tendenzialmente ogni 'strumentalizzazione' del pubblico ufficio, a una tipizzazione analitica delle condotte rilevanti, ridotte all'inosservanza di (norme di) legge o di regolamento ovvero dell'obbligo di astensione nei casi di 'conflitto di interesse' del pubblico ufficiale o di un suo prossimo congiunto.

Il principale nodo da sciogliere è se la più recente costruzione normativa sia riuscita a isolare con precisione il nucleo di illegalità da colpire con il delitto di abuso d'ufficio.

Ebbene, nonostante alcune posizioni più caute<sup>16</sup>, in dottrina<sup>17</sup> si ammette (non senza qualche riserva) la possibilità che l'ampiezza del concetto di *norme di legge* ricomprenda anche le violazioni di principi costituzionali, qual è il principio di imparzialità della P.A. (art. 97 Cost.). Tale scelta si deve al comprensibile timore di lasciare impunte forme striscianti di abuso, perpetrate «*dietro il paravento di una "scrupolosa osservanza" delle leggi e dei regolamenti*»<sup>18</sup>. In tal modo, però, se da un lato si amplia in maniera pressoché incontrollabile la «*vaghezza*» della norma, tradendo l'*intentio legis* in un poco auspicabile «*ritorno al passato*»<sup>19</sup>, dall'altro si intuisce il rischio di un approccio ermeneutico eccessivamente notarile, incompatibile con l'attuale fisionomia della pubblica amministrazione dove la legge concorre con criteri di efficacia ed economicità a individuare le *best practices* amministrative<sup>20</sup>.

Non brilla per precisione nemmeno la seconda condotta punita dalla fattispecie (la violazione dell'obbligo di astensione), che ha posto immediatamente in capo all'interprete l'onere di affrontare alcune questioni decisive: per dire, l'obbligo di astensione può trovare la propria fonte nell'art. 323 c.p. introducendo, in tal modo, un generico e inafferrabile dovere giuridico di astensione in caso di 'conflitti di interesse'? Nonostante la paradossale espansione che ne conseguirebbe, la risposta sembra essere

---

<sup>15</sup> In dottrina, efficacemente definito abuso innominato da PADOVANI, *Commento all'art. 1 l. 16/7/1997 n. 234*, in *Le Leggi Penali*, 2, 1997, 741.

<sup>16</sup> Cfr. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, in Marinucci - Dolcini (a cura di), *Trattato di diritto penale – parte speciale*, I, CEDAM, 2013, 952; ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Artt.314-335-bis c.p. – Commentario Sistemático*. Terza edizione, Giuffrè, 2013, 305.

<sup>17</sup> Cfr. ANTOLISEI, *op. cit.*, 450; FIANDACA - MUSCO, *op. cit.*, 253; GAMBARDELLA, *Sub art. 323 - Abuso d'ufficio*, in Lattanzi – Lupo, *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina. Volume VII – I delitti contro la pubblica amministrazione. Libro II – Artt. 314-360*, Giuffrè, 2010, 315; MANNA, *Luci ed ombre sull'abuso d'ufficio*, in *Indice Penale*, 1998, 20; ID, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Giappichelli, 2004, 47; PADOVANI, *op. cit.*, 744; PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Diritto Penale e Processo*, 1999, 109; SEGRETO – DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1999, 497.

<sup>18</sup> Cfr. PADOVANI, *op. cit.*, 747; Timori presenti anche in MANNA, *Abuso d'ufficio*, *cit.*, 57; ID, *Luci ed ombre*, *cit.*, 22; PAGLIARO, *op. cit.*, 108.

<sup>19</sup> Cfr. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, Giuffrè, 2009, 113 ss.

<sup>20</sup> Cfr. FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 254.

affermativa<sup>21</sup>. Diversamente, si sostiene, dovrebbe ammettersi la superfluità della disposizione poiché la violazione dell'obbligo di astenersi prescritto altrove sarebbe già punibile quale violazione di norma di legge o di regolamento<sup>22</sup>.

Nemmeno gli altri requisiti oggettivi e soggettivi soddisfano in pieno le esigenze di precisione tipica del fuoco della fattispecie.

Apprezzabile la scelta di selezionare le condotte abusive rispetto al concreto esercizio della funzione o del servizio pubblico, escludendo quelle meramente 'occasionalizzate' dal pubblico ufficio. In sintesi: la materializzazione dell'abuso non può consistere nello sfruttamento della sola qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio. L'intervento penale viene opportunamente riservato alla strumentalizzazione dei poteri inerenti la funzione, anche se il discrimine non è sempre così netto.

Il «*quid pluris, che giustifica la sanzione penale al posto di quella amministrativa*»<sup>23</sup> e che calibra sul risultato l'asse di offensività della condotta, consiste nei due eventi alternativi descritti dalla fattispecie: l'ingiusto vantaggio patrimoniale per sé o per altri o il danno ingiusto per altri. Autorevolmente definito evento a «*geometria variabile*»<sup>24</sup>, la dottrina più accreditata<sup>25</sup> concorda nel ritenere che l'ingiustizia del vantaggio o del danno non possa essere ricavata implicitamente dall'illegalità della condotta, ma richiede la c.d. *doppia ingiustizia*, ossia una valutazione autonoma di illiceità. Eppure, le difficoltà di individuare nettamente i confini dell'ingiustizia della condotta da quella dell'evento lasciano presagire inopportune sovrapposizioni<sup>26</sup>.

