

**LA ANNUNCIATA RIFORMA DELL'ABUSO D'UFFICIO:
LE PREOCCUPAZIONI DEI SINDACI
TRA PNRR E RILANCIO DELLA MACCHINA DELLO STATO (*)**

di Roberto Garofoli

Anche a seguito delle preoccupazioni espresse dai Sindaci si è ripreso a discutere dell'opportunità di un'ennesima "stretta" legislativa relativa all'abuso di ufficio. Previsto dal codice penale come ultima forma di tutela del cittadino contro gli abusi dei funzionari pubblici non altrimenti punibili e già significativamente ristretto nel suo perimetro nel 2020, il reato di abuso di ufficio continua ad essere percepito come causa di un'esposizione dei sindaci stessi ad un rischio "non calcolabile e prevedibile" di responsabilità penale, destinato – si sostiene – a sacrificare la fluidità dell'azione amministrativa. Un rischio in astratto assai elevato, se si tien conto degli straordinari impegni legati al PNRR. A sostegno delle proposte di riforma, tanto nel 2020, quanto nel dibattito di questi mesi, sono valorizzati taluni dati statistici. L'elevato tasso di archiviazione, pari nel 2021 al circa 85%, induce in particolare taluni a proporre l'abolizione della fattispecie, valorizzando i danni prodotti dal solo avvio delle indagini, anche in termini di efficienza amministrativa. I dati si prestano tuttavia a letture anche diverse. Il numero dei procedimenti per abuso di ufficio è in forte calo (da 7939 nel 2016 a 5418 nel 2021). Le archiviazioni, certo numerose nei procedimenti per abuso di ufficio, sono comunque mediamente pari al 62% per tutti gli altri reati (si dovrebbe concludere per ciò solo per l'abolizione di centinaia di altri reati o sono altri i rimedi da attivare?). Lo stesso scarso numero di condanne (da 82 nel 2016 a 18 nel 2021 per i processi giunti a dibattimento, oltre le 44 sempre del 2021 innanzi alle Sezioni G.i.p./G.u.p.) è prova di una capacità della giurisprudenza di selezionare rigorosamente gli abusi penalmente rilevanti e potrebbe concorrere a ridurre la diffusa ansia di denuncia, oltre che ad orientare le scelte dei magistrati inquirenti, tanto più in considerazione delle recenti novità della riforma Cartabia quanto alle condizioni per chiedere l'archiviazione. La giurisprudenza, infatti, tra il 2020 e il 2022, ha per lo più optato per indirizzi interpretativi restrittivi, coerenti con le dichiarate ragioni sottese alla riforma del 2020 ("basta paura, occorre sbloccare", fu il motto con cui quella riforma fu presentata). La stessa scelta legislativa del 2020 di circoscrivere il perimetro del reato alle sole violazioni commesse nell'esercizio di poteri non discrezionali, ma c.d. vincolati, pur reggendo al vaglio di costituzionalità (Corte cost., 18 gennaio 2022, n. 8), è stata del resto non poco criticata, atteso che di frequente gli abusi – anche i più odiosi – si annidano proprio nell'esercizio della discrezionalità.

(*) Il contributo riproduce il testo della relazione tenuta dall'Autore il 10 marzo 2023 a Scandicci, presso la Scuola Superiore della Magistratura, nell'ambito del corso "I delitti contro la pubblica amministrazione".

D'altra parte – tornando ai Sindaci – le loro principali preoccupazioni sono essenzialmente legate a tre fattori: la lamentata attitudine del solo avvio delle indagini a minare la credibilità degli amministratori locali (il che tuttavia vale per tanti altri reati oggetto di iscrizione o contestazione), la contestata sospensione dal mandato prima della condanna definitiva per abuso di ufficio, la preoccupante dilatazione della posizione di garanzia, talvolta desunta in sede giudiziale dai poteri di ordinanza assegnati ai Sindaci e destinata ad integrare variegata ipotesi di reato per omissione (non certo il solo abuso di ufficio). Non è scontato che la riscrittura del reato di abuso sia quindi la soluzione. La stessa abolizione del reato va valutata con cautela, non foss'altro per il concreto rischio di riesplorazione applicativa di altri reati. Se è vero, del resto, che anche il regime delle responsabilità può incidere su ritmi e fluidità produttiva dell'apparato amministrativo, l'innalzamento del relativo livello di efficienza non deve necessariamente passare per un "liberi tutti" che alteri il necessario equilibrio tra certezza dell'attività (e nell'attività amministrativa) e pienezza ed effettività del controllo giudiziale. Nella scontata consapevolezza, in conclusione, che il giusto obiettivo di ridimensionare la c.d. paura della firma non può esaurire le politiche da mettere in campo per riparare la macchina dello Stato, essendo necessario proseguire nel riorganizzarne alcuni gangli, nell'attenuare la polverizzazione di alcune sue strutture (si pensi alle migliaia di inadeguate stazioni appaltanti), nel ripensare i meccanismi interni di controllo e responsabilità, nel riattivare robusti interventi di formazione dei funzionari pubblici, nel rendere in ultimo più attrattiva l'Amministrazione pubblica e la sua missione, soprattutto per i giovani, anche i più capaci e brillanti. È un compito la cui eccezionale importanza è emersa ancor più chiara negli ultimi anni, nei quali l'intero Paese – alle prese con la pandemia prima e subito dopo con la necessità di progettare, attuare e monitorare i poderosi programmi di investimento legati al PNRR – ha riacquisito la smarrita consapevolezza della centralità della macchina dello Stato e del rischio che i suoi affanni possano pregiudicare le politiche pubbliche e la relativa trasmissione attuativa.

