

QUESITI

FABIO COPPOLA

Abuso d'ufficio: appunti per una possibile riforma dai lavori della *Law Commission* sulla *common law offence of Misconduct in Public Office*

Partendo dalle problematiche che hanno caratterizzato l'inflazione investigativa dell'abuso d'ufficio, si affronterà il dibattuto tema della riforma dell'art. 323 c.p., confrontando i lavori della *Law Commission* britannica per la riforma della *Misconduct in Public Office offence* con la proposta "Castaldo-Naddeo", frutto dei lavori del progetto di ricerca coordinato dall'Università degli Studi di Salerno "Pubblica Amministrazione: semplificare i processi decisionali, migliorare le performance". Infine, si esploreranno due ulteriori direttrici di riforma, la prima derivante dalla necessità di semplificazione del 'sommo disordine' normativo e la seconda dal possibile apporto dell'intelligenza artificiale alla decisione amministrativa.

Office abuse: notes for a possible reform from the work of the Law Commission on the common law offence of Misconduct in Public Office

Starting from the problems that characterized investigative inflation of abuse of office, we will address the debated issue of the reform of art. 323 of the Criminal Code, comparing the work of the British Law Commission for the reform of the Misconduct in Public Office offence with the "Castaldo-Naddeo" proposal, the result of the work of the research project coordinated by the University of Salerno "Public Administration: simplifying processes decision-making, improve performance". Finally, two further reform guidelines will be explored, the first deriving from the need for simplification of the "supreme disorder" of regulations and the second from the possible contribution of artificial intelligence to the administrative decision.

SOMMARIO: 0. Premessa. - 1. Le distorsioni prasseologiche dell'abuso d'ufficio. Cenni e rinvio. - 2. *Misconduct in Public Office offence*: a) genesi e struttura. - 2.1. (...) b) Problematiche e prospettive di riforma nei lavori della *Law Commission*. - 3. Spunti per la riforma dell'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.). - 3.1. (...) Premessa e nota metodologica. - 3.2. (...) I risultati del progetto di ricerca CUR "Pubblica Amministrazione: semplificare i processi decisionali, migliorare le performance". - 3.3. (...) La burocrazia difensiva e il timore di incorrere nel procedimento penale per abuso d'ufficio. - 3.4. (...) Il dato statistico sui procedimenti per abuso d'ufficio nel Distretto della Corte di Appello di Salerno. - 3.5. (...) La proposta di riforma dell'abuso d'ufficio "Castaldo-Naddeo". - 4. Spunti derivanti dal confronto della proposta "Castaldo-Naddeo" con i lavori della *Law Commission*. - 5. Due ipotesi di lavoro ulteriori: la riorganizzazione del "sommo disordine" e l'apporto dell'intelligenza artificiale.

0. *Premessa*. Siamo nell'Inghilterra di fine XVIII° secolo (1783). Il contabile di un pubblico ufficio addetto alla riscossione viene condannato in sede penale per aver consapevolmente omesso di indicare al suo superiore parte della somma ricevuta, compito riferibile al suo ufficio. *Case law* (c.d. *Bembridge*) da cui, secondo la letteratura, gemmerà l'attuale *Misconduct in Public Office offence*, anche se le prime sporadiche tracce pare risalgano addirittura al tre-

dicesimo secolo¹.

Ebbene, al contabile non fu contestata l'omissione dell'atto doveroso in sé, bensì la ben più grave fattispecie di *misbehaviour in office* (la cui pena massima è l'ergastolo) in quanto a rilevare fu il "breach of trust (...) in a matter concerning the public"², dal momento che la consapevolezza della somma non versata agli occhi dell'organo giudicante significò la presenza di una volontà corruttiva³.

In un diverso caso, in cui l'imputato rifiutò di concedere una licenza ai richiedenti, la *quaestio iuris* al vaglio dei giudicanti non fu la correttezza o meno della delibera, invero rimessa alla discrezionalità dell'ufficio, bensì se questa fosse motivata da ragioni 'corrotte', come la volontà di danneggiare i richiedenti per un risentimento personale⁴.

Scolpiti tra le cronache giudiziarie del tempo, i casi in esame dipingono i tratti di una fattispecie di pericolo, dagli spiccati contorni del diritto penale d'autore e dalla forte carica moraleggiante, la cui pretesa punitiva poggia sul cattivo esempio rappresentato da un *office holder* che può ingenerare sfiducia nei consociati.

Torniamo ai giorni nostri.