Una voce in dottrina ha lamentato le 'zone franche' sfuggite alla prensione penale, visto che la fattispecie punisce esclusivamente i vantaggi di natura patrimoniale<sup>27</sup>. Tale scelta ci pare invece ragionevole, considerate le maglie larghe del concetto di 'vantaggi di natura patrimoniale' dove rientrano agilmente gli incrementi economici indiretti o potenziali<sup>28</sup>, e coerente con le esigenze di certezza e di *extrema ratio* del diritto penale. Ragionando diversamente, ogni scelta discrezionale strizza l'occhio a un vantaggio (ad esempio, di natura politica). Offrendo ai giudici un dato evanescente come il vantaggio di qualsiasi genere, potrebbe seriamente materializzarsi il binomio tra

---

<sup>21</sup> In giurisprudenza, cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 19.10.2004, n. 7992, in *Guida al Diritto*, 2005, 16, 83, in cui si converte la facoltà di astensione del P.M. ex art. 52 c.p.p. nell'obbligo giuridicamente rilevante ai sensi dell'art. 323 c.p. nelle ipotesi di 'conflitto di interesse'. In dottrina, cfr. BENUSSI, *op. cit.*, 987; FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 255; PADOVANI, *op. cit.*, 746; ROMANO, *op. cit.*, 308.

<sup>22</sup> Cfr. FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 255, i quali parlano di "superfetazione normativa".

<sup>23</sup> Cfr. MANNA, *Luci ed ombre*, cit., 24.

<sup>24</sup> Cfr. CASTALDO, *Perché è necessario riformare il reato di abuso d'ufficio*, attualmente in corso di pubblicazione nell'*Homenaje* al Prof. Santiago Mir Puig.

<sup>25</sup> Cfr. ANTOLISEI, *op. cit.*, 452; BENUSSI, *op. cit.*, 998; GAMBARDELLA, *op. cit.*, 348; ROMANO, *op. cit.*, 311 ss; SEGRETO - DE LUCA, *op. cit.*, 535.

<sup>26</sup> Per l'analisi di un precedente paradigmatico, cfr. DE BELLIS, *L'abuso d'ufficio del pubblico ufficiale che esercita attività a favore di terzi senza autorizzazione dell'ente pubblico*, in *Cassazione Penale*, 6, 2007, 665 ss.

<sup>27</sup> Cfr. LANDI, *L'abuso d'ufficio: luci ed ombre di un'attesa riforma. Profili sostanziali*, in *Diritto Penale e Processo*, 9, 1997, 1052.

<sup>28</sup> Cfr., anche per la giurisprudenza richiamata, RUGGIERO, *Abuso di ufficio*, in Grosso - Pellissero (a cura di), *Trattato di Diritto Penale. Parte Speciale - Reati contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2015, 375.

‘incapacità’ dell’amministratore e instaurazione del processo penale, volto ad accertare se dalla trasgressione delle regole sia derivato o meno *qualunque* vantaggio ingiusto. Razionale, quindi, la scelta di lasciare le ipotesi marginali, di «mera “inopportunità”»<sup>29</sup>, ai rimedi amministrativi e alle sanzioni disciplinari.

Infine, l’elemento soggettivo: si richiede l’intenzionalità del dolo, ossia che l’evento lesivo sia il fine preso di mira dall’agente, escludendo così l’operatività del dolo eventuale o indiretto. Con il passaggio dal dolo specifico in un reato di mera condotta (nella versione del 1990) a quello intenzionale in un reato di evento, occorre chiedersi se il fine illecito perseguito dall’amministratore debba essere l’unico a muovere la condotta abusiva o se quest’ultimo possa convivere, e in che modo, con il perseguimento della finalità pubblica.

Secondo la dottrina, seguita dalla giurisprudenza, è sufficiente che il motivo illecito concorra con la finalità pubblica risultandone, da un punto di vista psicologico, ‘preminente’<sup>30</sup>. Detto in altri termini, il ragionamento del giudice dovrebbe articolarsi come segue: a) se accerta la presenza esclusiva dell’interesse ‘privato’, ritiene perfezionato l’elemento soggettivo; b) se vi è concorrenza con l’interesse pubblico, a tale accertamento aggiunge quello di natura quantitativa riguardante la *prevalenza dell’interesse*, così da individuare – al di là della materiale presenza di entrambi – il ‘vero’ fine perseguito dall’agente. Ora, è evidente che siffatto schema logico amplifica le difficoltà probatorie, ontologicamente collegate all’elemento soggettivo, e i potenziali vuoti di tutela<sup>31</sup>. Nondimeno, si tollera meno volentieri il pericolo inverso<sup>32</sup>, pur presente in certa giurisprudenza (cfr., *infra*, paragrafo 4), di un rigore probatorio attenuato, che si estrinseca attraverso il mero richiamo degli indici sintomatici del dolo intenzionale senza alcun approfondito e motivato riscontro fattuale nel caso oggetto di giudizio<sup>33</sup>.

#### 4. (segue) L’interpretazione giurisprudenziale dei limiti dell’art 323 c.p.

Per testare la reale consistenza dei requisiti sopra indicati, dobbiamo riferirci alla loro quotidiana applicazione ad opera del c.d. diritto vivente.

A una ricognizione delle massime giurisprudenziali più recenti sul delitto di abuso d’ufficio<sup>34</sup>, emerge un quadro in cui non mancano incertezze<sup>35</sup>, che ben risponde alle contraddittorietà del dettato normativo. Segnatamente, i profili giunti al vaglio del

---

<sup>29</sup> Cfr. MANNA, *Abuso d’ufficio*, cit., 58.