SOMMARIO: 1. Premessa. La storia dell'abuso di ufficio tra effettività del controllo giudiziale, certezza e prevedibilità nell'esercizio dell'azione amministrativa e riserva di amministrazione. – 2. Le letture possibili dei dati statistici. – 3. La ricognizione dell'impatto della riforma del 2020. – 3.1. È esclusa la rilevanza della violazione di norme contenute in regolamenti. – 3.2. Regole generiche e regole non vincolanti: le diverse ragioni della introdotta irrilevanza penale. – 3.2.1. Le regole "specifiche" ed "espressamente previste dalla legge". La violazione di norme che enunciano principi generali dell'agere amministrativo. – 3.2.1.1. I principi del nuovo Codice dei contratti pubblici. – 3.2.2. La violazione di norme solo procedurali. – 3.2.3. I casi di c.d. eterointegrazione. – 3.2.4. Le regole "dalle quali non residuino spazi di discrezionalità". – 4. Conclusioni. Le preoccupazioni dei Sindaci.

1. Premessa. La storia dell'abuso di ufficio tra effettività del controllo giudiziale, certezza e prevedibilità nell'esercizio dell'azione amministrativa e riserva di amministrazione.

Anche a seguito del grido di allarme lanciato dall'Associazione dei Sindaci si è ripreso a discutere dell'opportunità di un ripensamento legislativo della fattispecie di abuso di ufficio, indicata come causa di un'esposizione dei sindaci stessi ad un rischio

“non calcolabile e prevedibile” di responsabilità penale, destinato – si sostiene – a sacrificare la fluidità dell’azione amministrativa. Un rischio in astratto assai elevato, se si tien conto degli straordinari impegni legati al PNRR. Rinviando alle conclusioni l’indicazione delle reali doglianze e preoccupazioni dei sindaci, è utile ripercorrere quel che è accaduto dopo l’ultima e assai rilevante riscrittura di questa fattispecie delittuosa.

Una premessa, alcuni dati statistici, una ricognizione di quanto accaduto dal 2020 ad oggi e brevi conclusioni.

Come è noto, nel 2020 – nell’ambito di un più ampio intervento diretto a semplificare l’Amministrazione pubblica nel contesto pandemico, alle prese quindi con l’esigenza di rilanciare un sistema economico in grande affanno – la descrizione normativa del reato di abuso di ufficio è stata significativamente modificata¹. Si è trattato, per vero, della quarta formulazione, dal 1930.

Come osservato², le ragioni di questa instabilità dell’incriminazione del reato di abuso di ufficio e della periodica tendenza a ridefinirne la struttura vanno individuate nella difficoltà di perimetrare una fattispecie che costituisce **reato di chiusura** dell’apparato di tutela penale a presidio del corretto funzionamento dell’amministrazione pubblica, configurabile “*salvo che il fatto non costituisca un più grave reato*”.

Sono noti i contrapposti rischi connessi ad impostazioni estensive o viceversa restrittive nella definizione legislativa o nella delimitazione giurisprudenziale del delitto in esame.

Se il perimetro di tale fattispecie di chiusura non è puntualmente circoscritto dalla norma incriminatrice – come peraltro necessario in omaggio ai principi di precisione e prevedibilità – si prospetta infatti il rischio che nell’esercizio dell’azione amministrativa si produca un’**incertezza paralizzante**, in uno a quello di **indebiti sconfinamenti del giudice penale** in ambiti della stessa attività amministrativa connotati da un nucleo inevitabile di *libertà* o *opinabilità*: sono i casi frequentissimi in cui la legge assegna all’amministrazione il dovere di scegliere – tra soluzione tutte legittime – quella *più opportuna* o *preferibile*.

¹ Tra gli altri, B. BALLINI, [Note minime sulla riformata fattispecie di abuso d’ufficio](#), in *disCrimen.it*, 10 agosto 2020; G.L. GATTA, *La riforma del 2020*, M. GAMBARDELLA, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale* e T. PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, in B. Romano (a cura di), *Il “nuovo” abuso d’ufficio*, Pacini Editore, Pisa, 2021; M. GAMBARDELLA, [Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile](#), in questa *Rivista*, fasc. 7/2020, p. 133 ss.; M. RICCIARDELLI, [Il nuovo abuso di ufficio: un difficile punto di equilibrio](#), in *Archivio penale*, 2021, n. 2, 2 ss.; 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 questa *Rivista*, 17 luglio 2020; G.L. GATTA, [Riforma dell’abuso d’ufficio: note metodologiche per l’accertamento della parziale abolitio criminis](#), in questa *Rivista*, 2 dicembre 2020; G. Insolera, [Quod non fecerunt Barberini fecerunt Barbari. A proposito dell’art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76](#), in *disCrimen.it*, 31 luglio 2020; A. NISCO, [La riforma dell’abuso d’ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile](#), in questa *Rivista*, 20 novembre 2020; T. PADOVANI, [Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio](#), in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, fasc. 7-8.

² G.L. GATTA, [Da “spazza-corrotti” a “basta paura”](#), cit.