Abbiamo già avuto modo di rilevare come, nonostante gli sforzi profusi dal legislatore, la porosità della fattispecie di abuso di ufficio abbia generato veri e propri 'processi alle intenzioni', eleggendo, nell'evanescente tipicità della norma, quale principale oggetto di accertamento nei gradi di giudizio la presenza o meno del dolo intenzionale (l'infedeltà), o meglio, dei suoi indici presuntivi⁵. Tendenza condivisa, con preoccupazione, da chi ha recentemente segnalato il rischio di "dissolvenza' dei vincoli di legge" e di consequenziale sconfinamento del giudice penale nelle attività discrezionali, dovuto all'ansia di "inseguire e perseguire il malaffare della pubblica amministrazione" ad ogni costo, anche quello di fondare l'accertamento penale sulle "ragioni"

¹ Cfr. NICHOLLS ET AL., *Corruption and misuse of public office*, Oxford, 3 ed., 2017, 146 ss.; riferimenti ancora più datati, seppure in una forma embrionale, se ne trovano in MCBAIN, *Modernising the Common Law Offence of Misconduct in a Public or Judicial Office*, in *Journal of Politics and Law*, Vol. 7, 4/2014, 46 ss.

² Cfr. MCBAIN, *op. cit.*, 57.

³ Riportando le esatte parole utilizzate nel caso in questione: "If the defendant knew of the omission... and if he concealed it, his motive must have been corrupted". Cfr. *Ibidem*.

⁴ Cfr. ID., *op. cit.*, 56.

⁵ Tema ampiamente esplorato da SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2006. Sia, inoltre, consentito il rimando alle considerazioni contenute in COPPOLA, *Il processo 'alle intenzioni' per abuso d'ufficio*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1-2/2018 e alla bibliografia ivi richiamata.

dell'atto - ragioni cioè genericamente invocate, non altrimenti qualificate - lasciando dedurre che basterebbe in definitiva la semplice intenzione criminosa del soggetto a illustrare il perfezionarsi di ogni presupposto della pena”⁶.

Pur con i necessari distinguo, è curioso che una fattispecie geneticamente flessibile, nata per via giudiziaria in un sistema di *common law* per stigmatizzare l'infedeltà dell'amministratore pubblico, presenti, alla prova del diritto vivente, le medesime sfide processuali di un complesso archetipo normativo di *civil law*, frutto di diversi interventi riformatori, accomunati dall'unico scopo di oggettivizzarne il contenuto alla luce dei principi di offensività e precisione tipica della norma penale.

Sfida evidentemente ancora *in itinere* - e non per 'colpe' riferibili in toto al *design* legislativo della fattispecie penale - che alimenta pertanto il dibattito scientifico e non sul tema.

A testimonianza, basti il dato dell'aumentato interesse da parte di studiosi, addetti ai lavori e della politica⁷ rispetto a un reato immaginato come 'cernie-

⁶ Cfr. MASSI, *Elusione del fatto tipico e speciale antidoverosità della condotta. Un'indagine sui confini della fattispecie penale*, Torino, 2019, 2-3. A pag. 52, nota 10, l'Autrice richiama un'interessante pronuncia giurisprudenziale dove, dall'asserita parzialità della motivazione dell'atto si ricostruisce la violazione di legge.

⁷ Senza pretese di completezza, in tema di abuso d'ufficio, cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale - II - sedicesima edizione integrata e aggiornata*, a cura di Grosso, Milano, 2016, 453; 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*, Padova, 2013, 1013; D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, Milano, 2009; FIANDACA-MUSCO, *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Volume I*, Bologna, 2012, 256; 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*, Milano, 2010, 356; MANNA, *Luci ed ombre nella nuova fattispecie d'abuso d'ufficio*, in *Indice penale*, 1988, 27 ss.; ID., *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Torino, 2004; PADOVANI, *Commento all'art. 1 l. 16/7/1997 n. 234*, in *Le Leggi Penali*, 2, 1997; ID., *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. Riflessioni sulla riforma*, Napoli, 1989; PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Diritto Penale e Processo*, 1999; ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Artt. 314-335-bis c.p. - Commentario Sistematico*, Terza edizione, Milano, 2013, 318; RUGGIERO, *Abuso di ufficio*, in Grosso-Pellisero (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Reati contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2015, 375 ss.; SEGRETO - DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999; SESSA, *Osservazioni sul nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in *Archivio Penale*, 3-4/1993, 356-373; VALLINI, *L'abuso di ufficio*, in Palazzo (a cura di) *Trattato di Diritto Penale, II, Delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2011, 320 ss.

Con riguardo al tema della riforma dell'abuso d'ufficio, cfr. CANTONE, *La giusta riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Il Quotidiano di Puglia*, 26 maggio 2019; CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018; ID., *L'abuso penalmente rilevante nel mercato economico finanziario e nella pubblica amministrazione*, in *Rivista trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1-2/2018, 89-100; ID., *Por qué es necesario reformar el delito de abuso de poder*, in *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*; ID., *Abuso d'ufficio*,

ra' del sistema dei delitti contro la Pubblica Amministrazione e dalla operatività marginale.

Sensibilità cui la comunità scientifica può provare a fornire risposte razionali, supportate dogmaticamente e dal possibile risvolto pratico; ruolo che mai come oggi spetta all'Accademia, stante la perdita di bussola della politica criminale⁸, troppo spesso oscillante tra gli estremi del clemenzialismo e giustizialismo ad ogni costo⁹. Con la consapevolezza che la diversità di opinioni necessariamente polarizzerà il successivo dibattito e la (forse ingenua) speranza di offrire un contributo quanto più neutro possibile alla discussione.