<sup>30</sup> Cfr. BENUSSI, *op. cit.*, 1013; D’AVIRRO, *op. cit.*, 211 ss; GAMBARDELLA, *op. cit.*, 356; ROMANO, *op. cit.*, 318.

<sup>31</sup> Cfr. MANNA, *Luci ed ombre*, cit., 29; FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 256.

<sup>32</sup> Non è superfluo richiamare il noto insegnamento del filosofo illuminista francese VOLTAIRE, *Zadig o il destino*, Ed. italiana tradotta da Sammarco, Edizioni Studio Tesi, 1994, 29: “È meglio rischiare di salvare un colpevole, che condannare un innocente”.

<sup>33</sup> Per una interessante analisi, cfr. CECCHINI, *Le figure sintomatiche del dolo intenzionale nel reato di abuso d’ufficio. Commento a GUP Tribunale di Orvieto – 25 ottobre 2010 – Est. Forlani – B.M.*, in *Rassegna giuridica umbra*, 2011-2, 497 ss.

<sup>34</sup> Il focus del presente lavoro si limita alla giurisprudenza di legittimità dal 2012 al 2017.

<sup>35</sup> Sottolinea la ‘tendenza espansiva’ da parte della giurisprudenza, MANNA, *Abuso d’ufficio*, cit, 51.



4/2017

Supremo Collegio hanno riguardato in modo prevalente la *violazione di norme di legge o di regolamento*, la *doppia ingiustizia* dell'evento e il *dolo intenzionale*.

È noto che la giurisprudenza<sup>36</sup> da mero 'strappo alla regola' nel 2002<sup>37</sup> sia passata a ricomprendere, con sempre maggiore frequenza, tra le *norme di legge* la violazione del principio costituzionale di imparzialità della P.A. (art. 97 Cost.), immediatamente precettivo per l'amministratore pubblico nella misura in cui fa divieto di ingiustificati favoritismi.

Sulla scia di tale 'apertura', più di recente, la giurisprudenza di legittimità si è dovuta interrogare, con esito negativo, se la violazione di disposizioni inserite in un bando di concorso pubblico potesse integrare la condotta tipica<sup>38</sup>. In un altro caso, la Suprema Corte è intervenuta per censurare l'inafferrabilità del capo di imputazione, dove si era fatto generico riferimento alla legge regionale e al regolamento, senza indicare gli articoli che si assumevano violati<sup>39</sup>. Altre volte, la Cassazione ha ritenuto 'abuso' quei comportamenti meramente collidenti con la *ratio* della norma, purché facilmente individuabile<sup>40</sup>.

Per rendersi conto degli effetti pratici di tale elasticità esegetica, riportiamo un caso emblematico dove è stato riconosciuto colpevole di abuso d'ufficio il primario che aveva tenuto un comportamento 'baronale' all'interno della clinica, in quanto tale condotta è stata ritenuta in contrasto con l'art. 13 del d.p.r. n. 3/1957 che, al comma 3, richiede agli impiegati della pubblica amministrazione di tenere con i colleghi un atteggiamento ispirato al principio «*di un'assidua o solerte collaborazione*»<sup>41</sup>.

Com'è immaginabile, la Corte Costituzionale non ha mancato di interrogarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p. nell'interpretazione data dal 'diritto vivente'. Ad oggi, la norma è stata sempre salvata dalle censure di incostituzionalità<sup>42</sup>; in una recentissima pronuncia, la Consulta, pur senza entrare nel merito per inammissibilità della questione, si è soffermata sulle modalità di gestione della fattispecie, invitando i giudici ad una interpretazione maggiormente aderente ai canoni costituzionali<sup>43</sup>. Presa di coscienza che si sentiamo di sottoscrivere.

Con riferimento all'evento e alla c.d. doppia ingiustizia, possono isolarsi due filoni interpretativi: uno rigoroso, che richiede ai giudici l'accertamento autonomo e puntuale dell'illiceità del vantaggio economico o del danno, escludendo che questa

---

<sup>36</sup> Cfr. Cass., Pen., Sez. VI, 2.4.2015, n. 27816 (rv. 263933), in CED Cassazione, 2015; Cass. Pen., Sez. VI, 24.6.2014, n. 37373 (rv. 261748), in CED Cassazione, 2014; Cass. Pen., Sez. VI, 12.6.2014, n. 38357 (rv. 260472), in CED Cassazione, 2014; Cass. Pen., Sez. VI, 26.6.2013, n. 34086 (rv. 257036), in CED Cassazione, 2013.

<sup>37</sup> Cfr. D'AVIRRO, *op. cit.*, 117.

<sup>38</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 17.6.2015, n. 27823, (rv. 264088), in CED Cassazione, 2015.

<sup>39</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. III, 23.3.2016, n. 38704 (rv. 267578), in CED Cassazione, 2016.

<sup>40</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 13.3.2014, n. 32237 (rv. 260428), in CED Cassazione, 2014; Cass. Pen., Sez. VI, 18.10.2012, n. 43789 (rv. 254124), in CED Cassazione, 2012.

<sup>41</sup> Cass. Pen., Sez. VI, 14.6.2012, n. 41215, A.W. e altri.