Per converso, se quel perimetro è ristretto in modo eccessivo, viene in rilievo l'opposto rischio di **impunità** e **inefficacia preventiva** dell'incriminazione, un rischio ancor più rilevante se non funzionano adeguatamente – ma questo è tema assai più ampio – altri meccanismi di responsabilità, tra cui quelli disciplinari, o più adeguati presidi interni di controllo.

Da decenni il dibattito sul reato di abuso di ufficio ruota quindi attorno all'esigenza di individuare un punto di equilibrio assai difficile tra *pienezza ed effettività del controllo giudiziale* e due distinte esigenze: quella di *certezza dell'attività e nell'attività amministrativa* (posta a rischio da descrizioni incriminatrici o opzioni interpretative che affidano la definizione del perimetro del reato ad elementi troppo elastici), e quella che sia salvaguardata la c.d. *riserva di amministrazione*, compromessa da sconfinamenti del giudice penale in ambiti di esclusiva pertinenza dell'amministrazione, perché attengono alle scelte di merito ed opportunità che alla stessa competono, come tali insindacabili da qualsiasi istanza giurisdizionale.

È un tema, quello dell'individuazione di tale punto di equilibrio, che storicamente si pone non solo per il sindacato del giudice penale, ma anche per quello proprio della *giurisdizione amministrativa* e di *quella contabile*. Per ciascuna delle indicate giurisdizioni la giusta aspirazione alla pienezza ed effettività del controllo giudiziale va conciliata infatti con la necessità di garantire riserva e prevedibilità dell'azione amministrativa. Con la precisazione, scontata, che la riserva di amministrazione comporta la *non sostituibilità del giudice* all'amministrazione nella comparazione degli interessi e nella scelta della soluzione più opportuna che alla stessa competono nei casi di c.d. discrezionalità amministrativa (come chiarito da *Corte cost.*, 9 maggio 2013, n. 85, nel noto caso *Ilva*) o nell'apprezzamento tecnico cui la stessa amministrazione è tenuta nei casi di c. discrezionalità tecnica; non esclude, invece, in astratto, che il giudice possa controllare che quelle forme di discrezionalità siano esercitate legittimamente, osservando i canoni che la legge prescrive³. Del resto, se fosse insindacabile la discrezionalità (anche quella classica, c.d. amministrativa) non avrebbero ragion d'essere il giudice amministrativo e quello contabile, ai quali pure è precluso il sindacato del merito, eccettuati, per il primo, i casi eccezionali di giurisdizione estesa al merito di cui all'art. 134 c.p.a.

Tornando all'abuso di ufficio e tralasciando le tre precedenti puntate risalenti al Codice Rocco, alla riforma del 1990 e a quella del 1997, il legislatore del 2020, con il c.d. Decreto semplificazioni n. 76, oltre ad intervenire in senso restrittivo sul regime della responsabilità erariale, si è determinato a riscriverne la struttura sulla convinzione che la ripresa del Paese in una fase difficile dovuta all'emergenza Covid-19 potesse essere agevolata da **un allentamento delle responsabilità: "basta paura, conviene sbloccare"** fu il motto con cui quel pacchetto normativo fu presentato.

³ Sia consentito rinviare a R. GAROFOLI, *Il controllo giudiziale, amministrativo e penale, dell'Amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 405 ss.

2. Le letture possibili dei dati statistici.

Tanto nel 2020, nel giustificare una riforma dichiaratamente restrittiva dell'estensione della fattispecie, quanto di recente nel 2022 e 2023, nel prospettare – anche tenendo conto delle doglianze dei Sindaci – un ulteriore intervento legislativo (sarebbe il quinto), si valorizzano di frequente, non solo nel dibattito politico ma anche in quello scientifico⁴, taluni dati statistici, attestanti tra l'altro un significativo divario tra numero di indagini e sentenze di condanna per il reato di abuso d'ufficio.

Il reato è infatti oggetto di diffuse iscrizioni o contestazioni da parte dei Pubblici Ministeri, seguite, tuttavia, da percentuali piuttosto basse di sentenze di condanna e, dunque, di accertamento della responsabilità. Quelle iscrizioni e contestazioni, o a monte persino il rischio di esserne destinatari, tuttavia, determinerebbe secondo molti la “paura della firma”, paralizzando o allentando il fluido esercizio dei compiti assegnati ai funzionari pubblici.

Solo un riferimento a questi dati, prima e dopo l'intervento della riforma del 2020.

Prima del 2020, dinnanzi alle Sezioni GIP e GUP sono stati **iscritti 7930** procedimenti per abuso di ufficio nel 2016, 7188 nel 2017, 6671 nel 2018, 5941 nel 2019. **Nel 2021** si è scesi a **5418**.

Le **condanne** presso le stesse Sezioni sono state 35 (di cui 23 con patteggiamento) nel 2016, 45 (di cui 24 con patteggiamento) nel 2017, 44 (di cui 23 con patteggiamento) nel 2018, 50 (di cui 29 con patteggiamento) nel 2019. **Nel 2021** ne sono state pronunciate **44**, di cui 35 con patteggiamento.

Per i **processi giunti a dibattimento**, invece, le **condanne** sono state **82** nel 2016, 66 nel 2017, 54 nel 2018 e nel 2019, 37 nel 2020. **Nel 2021**, all'esito del dibattimento, su 513 procedimenti definiti, le condanne sono state **18**.