Proveremo, dunque, senza pretese di completezza, ad analizzare le possibili ripercussioni di una riforma molto dibattuta, come quella dell'abuso d'ufficio, confrontandoci con un sistema di *common law* quale l'ordinamento inglese.

La scelta di ospitare il *partner* anglosassone non è casuale, ma si deve alle seguenti principali ragioni:

la deformazione prasseologica vissuta dall'art. 323 c.p. e spesso denunciata quale emblema di interpretazione creativa¹⁰ ha avvicinato, come vedremo, det-

errori da evitare in una riforma necessaria, in *Il Mattino*, 10 settembre 2017 e ID., *Abuso d'ufficio, la riforma che serve per rilanciare la Pa*, in *Il Mattino*, 14 ottobre 2017; GRATTERI-MAZZONE, *Come delimitare l'abuso d'ufficio*, in *Il Sole 24 Ore*, 22 febbraio 2012; MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2/1997, 1202 ss.; NADDEO, *Abuso d'ufficio: tipicità umbratile o legalità crepuscolare del diritto vivente? Dogmatica di categorie e struttura del tipo nella prospettiva de lege ferenda*, in Castaldo (a cura di), *op. cit.*, in part. 31 ss.; NADDEO-FERRARA, *L'abuso d'ufficio tra diritto e ragione*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, 4/2019, in part. 45; SALCUNI, *La «disciplina altrove»*. *L'abuso d'ufficio tra regolamenti e normazione flessibile*, Napoli, 2019; PERONGINI, *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio*, in Castaldo (a cura di), *op. cit.*, 12 ss.; STORTONI, *Intervento*, in Castaldo (a cura di), *op. cit.*, 117 ss., il quale si unisce all'auspicio di definitiva abrogazione della fattispecie.

⁸ In argomento, tra gli altri, cfr. BRUNELLI, *Riformare il penale, tra l'abbandono del codice e la centralità della legge*, in *Archivio Penale*, 3/2019, il quale denuncia "politiche penali *prêt a porter*, frutto di disegni di cortissimo respiro, nella migliore delle ipotesi per fronteggiare le occasionali o ricorrenti emergenze, che hanno in comune l'unico obiettivo di intercettare consenso elettorale".

⁹ Il necessario recupero dell'Accademia quale interlocutore necessario è autorevolmente richiamato da BRUNELLI, *Introduzione ad un Confronto di idee su: «Diritto penale di lotta versus diritto penale di Governo: sconfiggere l'incomunicabilità o rassegnarsi all'irrelevanza»*, in *Archivio Penale*, 1/2019 e FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari, 2017, 193.

¹⁰ Su ruolo e limiti dell'interpretazione giudiziale, cfr. BERNARDI, *Populismo giudiziario? L'evoluzione della giurisprudenza penale sul kirpan*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2/2017; BRUNELLI, *Giustizia penale e agone politico: quando il contrasto interpretativo si scioglie nel tifo da stadio*, in *Archivio Penale*, 1/2020; EUSEBI, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 4/2016, 1668 ss.; FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013; INSOLERA, *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 4/2016, 1999 ss.; TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in *Archi-*

ta fattispecie a quella di *Misconduct in Public Office* di genesi pacificamente ermeneutica;

L'impalcatura elastica delle due norme permette di tenere conto delle comuni problematiche di tassatività e imprevedibilità;

in Inghilterra dal 2011 è stato affidato alla *Law Reform Commission* il compito di valutare eventuali direttrici di riforma della *Misconduct in Public Office offence*, i cui primi risultati sono stati pubblicati nel 2016 sotto forma di *consultation papers* e nel 2020 si attendono le determinazioni finali¹¹. Ciò permette di offrire all'odierna trattazione interessanti profili di comparazione su cui ci soffermeremo diffusamente in seguito.

Partiremo dalla sintetica analisi delle problematiche vissute da entrambi i fenotipi criminali, per passare poi ai lavori di riforma della *Law Commission* e per concludere trarremo alcuni spunti per la modifica dell'abuso d'ufficio, tenendo conto dei lavori di un autorevole tavolo di discussione sulla proposta di riforma "Castaldo-Naddeo"¹².

1. *Le distorsioni prasseologiche dell'abuso d'ufficio. Cenni e rinvio.* Come autorevolmente segnalato¹³, l'abuso d'ufficio, anche nella sua più recente formulazione, ha vissuto un'incessante slabbratura tipica che l'ha reso un 'condimento' buono per ogni occasione al tavolo delle imputazioni penali per le scelte amministrative. In particolare, si possono esemplificativamente isolare, rimandando altrove per gli opportuni approfondimenti¹⁴, le seguenti distorsioni:

- la degenerazione prasseologica riguardante l'estensione del concetto di "norma di legge e di regolamento" a principi costituzionali come il dovere di imparzialità della Pubblica Amministrazione (art. 97), alle violazioni c.d. mediate della legge, come nell'ipotesi delle norme contenute nel piano regolatore¹⁵ ed infine alla violazione delle linee-guida ANAC, in quanto frutto di pote-

vio Penale, 1/2017; PAPA, *La tipicità iconografica della fattispecie e l'interpretazione del giudice. La tradizione illuministica e le sfide del presente*, in Cocco (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Padova, 2016, 125 ss.; PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in Dolcini-Paliero (a cura di), *Studi in onore di G. Marinucci. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano, 2006.