<sup>42</sup> Corte cost., Ord., 21.06.2006, n. 251; Corte cost., Ord., 25.05.1999, n. 192; Corte cost., Ord., 09.07.1998, n. 252; Corte cost., Ord., 05.02.1998, n. 14.

<sup>43</sup> Cfr. Corte cost., 14.7.2016, n. 177; in dottrina, si rimanda agli interessanti spunti di CASTALDO, *Perché è necessario riformare*, cit.

possa basarsi sull'antigiuridicità della condotta<sup>44</sup>. Ad esempio, il Direttore Generale della ASL non risponde di abuso d'ufficio per la concessione indebita di incarichi a consulenti esterni se non si riesce a provare l'oggettiva sproporzione del compenso o la superfluità degli incarichi per la presenza di professionalità altrettanto qualificate all'interno dell'amministrazione<sup>45</sup>.

È interessante evidenziare, nel caso sopra riportato, le ragioni per le quali la Suprema Corte censura il ragionamento della Corte territoriale: «*Il disinteresse per aspetti che i giudici d'appello ritengono irrilevanti evidenzia che, a fronte di un formale ossequio al criterio della cd. doppia ingiustizia, essi ritengono – in uno con la giurisprudenza contabile richiamata – che l'elemento del danno ingiusto discenda puramente e semplicemente dall'acclarata violazione di una o più norme poste a presidio del contenimento della spesa pubblica*».

Ancora, sulla scorta delle precedenti considerazioni, la Cassazione ha annullato la sentenza di condanna per l'assessore comunale che aveva assegnato, senza rispettare la procedura prescritta, un immobile per lo svolgimento di attività di ristorazione, in quanto non era stata accertato se il beneficiario, a prescindere dai vizi formali dell'assegnazione, avesse o meno titolo a conseguire l'immobile<sup>46</sup>.

Non mancano decisioni di segno diverso. In un caso che presenta astratti margini di similitudine con la vicenda che si annota, è stato ritenuto responsabile di abuso d'ufficio il Direttore della ASL che aveva affidato, in violazione dell'obbligo di astensione, un incarico alla propria moglie nell'amministrazione, anche se il compenso era in linea con quanto imposto dai criteri regolamentari<sup>47</sup>.

Espressione del medesimo *trend*, una pronuncia della Cassazione ha ricompreso nel concetto di vantaggio patrimoniale anche le utilità non materiali, come l'accrescimento di una situazione giuridica soggettiva. In quel caso, il vantaggio economico si sarebbe materializzato nella nomina di un giudice delegato 'di comodo' all'interno della procedura concorsuale, che avrebbe permesso una gestione più favorevole della crisi d'impresa<sup>48</sup>.

Anche l'intenzionalità del dolo, che in astratto rappresenta un solido presidio contro invasioni penali nell'area amministrativa, soffre di ambiguità interpretativa. La prassi giurisprudenziale, infatti, ha dovuto confrontarsi con l'interrogativo se l'evento ingiusto dovesse rappresentare il fine esclusivo preso di mira dall'agente o potesse invece convivere con il perseguimento di finalità lecite. Come anticipato, la giurisprudenza ha consolidato un orientamento per il quale la presenza di un interesse pubblico non basta a escludere l'elemento soggettivo, occorrendo invece la prova che

---

<sup>44</sup> Cfr., tra le altre pronunce infra indicate, Cass. Pen., Sez. VI, 14.12.2012, n. 1733 (rv. 254208), in CED Cassazione, 2013.

<sup>45</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 18.3.2016, n. 17676 (rv. 267171), in CED Cassazione, 2016.

<sup>46</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 17.2.2015, n. 10133 (rv. 262800), in CED Cassazione, 2015.

<sup>47</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 4.11.2015, n. 48913 (rv. 265473), in CED Cassazione, 2015.

<sup>48</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 30.1.2013, n. 12370 (rv. 256004), in CED Cassazione, 2013.



4/2017

questo sia stato il principale obiettivo dell'agente<sup>49</sup>. Viene quindi adottato il criterio della *preminenza* suggerito in dottrina<sup>50</sup> e avallato dalla Corte Costituzionale<sup>51</sup>.

Peraltro, considerate le fisiologiche difficoltà probatorie dell'elemento psicologico, la prassi ha adottato una serie di *indici fattuali* sintomatici dell'intenzionalità del dolo<sup>52</sup>, tra i quali rientrano la reiterazione della condotta, la macroscopica illegittimità dell'atto, l'*iter* amministrativo seguito, la competenza dell'agente, il tenore dei rapporti tra i soggetti coinvolti, l'intento di sanare le illegittimità con successive violazioni di legge, la presenza o meno di motivazione del provvedimento amministrativo.

Ora, è certamente apprezzabile l'intento razionalizzante attraverso il *vademecum* di creazione giurisprudenziale, nel comprensibile proposito di non lasciare pericolosi (e arbitrari) *vulnera*; d'altro canto, come sembrano suggerire le frequenti decisioni di rigetto motivate dalla Cassazione sul richiamo degli indici 'rivelatori', l'accertamento del requisito soggettivo del reato rischia di trasformarsi da 'rafforzato' a 'virtuale', eludendo il peso specifico assegnato dal legislatore.

Talvolta, vale la pena sottolinearlo, ci si imbatte invece in decisioni allineate con il rigore preteso dall'avverbio «*intenzionalmente*». In un recente esempio, è stato escluso il dolo intenzionale nella condotta del funzionario pubblico che aveva contestato delle irregolarità esclusivamente alla 'vittima', omettendo di fare altrettanto con gli altri soggetti nella medesima posizione. Secondo il giudice di legittimità, l'assenza di elementi da cui ricavare che l'illegittima discriminazione avesse il preminente scopo di avvantaggiare indebitamente 'tutti gli altri', fa venir meno il presupposto psicologico del reato<sup>53</sup>.