Le **assoluzioni** e i **proscioglimenti** innanzi ai **Tribunali**, invece, sono stati **435** (di cui 133 per prescrizione) nel 2016, 394 (di cui 121 per prescrizione) nel 2017, 432 (di cui 129 per prescrizione) nel 2018, 361 (di cui 114 per prescrizione) nel 2019, **256** nel 2021.

Quanto a **archiviazioni** e **proscioglimenti** innanzi alle Sezioni GIP e GUP, sono stati 6.873 nel 2016, 6910 nel 2017, 6389 nel 2018, 5631 nel 2019. I **rinvii a giudizio**, invece, sono stati 534 nel 2016, 483 nel 2017, 501 nel 2018, 445 nel 2019. **Dopo la riforma del 2020**, nel **2021**, su 5.418 procedimenti definiti dall'ufficio GIP/GUP, le **archiviazioni** sono state 4.613 (di cui 148 per prescrizione); quanto alle **condanne**, ne sono state pronunciate 9, con 35 patteggiamenti, mentre sono stati 370 i decreti che hanno disposto il giudizio.

Possano trarsi alcune constatazioni.

La prima è che i **procedimenti** per abuso di ufficio sono senz'altro in calo. L'abuso d'ufficio è un **reato sempre meno utilizzato**: i procedimenti iscritti nella sezione Gip/Gup sono passati da **7.930** nel 2016 a **4.812** nel 2021, il 39,3% in meno; una riduzione più ampia del **-17,6%** registrato dal totale dei procedimenti penali con autore noto sempre di fronte al Gip/Gup.

⁴ C. CUPELLI, [Sulla riforma dell'abuso d'ufficio](#), in questa *Rivista*, 23 gennaio 2023.

La seconda è che, per il reato di abuso di ufficio, si registra certo un **alto tasso di archiviazione**: nel 2021 su 5.418 procedimenti definiti dall'ufficio Gip/Gup, le archiviazioni sono state 4.613 (di cui 148 per prescrizione), oltre l'85 per cento. Una quota superiore al *dato medio dei procedimenti penali*, fermo al **62%** (*comunque elevato*)⁵. Un tasso destinato probabilmente ad aumentare a seguito della **riforma Cartabia** per effetto della quale il P.M. è tenuto a presentare al giudice richiesta di archiviazione tutte le volte che gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari non consentano di formulare una "*ragionevole previsione di condanna*".

La terza constatazione è che, dopo la riforma del 2020, sono in forte diminuzione anche le **condanne** nei processi giunti a dibattimento. Da 82 del 2016, 66 nel 2017 e 54 nel 2018 e 2019, a 18 nel 2021.

Sono dati che si prestano tuttavia a più a **più letture**.

In primo luogo, il rapporto tra archiviazioni e numero complessivo di procedimenti definiti è certo assai alto per il reato di abuso di ufficio (85% nel 2021), ma è altrettanto rilevante per molte altre tipologie di reato, il *dato medio nazionale* essendo comunque pari al 62%. È un aspetto che va considerato nel valutare se sia corretto trarre da questi soli dati statistici conclusioni relative all'opportunità di ritornare per la quinta volta sul reato di abuso di ufficio. Posto che il tasso di archiviazione è molto elevato anche per tanti altri reati, si dovrebbe per ciò solo ripensare, se non abolire, parti intere del catalogo delle incriminazioni?

Occorre peraltro cogliere le ragioni di quel divario così significativo. Si è sostenuto, quanto al reato di abuso di ufficio, che vi possa essere un **abuso dell'abuso d'ufficio**, probabilmente da parte di chi formula denunce di frequente infondate, oltre che, in ipotesi, da chi lo utilizza per dare avvio a indagini dirette a **controllare l'operato** dei pubblici amministratori, in vista della contestazione di reati più gravi. Se così fosse, occorrerebbe chiedersi se il rimedio sia da rintracciare sul piano sostanziale o piuttosto su meccanismi di tipo processuale, valutando, tra l'altro, quale possa essere l'impatto applicativo delle recenti innovazioni della riforma Cartabia in punto di doveri del Pubblico Ministero nel concludere le indagini preliminari.

Quanto, invece, allo scarno numero delle condanne, c'è da chiedersi se quel dato (ancor più evidente dopo la riforma del 2020) non si presti ad una lettura parzialmente positiva, nella sua attitudine ad attestare una **capacità della giurisprudenza di selezionare gli abusi penalmente rilevanti**. Una selezione che potrebbe concorrere a ridurre la diffusa ansia di denuncia e ad orientare le scelte dei magistrati inquirenti, determinando così un ulteriore ridimensionamento nell'utilizzo (laddove improprio) della fattispecie.

In tale prospettiva, è utile dare atto – per ciascuna delle tre novità introdotte dalla riforma del 2020 nella descrizione normativa del reato di abuso di ufficio – delle soluzioni interpretative maturate in giurisprudenza in questi due anni.

⁵ V. MIGNONE, *Abuso d'ufficio verso la riforma: processi calati del 40% dal 2016*, in *Il Sole 24 ore*, 12 dicembre 2022, 1-5.

3. La ricognizione dell'impatto della riforma del 2020.

Come anticipato, tre sono state le innovazioni introdotte dal legislatore del 2020 nella struttura della fattispecie che si esamina.