¹¹ Cfr. PADFIELD-ROGERS, *Editorial: Misconduct in Public Office*, in *The Criminal Law Review*, Issue 1, 2017, 1-2.

¹² Si rimanda ai lavori contenuti nel volume CASTALDO (a cura di), *Migliorare*, cit.

¹³ Cfr. CASTALDO, *Il reato di abuso d'ufficio: caos normativo, inefficienza della p.a.*, in *Quotidiano Giuridico*, 26 marzo 2019; ID., *Per qué es necesario*, cit.

¹⁴ Cfr. la letteratura richiamata nella nota n. 7 del presente lavoro.

¹⁵ Cfr. NADDEO-FERRARA, *op. cit.*, 41.

ri scaturenti da fonti legislative primarie¹⁶.

- la degenerazione prasseologica riguardante i requisiti costitutivi del dolo intenzionale, degradati a meri indici sintomatici dal sapore talvolta autoreferenziale che, nella pretesa di oggettivizzare il percorso logico-argomentativo del giudice, rischiano di standardizzare il processo motivazionale e bypassare il reale accertamento sulle motivazioni che hanno fondato l'adozione del provvedimento¹⁷.

L'aspetto maggiormente preoccupante (e di interesse per chi scrive) delle summenzionate criticità riguarda la potenzialità disorientante rispetto a chi, quotidianamente, è chiamato ad effettuare delle scelte, le quali potrebbero essere adottate con minore prontezza laddove non si riuscisse a prevedere con adeguata precisione i riflessi e le responsabilità correlate.

2. *Misconduct in Public Office offence: a) genesi e struttura.* Oltremania la *Misconduct in Public Office offence* ha vissuto una lenta e graduale fase di tipizzazione per via ermeneutica grazie al susseguirsi di pronunce e argomentazioni (in particolare della *Court of Appeal*) che ne hanno cristallizzato nel tempo i caratteri essenziali, sui quali ogni giudice è chiamato a pronunciarsi in sede di accertamento.

Sullo sfondo il dichiarato intento di “bilanciare l'esigenza di consentire al pubblico ufficiale lo svolgimento delle proprie funzioni senza il timore di incorrere ingiustamente nel procedimento penale e, allo stesso tempo, di punire quest'ultimo qualora vi sia una rilevante violazione idonea a minare l'affidamento e la fiducia del privato nel pubblico”¹⁸.

I primi frammenti dell'embrionale fattispecie, giunta poi a una prima esauriente definizione con il caso *Bembridge* (1783), risalgono ai casi *Coruther* (1600) e *Machalley* (1611), dove il fuoco di offensività della fattispecie fu senza troppe remore rinvenuto nel comportamento del pubblico ufficiale difforme da quanto atteso: nel caso *Coruther*, all'agente di polizia fu contestato di non essersi attivato prontamente per la ricerca del ladro dopo una denuncia di furto in abitazione pervenuta di notte e il cui autore era ignoto. In altre parole, al pubblico ufficiale non era consentita esitazione, mancanza di pron-

¹⁶ In tal senso, VALENTI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in *questa Rivista*, 3/2018 e SALCUNI, *op. cit.*

¹⁷ In argomento, cfr. le profonde riflessioni di MANTOVANI, *Il Principio di soggettività ed il suo integrale recupero nei residui di responsabilità oggettiva, espressa ed occulta*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2/2014, 768-782.

¹⁸ Cfr. NICHOLLS ET AL., *op. cit.*, 151, il quale rimanda all'*Attorney General's Reference n° 3 of 2003*. Traduzione in italiano opera dell'autore.

tezza, lassismo o incapacità, pena la più grave delle sanzioni previste nel panorama giuridico anglosassone: la *life sentence*.

Orientamento a maglie larghe che è sopravvissuto fino al 1979, quando nel caso *R v Dytham* la Corte di Appello inglese aggiunse un ulteriore tassello al *puzzle* della fattispecie. In breve, secondo l'orientamento citato, diversamente dai rimedi civilistici e disciplinari (quali il licenziamento), la reprimenda penale doveva fondarsi su elementi ulteriori rispetto alla violazione degli *standard* normativamente o consuetudinariamente prescritti per la funzione pubblica. *Quid pluris* che fu rinvenuto nella necessità di rafforzare l'accertamento dell'elemento soggettivo dell'agente, ossia "un grado di colpevolezza più elevato", capace di giustificare la pretesa punitiva dello Stato¹⁹.

Com'era prevedibile, anche detto sforzo interpretativo si è rivelato foriero di incertezze applicative e decisioni oscillanti, considerata la vaghezza dell'enunciazione.