## 5. Le criticità evidenziate dalla vicenda in commento: la persistente ambiguità.

La vicenda qui in commento rappresenta il *trait d'union* delle criticità strutturali dell'abuso d'ufficio, che si riflettono nella sua gestione prasseologica.

In primo luogo, il «*cannibalismo*»<sup>54</sup> della norma: complice il facile incaglio in formali e generiche violazioni di norme di legge o di regolamento, l'art. 323 c.p. finisce con il conferire al giudice penale un incontrollato sindacato nell'area di discrezionalità amministrativa, sconfessando i propositi della riforma. Nel marasma di regolamenti e leggi (anche quelle costituzionali) disciplinanti l'attività amministrativa, non sarà difficile per il Pubblico Ministero individuare una presunta violazione e quindi un

---

<sup>49</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 2.10.2014, n. 14038 (rv. 262950), in CED Cassazione, 2015.

<sup>50</sup> Cfr. D'AVIRRO, *op. cit.*, 215-216.

<sup>51</sup> Cfr. Corte Cost., 21.6.2006, cit., consultabile online in [questa pagina web](#).

<sup>52</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. III, 6.4.2016, n. 35577 (rv. 267633), in CED Cassazione, 2016; Cass. Pen., Sez. III, 17.3.2016, n. 17430, in Urbanistica e appalti, 2016, 10, 1157; Cass. Pen., Sez. III, 17.3.2016, n. 21976, in Urbanistica e appalti, 2016, 10, 1154; Cass. Pen., Sez. VI, 13.1.2016, n. 8043, in Urbanistica e appalti, 2016, 5, 613; Cass. Pen., Sez. III, 17.1.2014, n. 10810 (rv. 258895), in CED Cassazione, 2014.; Cass. Pen., Sez. VI, 30.1.2013, n. 12370 (rv. 256004), in CED Cassazione, 2013.

<sup>53</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 4.1.2017 (dep. 10.2.2017) n. 6430.

<sup>54</sup> Così CASTALDO, *Perché è necessario riformare*, cit.



4/2017

‘abuso’ meritevole di rientrare quantomeno nelle statistiche annuali delle notizie di reato iscritte presso gli Uffici delle Procure della Repubblica. Voracità che non risparmia neppure gli ‘ausiliari’ cui l’apparato preventivo fa affidamento per l’emersione dei fenomeni corruttivi all’interno della Pubblica Amministrazione. È l’esempio del *whistleblower*, al quale è stata di recente riservata una specifica forma di «*Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti*»<sup>55</sup>. Da un lato, infatti, la presenza del *dovere* di segnalazione ex art. 8, d.p.r. n. 62/2013 espone il dipendente pubblico al rischio penale dell’abuso d’ufficio<sup>56</sup>, rendendolo vulnerabile: colto ‘in mora’ rispetto all’obbligo di segnalazione, quest’ultimo potrebbe essere più incline a chiudere un occhio (forse anche due) per evitare le conseguenze della denuncia; dall’altro, non viene riconosciuto alcun ‘incentivo’ al delatore che efficacemente ‘soffi il fischietto’<sup>57</sup>, tale da bilanciare i rischi cui va incontro.

Nemmeno lo spostamento della soglia di punibilità sull’evento, colorato di una autonoma ingiustizia, sembra aver generato nella prassi gli effetti sperati. Come mette in luce la sentenza di primo grado (unitamente ad alcuni precedenti sopra richiamati), può ben accadere che, una volta asserita (senza troppi sforzi) l’illiceità della condotta, si finisca per ‘dedurne’ l’illiceità dell’evento. Specie in casi dove l’ingiusto vantaggio patrimoniale è rappresentato dalla retribuzione per una prestazione lavorativa (benché costituzionalmente dovuta<sup>58</sup>), separare l’ingiustizia della condotta (attribuzione del ruolo) rispetto a quella del derivato compenso appare un compito da contorsionismo esegetico, che rischia in concreto di essere obliterato.

---

<sup>55</sup> Cfr. art. 1, comma 51, l. n. 190/2012: “Art. 54-bis (*Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti*).

1. Fuori dei casi di responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione, ovvero per lo stesso titolo ai sensi dell’articolo 2043 del codice civile, il pubblico dipendente che denuncia all’autorità giudiziaria o alla Corte dei conti, o all’Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, non può essere sanzionato, licenziato o sottoposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia.

2. Nell’ambito del procedimento disciplinare, l’identità del segnalante non può essere rivelata, senza il suo consenso, sempre che la contestazione dell’addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione. Qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione, l’identità può essere rivelata ove la sua conoscenza sia assolutamente indispensabile per la difesa dell’incolpato.

3. L’adozione di misure discriminatorie è segnalata al Dipartimento della funzione pubblica, per i provvedimenti di competenza, dall’interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell’amministrazione nella quale le stesse sono state poste in essere.

4. La denuncia è sottratta all’accesso previsto dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni.”

<sup>56</sup> Cfr. AMATO, *Profili penalistici del whistleblowing: una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 3-4, 2014, 597.