Fermi restando l'immutato riferimento all'elemento psicologico del **dolo intenzionale** e l'opzione alternativa della condotta esecutiva consistente nella violazione dell'**obbligo di astensione**, il **delitto di abuso d'ufficio** è ora configurabile nei soli casi in cui la violazione di legge da parte dell'agente pubblico abbia avuto ad oggetto:

- regole dettate **da norme di legge o da atti aventi forza di legge**, dunque non anche da meri regolamenti ovvero da altri atti normativi di fonte *sub* primaria;
- **specifiche regole di condotta** e non anche **regole di carattere generale**;
- regole formulate in termini da **non lasciare alcun margine di discrezionalità** all'agente, restando perciò esclusa l'applicabilità della norma incriminatrice laddove quelle regole di condotta rispondano in concreto, anche in misura marginale, all'esercizio di un potere discrezionale.

Si passano sinteticamente in rassegna le indicate previsioni dando atto, per ciascuna, delle soluzioni interpretative emerse in giurisprudenza.

3.1. È esclusa la rilevanza della violazione di norme contenute in regolamenti.

In primo luogo, è stata dal legislatore del 2020 **esclusa la rilevanza della violazione di norme contenute in regolamenti**: l'abuso potrà infatti essere integrato solo dalla violazione di "*regole di condotta...previste dalla legge o da atti aventi forza di legge*", cioè da *fonti primarie*. Al riguardo, salvo quanto si indicherà oltre a proposito del rilievo penale da riconoscere alla **violazione mediata di norme di legge interposte**, è se mai da considerare che si è dubitato della **ragionevolezza di tale esclusione dei regolamenti** dal novero delle fonti normative la cui inosservanza può dar luogo all'abuso d'ufficio. Si è detto infatti⁶ che proprio nei regolamenti, spesso frutto di processi di delegificazione, si rinvengono *regole di condotta espresse e specifiche*, relative alla funzione o al servizio esercitato in una determinata amministrazione pubblica e, pertanto, *più vicine al caso concreto e capaci di orientare e uniformare l'operato degli amministratori*.

3.2. Regole generiche e regole non vincolanti: le diverse ragioni della introdotta irrilevanza penale.

La seconda innovazione della riforma del 2020 è consistita nel circoscrivere il rilievo penale 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*.

⁶ G.L. GATTA, [Da "spazza-corrotti" a "basta paura"](#), cit.

Una osservazione introduttiva.

Specificità e vincolatività sono due concetti distinti:

- **generiche** sono le **disposizioni vaghe** da cui spetta all'interprete ricavare, di volta in volta, la regola di condotta cui l'agente pubblico avrebbe dovuto attenersi;
- **non vincolanti**, perché idonee a **lasciare margini di discrezionalità**, invece, sono le norme che, nell'attribuire e regolare il **potere amministrativo**, consentono all'Amministrazione di scegliere la soluzione amministrativa *più opportuna* comparando gli interessi in gioco (discrezionalità c.d. amministrativa) ovvero, *senza poter scegliere*, di verificare che sussistano i presupposti di legge per l'adozione di una determinazione già definita in via legislativa, facendo applicazione tuttavia di *regole tecniche e specialistiche dall'esito incerto e opinabile* (c.d. discrezionalità tecnica).

L'esclusione dal perimetro applicativo della condotta del reato di abuso di ufficio della violazione di *regole generiche*, da un lato, e di *regole non vincolanti*, dall'altro, risponde a **finalità differenti**.

Il problema delle **norme generiche** è che esse possono porsi in contraddizione con il principio di legalità, in particolare di **precisione e prevedibilità**: la limitazione dell'incriminazione alla violazione di *specifiche ed espresse regole di condotta* è diretta quindi a incrementare la capacità selettiva della fattispecie legale e a garantire una maggiore prevedibilità.

Il problema del sindacato sulle **norme non vincolanti** è principalmente invece che, con quel sindacato, il giudice penale rischia di **sconfinare nell'area del merito amministrativo** e di sovrapporre le proprie valutazioni di opportunità a quelle effettuate dal pubblico agente.

3.2.1. Le regole "specifiche" ed "espressamente previste dalla legge". La violazione di norme che enunciano principi generali dell'*agere* amministrativo.

Quanto alla natura **specificata** delle regole e al fatto che le stesse siano **espressamente previste** dalle citate fonti primarie, la riforma è stata determinata dall'obiettivo di escludere che la **violazione di principi generali** possa integrare l'abuso d'ufficio. Il problema si è posto, tra l'altro e in particolare, con riferimento ai principi espressi nell'**art. 97 Cost.** (doveri costituzionali di imparzialità e buon andamento della p.a.). Secondo un orientamento giurisprudenziale affermatosi prima del 2020, l'art. 97 Cost. *rileverebbe nella sua parte immediatamente precettiva*, sul versante dell'obbligo di **imparzialità**, *"che impone ad ogni pubblico funzionario, nell'esercizio delle sue funzioni, di non usare il potere che la legge gli conferisce per compiere deliberati favoritismi e procurare ingiusti vantaggi, ovvero per realizzare intenzionali vessazioni o discriminazioni e procurare ingiusti danni"*. Al riguardo, per quanto non siano mancati arresti di segno opposto (Cass., 6 dicembre 2021, n. 2028), è tuttavia prevalso nella giurisprudenza successiva al 2020 l'**indirizzo restrittivo**. In termini, Cass, Sez. VI 15 aprile 2021, n. 14214, ha escluso la rilevanza penale della violazione dell'art. 97 Cost., nel caso di un concorso bandito