Il terzo e più recente *step* di definizione del perimetro criminale, risale alla nota *Attorney General's Reference* n. 3 del 2003, con cui la Procura Generale chiese alla Corte di Appello di precisare in maniera organica gli elementi costitutivi del reato. Quest'ultima, in risposta, li rinvenne in:

- la qualifica di pubblico ufficiale dell'agente operante nell'esercizio delle proprie funzioni;
- la consapevolezza di abusare delle proprie funzioni (con condotta sia attiva che omissiva);
- una soglia di punibilità (c.d. *threshold*): la violazione, ossia l'abuso, deve essere di intensità tale da provocare la perdita di fiducia nella funzione pubblica esercitata;
- l'abuso non deve essere altrimenti giustificabile o scusabile.

Com'è evidente, la Corte di Appello volle in tal modo fissare una soglia di offensività elevata così da escludere la penale rilevanza di tutte quelle violazioni che, seppur consapevoli, non si fossero discostate grandemente dagli *standard* richiesti. Per testarne l'intensità, la Corte suggerì inoltre di guardare alla perdita di fiducia nell'ufficio pubblico derivante dalla condotta, pur non spingendosi fino al punto di ritenere l'evento quale elemento costitutivo del reato, bensì esclusivamente quale fattore d'incidenza sulla commisurazione della pena.

In un diverso caso, ripreso da *Sir Pill - Lord Justice of Appeal*, si precisò che il test di gravità della condotta prescritto nell'*Attorney General's Reference* n.

¹⁹ Cfr. caso *Dytham* (n. 19) at 725-8, richiamato da NICHOLLS ET AL., *op. cit.*, 150 (nota 20).

3 del 2003 dovesse essere ispirato ai seguenti criteri: le responsabilità dell'ufficio e del pubblico ufficiale; l'importanza della funzione svolta; la natura e il grado di disallineamento della condotta rispetto alle funzioni e le responsabilità dell'ufficio; la gravità delle potenziali/reali conseguenze derivanti dall'azione o dall'omissione²⁰. Quest'ultimo aspetto da valutarsi con prognosi postuma, ponendosi nei panni dell'agente concreto al momento della condotta. Così, il medesimo comportamento omissivo da parte dell'ufficiale di polizia che non intervenga a dirimere una rissa da cui derivi la morte di uno dei due contendenti, dovrebbe avere un peso specifico ben maggiore in termini di gravità rispetto al medesimo evento morte che sopraggiunga per un attacco cardiaco in seguito ad una lite meramente verbale, la quale, per le modalità di manifestazione, non lasci presagire all'ufficiale di polizia la necessità di un suo intervento²¹.

In uno dei più discussi e recenti casi contemporanei (*R v W*, 2010)²², un ufficiale di polizia fu condannato in primo grado per avere utilizzato impropriamente la carta di credito dell'ufficio per spese personali pari a 12.500 £ (condotta che nel nostro ordinamento risponderebbe all'archetipo penale del peculato), comportamento altamente diffuso e tollerato nel contesto sociale e culturale dell'ufficio, a condizione, invero rispettata, che il beneficiario restituisse la somma prelevata. Ebbene, in tale occasione, la Corte di Appello, nel censurare la decisione di primo grado, enfatizzò la necessità di esplorare a fondo l'elemento soggettivo, che nel presente caso veniva fatto coincidere con la *dishonesty*, al fine di differenziare la *Misconduct in Public Office* dall'ordinaria appropriazione indebita o da contestazioni di natura meramente disciplinare. In altre parole, al giudice di merito fu contestato di non aver considerato l'erroneo ma genuino affidamento sulla legalità dell'inusuale prassi e l'intenzione di restituire la somma distratta²³.

Mutatis mutandis, abbiamo altrove provato a recuperare il contesto sociale quale elemento sintomatico da valutare ai fini della sussistenza (*rectius*: della carenza) del dolo intenzionale richiesto dalla fattispecie di abuso d'ufficio²⁴.

Nel caso *Cosford*, dai contorni decisamente *soap*, un'infermiera sedeva al banco degli imputati per la *liaison* con un prigioniero sottoposto alle proprie cure. *Thema decidendum* del processo non fu, invero, la consensualità o

²⁰ Il caso è *Shum Knok Sher*, richiamato da NICHOLLS ET AL., *op. cit.*, 164.

²¹ Cfr. ID., *op. cit.*, 166.

²² Cfr. MCBAIN, *op. cit.*, 65.

²³ Cfr. SPENCER, *Policemen Behaving Badly - The Abuse of Misconduct in Office*, in *The Cambridge Law Journal*, Vol. 69, 3/2010, 423.

²⁴ Cfr. (volendo) COPPOLA, *Il processo 'alle intenzioni'*, cit., 253.

meno della relazione sessuale, bensì se la sua inopportunità fosse tale da minare il public trust nella correttezza e imparzialità dell'istituzione carceraria servita²⁵. Evidentemente, esclusa la contestazione per violenza sessuale, la rilevanza penale del fatto rientrava per via interpretativa dalla finestra aperta della *Misconduct in Public Office*.