<sup>57</sup> Sull’importanza del doppio binario ‘premio-punizione’ all’interno delle policy anticorruzione, cfr. MONGILLO, *Il “sacchetto d’oro” e la “spada inguainata”: l’interazione pubblico-privato e il peso degli “incentivi” in un recente modello di compliance aziendale*, in questa Rivista, 6 febbraio 2015.

<sup>58</sup> Art. 36, comma 1 Cost.: “Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un’esistenza libera e dignitosa”.



4/2017

Giungendo infine a uno dei punti cruciali dell'art. 323 c.p., ci siamo chiesti se l'aver agito in vista del risultato 'più efficiente'<sup>59</sup> (qui riconosciuto in Corte di Appello e Cassazione) – pur in presenza di un ingiusto vantaggio e di una violazione tipica – sia capace di chiudere i giochi della penale rilevanza della condotta.

Ebbene, la Corte di Cassazione nella sentenza in commento, non lascia propendere con decisione per una risposta positiva: dopo aver riconosciuto che la condotta degli imputati sia stata orientata ad assicurare la *gestione più efficiente* dell'emergenza, infatti, prosegue il proprio discorso, dedicando buona parte del tessuto argomentativo a escludere le violazioni di norme di legge contestate dalla Procura. Dal che, ricava l'insussistenza dell'abuso d'ufficio per carenza dell'elemento oggettivo della fattispecie, lasciando sospesa la questione.

Proviamo allora a immaginare che le 'violazioni tipiche' siano effettivamente avvenute e che il *project manager* abbia ottenuto un compenso *ad hoc* (quindi illecito), ma che, ciononostante, la condotta fosse asservita al rispetto di finalità pubbliche. *Quid iuris* in un caso del genere?

Per rispondere, sottoponiamo il nostro caso ipotetico a prova di resistenza rispetto agli elementi strutturali sopra delineati. Non vi sono dubbi circa la presenza di una condotta pertinenziale all'esercizio dell'ufficio pubblico e in violazione della norma di legge che abbiamo dato per esistente: *ergo*, la condotta è abusiva; lo stesso dicasi rispetto all'evento; l'elemento soggettivo rappresenta il requisito maggiormente controverso per tale ipotesi, considerato che la norma richiede il riscontro psicologico rafforzato dell'intenzionalità dell'evento lesivo. Eppure, come ampiamente detto, per ovviare alle difficoltà probatorie, la giurisprudenza ha attenuato la 'forza' del dolo intenzionale ritenendo insufficiente la presenza del fine pubblico a scagionare l'amministratore, laddove solo un giudizio di prevalenza sull'interesse privato disattiverebbe la pretesa punitiva. Detto in termini processuali, l'aver agito illegalmente per il perseguimento del risultato più efficiente quasi certamente non escluderà il vaglio dibattimentale sulla responsabilità penale del pubblico ufficiale che avesse *anche* lo scopo di beneficiare la figura professionale che ha contribuito al raggiungimento del risultato positivo per la P.A. Se poi si considera, come sopra detto, che si registra una certa tendenza a recuperare l'ingiustizia dell'evento da quella della condotta (come nella decisione del Tribunale nel caso in esame), il compito dell'accusa risulterebbe oltremodo agevole durante la fase delle investigazioni: basterà a giustificare una richiesta di rinvio a giudizio la violazione di norme di legge o di regolamento oppure la violazione del divieto di astensione cui consegua (presuntivamente?) l'ingiusto vantaggio patrimoniale o l'indebito danno.

Certamente, si è consapevoli che molto probabilmente le ipotesi *borderline* troverebbero una soluzione razionale all'esito del triplice vaglio giurisdizionale. Ciononostante, l'effetto risolutivo sarebbe rilegato al ruolo riequilibratore della giurisprudenza di merito o (nei casi peggiori) di legittimità, che non potrà eliminare con

---

<sup>59</sup> Per la nozione amministrativa del criterio cfr. CALANDRA, voce *Efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XIII, 1989 e CERRI, *Imparzialità e buon andamento della p.a.*, in *Diritto online - Treccani*, 2013.

un colpo di spugna le sofferenze umane e giuridiche provocate dalla semplice instaurazione di un procedimento penale.

## 6. Conclusioni.

Questi brevi rilievi critici, che non hanno carattere di completezza, destano preoccupazione se solo si considera il ruolo residuale dell'abuso d'ufficio, che imporrebbe invece una cifra di determinatezza rafforzata per scongiurare sovrapposizioni con altre e più gravi figure delittuose. La versatilità normativa dell'art. 323 c.p. fonda il pericolo che l'abuso d'ufficio si trasformi nello strumento repressivo 'secondario' per eccellenza, pronto a subentrare in ogni caso in cui non sia possibile una diversa qualificazione giuridica della vicenda, complice, soprattutto, il principio di obbligatorietà dell'azione penale in base al quale 'nel dubbio' si giustificherebbero richieste di rinvio a giudizio da sottoporre al contraddittorio dibattimentale.

Non è un caso, infatti, che l'«*essenza del processo*»<sup>60</sup> in tutti i tre gradi di giudizio della vicenda in esame si sia in buona sostanza ridotta a disquisizioni sulla illiceità o meno della nomina del *project manager*<sup>61</sup>.