dall'Università per il conferimento di un incarico, pur davanti ad uno “sbilanciamento” a favore di un candidato (cd. “favoritismo privato”), emergente da vari indizi nella redazione dei criteri e nella valutazione delle domande; la sentenza riconosce che ad essere violato potrebbe essere, in astratto, il principio di imparzialità, ma che esso non rientra nel perimetro dell'art. 323 c.p., perché nell'oggetto dell'art. 97 Cost. non sono contemplate regole di condotta. Più di recente, *Cass.*, 17 febbraio 2022, n. 13136, ha ribadito che il tenore letterale della nuova norma incriminatrice e il significato che alla stessa va attribuito alla luce dei lavori parlamentari, idonei a illustrare quale sia stata la reale *voluntas legis*, consentono di affermare che con la riforma del 2020 si sia voluto escludere la possibilità di ritenere integrato il reato *de quo* sulla base della sola accertata violazione dell'art. 97 Cost. Ed infatti, «*risulta trasparente l'intento di sbarrare la strada alle interpretazioni giurisprudenziali che avevano dilatato la sfera di operatività della norma introdotta dalla l. n. 234 del 1997: la puntualizzazione che l'abuso deve consistere nella violazione di regole specifiche mira ad impedire che si sussuma nell'ambito della condotta tipica anche l'inosservanza di norme di principio, quale l'art. 97 Cost.*»

Sullo sfondo, l'assunto – che ha mosso *in parte qua* il legislatore del 2020 – per cui a fronte di norme di principio e di regole non specifiche risulta **difficile evincere quale sia il comportamento che il pubblico ufficiale deve tenere**, sicché risulterebbe compromessa (qualora la condotta violativa fosse resa incriminabile) l'esigenza di *prevedibilità* sottesa al principio di precisione (in termini, *Cass.*, Sez. VI, 20 giugno 2022, n. 23794).

3.2.1.1. I principi del nuovo Codice dei contratti pubblici.

L'importanza di questo primo aspetto può essere destinata ad aumentare una volta entrato in vigore il **nuovo Codice dei contratti pubblici**.

Come è noto, il d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (il Codice dei contratti pubblici oggi vigente) non contiene una parte iniziale dedicata ai principi generali. Al Titolo II, il d. lgs. n. 50 del 2016, nel dettare la disciplina dei contratti esclusi in tutto o in parte dal campo di applicazione del codice, fissa alcuni principi, destinati, quindi a trovare applicazione perché non opera la disciplina del Codice (art. 4). Come chiarito nella Relazione al Progetto di Codice del 2023, il ruolo dei principi nel d. lgs. n. 50 del 2016 “*subisce, così, una compressione rilevante da parte delle norme puntuali, che finiscono per erodere ambiti di discrezionalità alle amministrazioni pubbliche*”.

Ben differente l'approccio del Codice del 2023, che dedica una parte generale (la Parte I del Libro I) alla **codificazione di principi riguardanti l'intera materia dei contratti pubblici**.

Come illustrato nella *Relazione*, la codificazione dei principi mira a realizzare, fra gli altri, i seguenti obiettivi:

a) ribadire che **la concorrenza è uno strumento** il cui fine è realizzare al meglio l'obiettivo di un appalto aggiudicato ed eseguito in funzione del preminente interesse della committenza (e della collettività) (art. 1, comma 2);

b) **accentuare e incoraggiare lo spazio valutativo** e i poteri di iniziativa delle stazioni appaltanti, per contrastare, in un quadro di rinnovata fiducia verso l'azione dell'amministrazione, il fenomeno della cd. "burocrazia difensiva", che può generare ritardi o inefficienze nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti (art. 2, comma 2).

In tale direzione, particolarmente innovativa appare l'enunciazione, nei primi tre articoli del nuovo Codice, dei principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato, espressamente richiamati come criteri di interpretazione delle altre norme del codice.

3.2.2. La violazione di norme solo procedurali.

Entrata in vigore la riforma del 2020, si è dubitato che la stessa, nel riconoscere rilevanza penale alla sola violazione di regole di condotta specifiche ed espresse, avesse risolto l'ulteriore questione interpretativa in passato emersa, relativa al rilievo della violazione di **norme solo procedurali**. Era stato al riguardo suggerito⁷ di assegnare rilievo non solo alla fonte delle regole di condotta, ma anche al loro **contenuto**, per esempio inserendo un inciso volto a dare rilievo alle regole "*attinenti alle funzioni e al servizio esercitato*".

La giurisprudenza pare, anche al riguardo, aver optato per un'*interpretazione restrittiva* considerando per esempio irrilevante, ai fini dell'integrazione del reato di abuso di ufficio, la circostanza che il potere si concretizzi nell'adozione di un provvedimento amministrativo recante una motivazione incompleta ovvero insufficiente, dunque in violazione del generico obbligo di motivazione che deve qualificare tutti gli atti amministrativi che incidono sulla sfera giuridica dei relativi destinatari (*Cass.*, 17 febbraio 2022, n. 13136).