Orbene, l'animo che mosse l'evoluzione giurisprudenziale in materia fu quello di evitare che casi di palese interesse disciplinare finissero dinanzi alle giurie delle *Crown Courts*, con notevole dispendio economico per il sistema, e di restituire certezza e serenità all'operato degli amministratori pubblici. Sforzo ermeneutico non sufficiente secondo autorevoli commentatori, per i quali, senza un'organica riforma della fattispecie per via normativa, l'ondivaga evoluzione giurisprudenziale potrebbe amplificare le incertezze e sollevare dubbi di compatibilità con il principio di legalità sancito anche in sede comunitaria all'art. 7 della CEDU²⁶. Inoltre la continua puntellatura per via ermeneutica potrebbe rivelarsi lenta e inefficace, giacché molti imputati sono indotti al patteggiamento dalla draconiana pena edittale dell'ergastolo²⁷.

A riconferma della persistente flessibilità della fattispecie²⁸, valga la recentissima accusa rivolta all'attuale Premier inglese *Boris Johnson* in relazione alle presunte *fake news* divulgate da quest'ultimo durante la *Brexit campaign*, per le quali, non sorprenda il lettore, il grimaldello utilizzato per avviare il procedimento penale è stato proprio il reato di *Misconduct in Public Office*²⁹.

Il moto di riforma *made in the U.K.* si deve infine al crescente numero di casi per *Misconduct in Public Office*, passato da 2 procedimenti penali nel 2005 a 149 nel 2010 e 135 nel 2014³⁰.

2.1. (...) *b) problematiche e prospettive di riforma nei lavori della Law Commission*. Saranno a questo punto evidenti le ragioni che hanno portato la *Law Commission* a procedere nei mesi di gennaio e settembre del 2016 a ben due

²⁵ Cfr. caso *Cosford* [2013] *EWCA Crim 466*; LAW COMMISSION, *Consultation Paper* n. 229, 85.

²⁶ Cfr. ASHWORTH, *Misconduct in Public Office*, in *Criminal Law Review*, Issue 10, 2010, 780; SPENCER, *op. cit.*, 425, il quale ne definisce i contorni ancora "*distinctly vague*" e auspica un'illuminata riforma codificante.

²⁷ Cfr. PADFIELD-ROGERS, *op. cit.*, 1.

²⁸ Cfr. GILLESPIE, *Reforming Misconduct in Public Office*, in *Criminal Law Review*, Issue 4, 2017, 271, il quale, riferendosi alla definizione di *Attorney General's Reference*, ne ritiene alcune delle formule definitorie utilizzate eccessivamente vaghe, che potenzialmente "*could mean almost anything*".

²⁹ Cfr. DAVIES, *Boris Johnson has misconduct allegations quashed in High Court*, in *The Telegraph*, 7 giugno 2019, consultabile su: <https://www.telegraph.co.uk/news/2019/06/07/boris-johnson-has-misconduct-allegations-quashed-high-court/>.

³⁰ Cfr. NICHOLLS ET AL., *op. cit.*, 147.

consultazioni per la riforma della fattispecie³¹.

La seconda fase di consultazioni ha avuto ad oggetto una bozza di riforma elaborata dalla Commissione e articolata secondo tre possibili direttrici.

Le determinazioni conclusive erano attese entro l'autunno 2019, scadenza da ultimo rinviata al 2020.

Ripercorrendo i lavori della *Law Commission*³², la corrente formulazione della fattispecie presenta i seguenti problemi:

- a) assenza di una definizione di pubblico ufficiale e delle funzioni a esso riconducibili;
- b) vaghezza dell'elemento dell'abuso del "*public trust*" che qualifica la condotta come penale;
- c) elemento soggettivo a geometria variabile, che differisce a seconda delle circostanze;
- d) ambigua collocazione dell'"altrimenti giustificabile".

Difficoltà ermeneutiche amplificate dal *deficit* di *rationale*, stanti le molteplici spiegazioni a fondamento della *Misconduct in Public Office offence*:

1. la volontà di colpire l'abuso di posizione pubblica per interessi privati (di vantaggio o di danno);
2. contrastare l'improprio uso di poteri pubblici;
3. evitare la perdita di fiducia nelle istituzioni pubbliche.

Pertanto, un percorso di riforma come quello intrapreso dalla *Law Commission* non poteva prescindere dalla esatta collocazione del reato di *Misconduct in Public Office* all'interno del paniere repressivo del sistema inglese, nonché dalla individuazione dello 'spirito' da dare alla norma attraverso la veste di tipicità da produrre nel laboratorio giuridico della commissione di riforma.

A tal fine si individuano due possibili soluzioni combinabili tra loro, rimettendo alla consultazione pubblica la scelta sull'opportunità di adottarne una soltanto o entrambe; a queste si aggiunge una terza possibilità molto più radicale e sulla quale la stessa Commissione manifesta più di qualche perplessità.