Ad esempio, in uno dei passaggi chiave della sentenza di condanna di primo grado, il Tribunale ritiene di «*palmare evidenza che, anche a voler accedere alla tesi che ha sostenuto la presenza di una previsione derogatoria che legittimasse il Commissario a creare una nuova figura ad hoc, non prevista dall'ordinamento, l'ordinanza n. 4, non avendo indicato la legge cui intendeva derogare e non avendo illustrato i motivi per cui tale deroga era necessaria, sarebbe in ogni caso inficiata da un macroscopico profilo di illegittimità derivante dalla mancanza di motivazione*»<sup>62</sup>. Tesi poi sconfessata in Appello. Sul piano psicologico, il Tribunale, adotta invece uno schema argomentativo *a contrario*. Nella pronuncia di condanna si legge infatti: «*per escludere l'elemento soggettivo dell'ipotizzato abuso d'ufficio sarebbe stato necessario avere la prova del fatto che la nomina di D.L. a project manager non soltanto aveva il prevalente scopo di favorire il buon andamento del procedimento, ma anche che essa era l'unico strumento per raggiungere quello scopo; cioè, in altre parole, che non vi era una strada diversa per fare in modo che quell'iter amministrativo proseguisse in maniera proficua se non quello di attribuire al capo dello staff del sindaco la posizione apicale di project manager non prevista dalla legge*»<sup>63</sup>. Detto diversamente: un onere probatorio (diabolico) *invertito*, come ammette lo stesso Tribunale quando ritiene, invece, *agevole* escludere tale circostanza.

---

<sup>60</sup> Per il primo grado di giudizio, cfr. Tribunale di Salerno, cit., 62.

<sup>61</sup> Pericolo invero già denunciato autorevolmente tra i primi commentatori della riforma del 1997. Cfr. PADOVANI, *op. cit.*, 745: «*Stando così le cose, v'è il rischio, tutt'altro che teorico, che i processi per abuso d'ufficio divengano contenitori stralunati di squisite diatribe giuridiche sulla natura di un determinato atto, e di dotte disquisizioni sulla rilevanza della «forma» e la portata del «contenuto». Entusiasmante*».

<sup>62</sup> Cfr. Tribunale di Salerno, cit., 95 (enfasi aggiunta).

<sup>63</sup> Cfr. Tribunale di Salerno, cit., 132.



4/2017

Così, le esigenze di tutela penale si appiattiscono sulla formale violazione delle fonti giuridiche che regolano l'attività della pubblica amministrazione, sovrapponendosi ai rimedi di natura disciplinare e amministrativa<sup>64</sup>.

Il delitto di abuso di ufficio rischia pertanto di avere un fascicolo in Procura pronto per ogni occasione (leggasi: microviolazione non diversamente qualificabile). Tali suggestioni sono confermate dai dati statistici raccolti dal *Servizio Anticorruzione e Trasparenza (SAeT)* e pubblicati nella *Relazione al Parlamento* (2010), riguardanti il periodo 2004-2009, che dimostrano una notevole inflazione dell'abuso d'ufficio negli Uffici delle Procure, pari al 29% delle denunce riguardanti i delitti contro la Pubblica Amministrazione, cui però fa da contraltare un *deficit* in termini di condanne (soltanto nel 22% dei casi il processo si conclude con una sentenza di condanna)<sup>65</sup>.

Certo, si potrebbe obiettare: visto il *range* sanzionatorio, si tratta tutto sommato di una fattispecie 'innocua', la cui risposta penale rimarrà puramente 'virtuale', data l'ineffettività delle pene detentive brevi. Addirittura, per le ipotesi meno gravi, potrebbero subentrare valutazioni di particolare tenuità *ex art. 131-bis c.p.* a selezionare i fatti meritevoli di sanzione penale, considerato che il limite di pena massimo inferiore a 5 anni di reclusione permette di azionare la clausola di non punibilità per particolare tenuità del fatto, sussistendone i presupposti<sup>66</sup>. Eppure, ciò non può dirsi pienamente

---

<sup>64</sup> Sulle difficoltà di distinzione tra l'abuso extra-penale e quello penalmente rilevante, cfr. MANES, *op. cit.*, 1231.

<sup>65</sup> I dati sono consultabili online in [questa pagina web](#).

<sup>66</sup> Art. 131-bis c.p.: "Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale.

L'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, ai sensi del primo comma, quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona.

Il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate. Ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. In quest'ultimo caso ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69.

La disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante". In dottrina, cfr., tra gli altri, AMATO, *Con l'estensione al giudizio ordinario si apre una nuova era*, in *Guida al Diritto*, 15, 2015, 25 ss.; BRUNELLI, *Il fatto tenue tra offensività ed equità*, in *Archivio Penale (web)*, 1, 2016; CASTALDO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto: il nuovo articolo 131-bis c.p.*, in *Cadoppi – Canestrari – Manna – Papa (a cura di), Trattato di Diritto Penale – Parte Generale e Speciale – Riforme 2008-2015*, Utet Giuridica, 2015, 111 ss.; GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Diritto Penale e Processo*, 5, 2015, 517 ss.; NISCO, *L'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto. Profili sostanziali*, in *Baccari – La Regina – Mancuso (a cura di), Il nuovo volto della giustizia penale. Autoriciclaggio, difesa d'ufficio, misure di contrasto al terrorismo, ordine di protezione europeo, particolare tenuità del fatto, modifiche in materia di misure cautelari e ordinamento penitenziario*, CEDAM, 2015, 195 ss.; PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida al Diritto*, 15, 2015, 19 ss.

rispondente a un diritto penale minimo, orientato verso criteri di offensività<sup>67</sup>: laddove l'offesa manchi, nessun 'costo' è giustificato, nemmeno quello meno intenso della declaratoria per particolare tenuità del fatto, che presuppone comunque il riscontro di un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole.