3.2.3. I casi di c.d. eterointegrazione.

Un ulteriore profilo problematico attiene ai frequenti casi di c.d. eterointegrazione, cioè di **violazione mediata di norme di legge interposte**. È il caso classico del permesso a costruire rilasciato in diretta violazione delle norme di piano, ma in indiretta violazione dell'art. 12, co. 1, TUE a mente del quale lo stesso permesso deve conformarsi agli strumenti urbanistici.

Su questo punto si registra una diversità di posizioni interpretative.

Talvolta, la giurisprudenza di legittimità, ancora una volta orientata in senso restrittivo, ha escluso che integri abuso d'ufficio la condotta contraria a norme di fonte sub primaria (per esempio, il Piano Regolatore) che siano presupposto per l'applicazione di una «*norma di legge*» (per esempio, il Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia – d.P.R. 380/2001), a sua volta richiamata dall'art. 323

⁷ G.L. GATTA, [Da "spazza-corrotti" a "basta paura"](#), cit.

c.p. (Cass., 8 gennaio 2021, n. 442; contra, tuttavia, tra le altre, Cass., sez. VI, 12 novembre 2020, n. 31873, e Cass., sez. III, 28 settembre 2020, n. 26834).

3.2.4. Le regole “dalle quali non residuino spazi di discrezionalità”.

La riforma del 2020 ha inoltre precisato che rilevano solo regole di condotta **dalle quali non residuino margini di discrezionalità**.

L'intervento riformatore si giustifica in ragione dell'esistenza di orientamenti giurisprudenziali che a determinate condizioni hanno in passato ritenuto configurabile l'abuso d'ufficio in ipotesi di **eccesso di potere**, sotto forma di **sviamento**, che ricorre quando nei provvedimenti discrezionali *il potere è esercitato per un fine diverso da quello per cui è attribuito*. In tal senso si sono espresse anche le Sezioni Unite della Cassazione, affermando che *“sussiste il requisito della violazione di legge non solo quando la condotta del pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando la stessa risulti orientata alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, realizzandosi in tale ipotesi il vizio dello sviamento di potere, che integra la violazione di legge poichè lo stesso non viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione”* (Cass. Sez. Un. 29 settembre 2011, n. 155).

Per quanto l'eccesso di potere sia uno dei tre vizi di legittimità dell'atto amministrativo (e non già un vizio di merito), si sostiene che nella sindacabilità dello stesso ad opera del giudice penale si anniderebbe **il rischio di un suo sconfinamento nella sfera più intima, libera e opinabile dell'attività amministrativa**.

L'impressione è che il legislatore, preoccupato di semplificare, abbia cercato di risolvere in modo *tranchant* un problema certo reale, ma anche complesso.

È uno dei **punti più discussi della riforma del 2020**. Anche al riguardo la giurisprudenza si è orientata in senso senz'altro restrittivo. In particolare, Cass., 17 febbraio 2022, n. 13136, intervenuta con riferimento alla condotta di un Sindaco che, in concorso con un consulente esterno incaricato per la predisposizione del nuovo assetto organizzativo dell'amministrazione municipale, aveva nominato, in violazione dell'art. 25, d.lgs. n. 150 del 2009, la moglie del consulente come responsabile di posizione organizzativa, così procurando loro un ingiusto vantaggio patrimoniale e pregiudicando altri dipendenti di pari categoria giuridica, ma con superiore posizione economica e migliori requisiti professionali. Ad avviso della Cassazione, la specifica regola di condotta dettata dall'art. 25, comma 2, del d.lgs. n. 150 del 2009 (secondo cui nell'assegnazione ai propri dipendenti di incarichi e responsabilità le pubbliche amministrazioni devono tenere conto della *«professionalità sviluppata e attestata dal sistema di misurazione (...) secondo criteri oggettivi e pubblici»*) comporta di certo margini di discrezionalità nell'esercizio comparativo dei profili e nel bilanciamento tra le aspettative dei singoli dipendenti e le esigenze delle amministrazioni medesime. D'altro canto – hanno sostenuto i giudici di legittimità – **lo sviamento del potere**, vale a dire l'esercizio della funzione pubblica orientato alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, **è ininfluenza** – ai fini della

configurabilità di una responsabilità penale ai sensi del "nuovo" art. 323 c.p. – **laddove quel potere risulti caratterizzato dalla presenza di margini di discrezionalità**, perché normativamente previsto come non vincolato (in termini, *Cass.*, 28 gennaio 2021, n. 8057; 9 dicembre 2020, n. 442).

4. Conclusioni. Le vere preoccupazioni dei Sindaci.

La giurisprudenza pare attenersi, quindi, alle intenzioni del legislatore del 2020, tenendo su quasi tutti i segmenti della fattispecie di abuso di ufficio incisi da quell'intervento di riforma un atteggiamento interpretativo di tipo restrittivo. Il che spiega, del resto, le sole 18 condanne del 2021, nei processi giunti alla fase dibattimentale.

Soprattutto, sul tema della natura non discrezionale del potere attribuito o regolato dalla norma violata, la giurisprudenza sembra aver quasi sempre aderito a opzioni coerenti con la volontà del legislatore del 2020.