Partendo dall'ultima, si propone di abolire, senza sostituirla, la *common law offence*. Ipotesi che non ha 'riscaldato' i primi commentatori, in quanto ciò potrebbe creare inopportune sacche di impunità non recuperabili in via sussidiaria con l'espansione di altri reati³³.

³¹ Per i lavori della *Law Commission*, si rimanda al sito <https://www.lawcom.gov.uk/project/misconduct-in-public-office/>.

³² Cfr. LAW COMMISSION, *Reforming Misconduct in Public Office. Consultation Paper no 229 (Summary)*, 5 September 2019; PADFIELD-ROGERS, *op. cit.*

³³ Cfr. LAW COMMISSION, *op. ult. cit.*, 10.

Quanto alle prime due opzioni, v'è da risolvere in via preliminare il *deficit* definitorio della nozione di pubblico ufficiale. La Commissione suggerisce a tal fine due possibili alternative: una concezione ampia di pubblico ufficiale, riferita a ogni funzione collegata a un pubblico potere o allo Stato; una concezione (all'apparenza) più ristretta, riservata alle funzioni pubbliche per le quali l'agente è chiamato ad esercitare i propri compiti secondo buona fede, imparzialità oppure con affidamento da parte del privato ("*public trust*"). Si rimette quindi alla consultazione pubblica la scelta tra le due alternative prima richiamate, chiedendo altresì di esprimere una preferenza in ordine all'approccio descrittivo da utilizzare (se una definizione generica oppure casistica e, in tale ultimo caso, se tassativa o esemplificativa).

Passando al *core* delle due principali proposte sul tavolo della riforma, un primo esoscheletro criminale viene 'tarato' sulla violazione dei doveri del pubblico ufficiale che abbia provocato (quantomeno) il rischio di un rilevante danno.

Temendo un'eccessiva proiezione repressiva della norma, la *Law Commission* ha cura di specificare gli elementi che dovranno caratterizzarla. In primo luogo, ne limita la portata soggettiva ai soli pubblici ufficiali ai quali sono affidati poteri di coercizione, arresto, detenzione (o qualsiasi altro potere di limitazione della libertà personale) oppure facoltà e poteri in favore di persone vulnerabili.

Inoltre, l'abuso deve riguardare le funzioni, i poteri o le mansioni strettamente funzionali alla prevenzione del danno o del pericolo. Infine, non tutti i danni (ovvero i pericoli) sono idonei ad azionare la fattispecie, bensì esclusivamente quelli indicati dalla *Law Commission*: morte; danno fisico o psichico; sequestro di persona o arresto arbitrario; grave danno all'ordine pubblico e alla sicurezza; grave danno all'amministrazione della giustizia.

Insomma, la *Law Commission* offre alla discussione in atto in Inghilterra alcune coordinate di tipizzazione che, come vedremo in seguito, potrebbero rivelarsi utili anche nel panorama interno, quali la soglia di punibilità data dalla gravità del danno o del pericolo e dalla limitazione delle deviazioni rilevanti ai fini penali.

Come anticipato, il *consultation paper* individua anche un secondo modello di riforma basato sul fenotipo criminale della 'corruzione' che si avvicina decisamente all'attuale archetipo dell'art. 323 del nostro codice penale.

La reprimenda penale si rivolge ai pubblici ufficiali che esercitano un potere, autorità o funzione pubblica per ottenere un vantaggio personale o un danno per una diversa persona. La condotta dell'agente deve inoltre essere *grave-*

mente in contrasto con il potere o la funzione esercitata, elevando in tal modo la soglia di punibilità della condotta³⁴ e lasciando ai rimedi disciplinari e civili le irregolarità mero gravi.

Il *paper* rimette quindi alla consultazione pubblica la decisione di adottare una delle due opzioni sopra delineate oppure di introdurre entrambe in quanto compatibili tra di loro.

Riscontro, da parte dei *consultees*, che è atteso (e auspicato) nel corrente anno.

Nel frattempo, è possibile anticipare le opinioni a caldo avanzate dai primi commentatori, i quali auspicano che la riforma vada in porto “in quanto nessun Paese civilizzato può permettersi nel ventunesimo secolo fattispecie indefinite o ambigue”³⁵ e perché l’attuale definizione giurisprudenziale della fattispecie “copre condotte che meriterebbero una collocazione in sede disciplinare”³⁶.

Alcuni manifestano altresì una leggera preferenza per la seconda opzione legislativa, ritenuta maggiormente definita e capace di escludere dalla ‘morsa’ penale la condotta dei *whistleblowers* che violino, con la loro segnalazione, il segreto d’ufficio per perseguire un interesse pubblico e non un proprio tornaconto personale³⁷.