Sia concessa un'ultima provocazione: l'attuale profilatura onnivora della norma, finisce con il delegare alla giurisdizione la selezione dei fatti concretamente offensivi. Il che, in un sistema che offra tempi certi di giustizia potrebbe anche essere accettato: in un modo o nell'altro, si otterrà presto la verità (processuale) circa l'affidabilità o meno di quell'amministratore. E invece, mettiamoci nei panni dell'amministratore pubblico nell'attuale (e alquanto verosimile) scenario dove, per la presunta violazione di (norme di) legge o di regolamento, viene aperta una indagine per abuso d'ufficio, con la consequenziale spada di Damocle della sospensione dalla carica in virtù della c.d. legge Severino<sup>68</sup>. Aggiungiamoci i danni di immagine dovuti al ritorno mediatico del procedimento penale e l'attesa di circa 6 anni<sup>69</sup> per una risposta definitiva (se nel frattempo non sopraggiunge a chiudere il sipario la scure della prescrizione), che lo riconosce, infine, innocente. Bene, come si tradurrà un'esperienza giudiziaria simile sull'andamento della P.A., se non in un comprensibile appesantimento burocratico dell'iter decisionale ad opera del nostro *incolpevole* amministratore?

Risultato che si dovrà imputare agli effetti collaterali delle moderne tendenze *panpenalistiche*<sup>70</sup>.

Come già segnalato da autorevole voce in dottrina, il mito del rapporto diretto tra controllo penale e contenimento della criminalità è un'effimera illusione, dove invece il ruolo cruciale lo giocano le contropinte socio-culturali<sup>71</sup>.

Consapevoli delle difficoltà di operare una rivoluzione copernicana nell'approccio alla materia penale, non ci si può tuttavia esimere in questa sede dal segnalare quando un prodotto legislativo, seppur con nobili intenzioni, consegna alla storia l'ulteriore esempio di politica criminale 'reticente', che delega ai giudici la gestione

<sup>67</sup> Cfr. PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Giappichelli, 2010, 22.

<sup>68</sup> Cfr. art. 8, d.l. n. 235/2012.

<sup>69</sup> Per la giacenza media dei procedimenti penali in Italia, si rimanda alle statistiche presenti in CANZIO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2015*, 28.01.2016, 53. I dati ivi presenti vanno letti congiuntamente con le variazioni riportate in CANZIO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2016*, 26.01.2017, 51, che riferiscono di una diminuzione percentuale della giacenza media negli ultimi due anni pari al 4,3% nei Tribunali e 6,1% nelle Corti di Appello.

<sup>70</sup> Rispetto alle problematiche messe in luce da "Tangentopoli", cfr. le illuminanti riflessioni di PADOVANI, *Il problema «tangentopoli» tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1996, 448 ss; sulle recenti tendenze della politica criminale, cfr. l'autorevole contributo di PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture. (A proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 4, 2014, 1693 ss.

<sup>71</sup> Sono sempre attuali le parole di MANTOVANI, *Insicurezza e controllo della criminalità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 3, 2010, 1015: "E per concludere, appare non infondato ritenere, sulla base delle suddette premesse, che le moderne società e, in particolare, le cosiddette «società progredite», quale la nostra, si trovano di fronte ad una drastica alternativa: 1) o ripristinare il primario sistema dei controlli socio-culturali (...) 2) oppure amaramente rassegnarsi ad un incremento quantitativo e ad un peggioramento qualitativo della corruzione, del disordine, della disgregazione sociale, della criminalità e, conseguentemente, del diritto penale (...)".



4/2017

pressoché libera dei fatti penalmente rilevanti<sup>72</sup>. La magistratura, va detto, opera – nei tre gradi di giudizio – per lo più in maniera razionale (come l’esito favorevole della vicenda in commento dimostra), tracciando confini rispettosi della *ratio* di tutela della norma. Eppure, l’assunto che in un sistema democratico l’ultima parola spetti al potere giudiziario<sup>73</sup> continua a non convincere.

In conclusione, sembra davvero auspicabile, come di recente autorevolmente suggerito<sup>74</sup>, di rivedere l’articolazione dell’art. 323 c.p., restringendone i confini di tipicità in un’ottica razionalizzante, che si inserisca nel quadro degli sforzi, già in vero presenti, di dare una risposta culturale al fenomeno corruttivo. Diversamente, i contorsionismi argomentativi cui devono ricorrere i giudici per recuperare legalità all’intervento repressivo – seppur opportuni – continueranno ad assumere i contorni pittoreschi, già richiamati altrove<sup>75</sup>, del barone di *Münchhausen* che, immerso nelle sabbie mobili, prova a venire fuori da solo dall’incresciosa situazione, tirandosi i capelli.

---

<sup>72</sup> Rispetto al fenomeno della c.d. supplenza giudiziaria cfr., autorevolmente in dottrina, FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013; MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2<sup>a</sup> ed., ESI, 2011; PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992.

<sup>73</sup> Sul tema, si rimanda alle interessanti riflessioni di TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l’interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, in *Archivio Penale (web)*, 1, 2017, 88.

<sup>74</sup> Cfr. CASTALDO, *Perché è necessario riformare*, cit.

<sup>75</sup> Cfr. CASTALDO, *In ordine sparso. Il diritto penale, oggi*, Giappichelli, 2016, 34.