Non erano mancate e non mancano ancor oggi al riguardo posizioni assai critiche rispetto alla scelta legislativa di escludere l'abuso di ufficio per il sol fatto che si sia al cospetto di poteri connotati da un certo tasso di discrezionalità. Non si è mancato di osservare che assai di frequente **gli abusi – anche i più odiosi – si annidano proprio nell'esercizio della discrezionalità**. Se è necessario certo escludere che il giudice penale possa *sostituire la sua opinione alla scelta libera* fatta dall'Amministrazione nell'esercizio della **discrezionalità amministrativa** o all'apprezzamento che la stessa amministrazione faccia di *regole tecniche dal risultato incerto* quali sono quelle applicate nei casi di c.d. **discrezionalità tecnica**, non altrettanto è scontato che si debba escludere un sindacato di stretta legittimità sulle concrete modalità di esercizio della discrezionalità. Ferma la tenuta costituzionale dell'opzione legislativa del 2020 (come chiarito da *Corte cost.*, 18 gennaio 2022, n. 8), non può cioè ritenersi scontatamente corretta o opportuna la scelta legislativa fatta sul punto nel 2020, laddove comporta la non perseguibilità di forme di esercizio della discrezionalità – amministrativa o tecnica – del tutto irragionevoli, illogiche e arbitrarie (e perciò illegittime sul piano amministrativo), poste in essere con l'intento di perseguire un ingiusto vantaggio patrimoniale o di recare un danno ingiusto. In particolare, si è detto che, scegliendo di limitare il sindacato del giudice all'attività vincolata della pubblica amministrazione, si rischia di punire le sole **violazioni formali** di norme di legge, appiattendolo l'area di responsabilità penale su illegittimità di carattere formalistico-amministrativo⁸ e lasciando, invece, impuniti gravi episodi di **distorsione del potere pubblico, in specie quelli mossi da fini ritorsivi o di prevaricazione**⁹.

Concludendo, non pare semplice – tanto più tenuto conto degli sviluppi interpretativi emersi in questi due anni di applicazione giurisprudenziale della riforma

⁸ C. CUPELLI, *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, cit.

⁹ T. PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, in B. Romano (a cura di), *Il "nuovo" abuso d'ufficio*, Pacini Editore, Pisa, 2021.

del 2020 e dei dati statistici sopra illustrati (sole 18 condanne nel 2021) – ridimensionare ulteriormente il perimetro dell’abuso di ufficio.

In disparte la condivisibilità sul piano delle linee di politica criminale, infatti, anche la pur proposta limitazione ulteriore del perimetro della fattispecie di abuso di ufficio alle sole ipotesi di violazioni di legge che determinino un evento di danno ingiusto (non anche un evento di ingiusto vantaggio) non neutralizzerebbe il rischio di un numero di iscrizioni e contestazioni ancora elevate, seguite da frequenti archiviazioni.

La stessa abolizione del reato, del resto, non sarebbe priva di rischiose implicazioni, in particolare quella della riespansione applicativa di altre figure delittuose; sempre, peraltro, che una siffatta abolizione regga al sindacato *in malam partem* della Corte costituzionale¹⁰.

D’altra parte – tornando ai Sindaci – le loro principali preoccupazioni, essenzialmente legate a tre fattori, non necessariamente impongono l’ennesima riforma dell’abuso di ufficio: si tratta della lamentata attitudine del solo avvio delle indagini a minare la credibilità degli amministratori locali (il che tuttavia vale per tanti altri reati oggetto di iscrizione o contestazione), della contestata sospensione dal mandato prima della condanna definitiva per abuso di ufficio, della preoccupante dilatazione della posizione di garanzia talvolta desunta in sede giudiziale dai poteri di ordinanza che gli artt. 50 e 54 TUEL assegnano ai Sindaci, destinata ad integrare (in forza della clausola di equivalenza di cui all’art. 40, co. 2, c.p.) variegata e significative ipotesi di reato contestate in forma omissiva impropria (non certo il solo abuso di ufficio). Non è scontato che la riscrittura del reato di abuso sia quindi la soluzione ottimale, né quella da preferire, nel venire incontro a quelle preoccupazioni. Non è scontato che la riscrittura del reato di abuso sia quindi la soluzione ottimale, né quella da preferire, nel venire incontro a quelle preoccupazioni. Nella scontata consapevolezza, in conclusione, che il giusto obiettivo di ridimensionare la c.d. paura della firma non può esaurire le politiche da mettere in campo per riparare la macchina dello Stato, essendo necessario proseguire nel riorganizzarne alcuni gangli, nell’attenuare la polverizzazione di alcune sue strutture (si pensi alle migliaia di inadeguate stazioni appaltanti), nel ripensare i meccanismi interni di controllo e responsabilità, nel riattivare robusti interventi di formazione dei funzionari pubblici, nel rendere in ultimo più attrattiva l’Amministrazione pubblica e la sua missione, soprattutto per i giovani, anche i più capaci e brillanti. È un compito la cui eccezionale importanza è emersa ancor più chiara negli ultimi anni, nei quali l’intero Paese – alle prese con la pandemia prima e subito dopo con la necessità di progettare, attuare e monitorare gli straordinari programmi di investimento legati al PNRR – ha riacquisito la smarrita consapevolezza della centralità della macchina dello Stato e del rischio che i suoi affanni possano pregiudicare le politiche pubbliche e la relativa trasmissione attuativa.

¹⁰ C. CUPELLI, [Sulla riforma dell’abuso d’ufficio](#), cit.