Infine c’è chi, in parziale contraddizione con gli esiti della *Law Commission*, segnala la necessità di definire per via legislativa il reato con formule ampie e onnicomprensive, salvo poi restringerne il campo di operatività attraverso la legislazione secondaria delle *guidelines*, alle quali dovrebbe essere affidato il compito di selezionare le condotte dei pubblici ufficiali rilevanti come *Misconduct in Public Office* e il cui aggiornamento verrebbe rimesso, su iniziativa dei diversi Dipartimenti della Pubblica Amministrazione, al Ministero della Giustizia³⁸. Approccio che, secondo l’Autore, avrebbe il pregio di recuperare certezza e prevedibilità applicativa del reato, slegato come sarebbe dalla interpretazione creativa giurisprudenziale, e permetterebbe di aggiornarne il raggio di operatività secondo necessità e - soprattutto - senza intervenire ogni

³⁴ Cfr. ID., *op. ult. cit.*, 9.

³⁵ Cfr. SPENCER, *op. cit.*, 425, traduzione ad opera dell’autore. Favorevoli ad una definizione normativa della fattispecie anche ASHWORTH, *op. cit.*, 780-781; MCBAIN, *op. cit.*, 79; HATCHARD, *Combating Corruption: Some Reflections on the Use of the Offence and the Tort of Misconduct/Misfeasance in a Public Office*, in *Denning Law Journal*, 24, 2012, 79; PARSONS, *Misconduct in a Public Office - Should It Still Be Prosecuted*, in *Journal of Criminal Law*, vol. 76, n. 2, 2012, 185; GILLESPIE, *op. cit.*, 291;

³⁶ Cfr. HATCHARD, *op. loc. ult. cit.*

³⁷ Cfr. PADFIELD-ROGERS, *op. cit.*, 2.

³⁸ Cfr. HORDER, *Criminal Misconduct in Office: Law and Politics*, Oxford University Press, 2018, 17-18.

volta in sede legislativa. Tutto quanto non incluso nel ‘catalogo’ venutosi a creare, dovrebbe essere lasciato ai rimedi civili e disciplinari.

3. *Spunti per la riforma dell'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*. All'esito dell'affresco sulle problematiche e le soluzioni proposte in Inghilterra - e in attesa degli esiti delle consultazioni e del *Final Report* - è dunque tempo di verificare se e in che modo il sistema inglese possa offrire all'ordinamento italiano alcuni spunti di riflessione.

Con una necessaria premessa ed una nota metodologica rispetto al prosieguo del lavoro.

3.1. (...) *Premessa e nota metodologica*. Pur nella profonda e innegabile differenza ontologica tra i sistemi di *common law* e *civil law*, un terreno di comparazione comune è stato individuato nelle summenzionate distorsioni ermeneutiche che, unitamente al “sommo disordine che caratterizza il nostro sistema amministrativo”³⁹, hanno reso la fattispecie italiana di abuso d'ufficio marcatamente dinamica, flessibile, potenzialmente imprevedibile, avvicinandola a quella inglese di *Misconduct in Public Office*⁴⁰.

Nella condivisione dei problemi, come vedremo, anche le soluzioni offerte permettono una certa permeabilità, consentendo di ragionare oggi se ed in che misura lo ‘spirito’ dietro le proposte di riforma della *Law Commission* possa arricchire il dibattito interno.

In tale operazione, saranno oggetto di scrutinio i risultati della ricerca “Pubblica Amministrazione: semplificare i processi decisionali, migliorare le performance”, coordinata dal Prof. Andrea Castaldo e che vede l'Università degli Studi di Salerno quale unità capofila del progetto. In particolare, si analizzerà lo scheletro normativo della proposta di riforma “Castaldo-Naddeo”, che sottoporremo allo *stress-test* della comparazione e da cui tratteremo le considerazioni conclusive al presente lavoro.

3.2. (...) *I risultati del progetto di ricerca CUR “Pubblica Amministrazione: Semplificare i processi decisionali, migliorare le performance”*. Come si anticipava, l'ipertrofia normativa, spinta dalla nobile intenzione di combattere il

³⁹ Sempre attuali le parole di PADOVANI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 164.

⁴⁰ Sui problemi del MIPO, cfr. LAW COMMISSION, *Misconduct in Public Office. Issue Paper 1: The Current Law*, 20 gennaio 2016. Per una efficace comparazione tra le due fattispecie, cfr. HUMPHERSON, *Paper on the English and Welsh Common Law Offence of Misconduct in Public Office*, in Castaldo (a cura di), *Migliorare*, cit., 88-93.

fenomeno corruttivo attraverso il restringimento della discrezionalità amministrativa, ha creato un arsenale di leggi e regolamenti - c'è chi autorevolmente ha contati duecento mila, di cui molti inutili⁴¹ e chi ne ha censurato la "sgrammatica"⁴² - pronto ad attivare l'abuso d'ufficio.

Auspicio peraltro fallito alla prova dei fatti, i quali certificano viceversa il *refrain* della produzione legislativa in materia di anticorruzione⁴³. Con l'aggravante, non soltanto invocata come un mantra dagli studiosi, bensì accertata da un interessante studio di TFA, della famigerata burocrazia difensiva, ossia il rallentamento dei processi decisionali, la richiesta di inutili *double-check* e la moltiplicazione di pareri preventivi per il timore di sbagliare e incorrere in sanzioni⁴⁴.

Intervistando gli 'addetti ai lavori', il sondaggio TFA ha il merito di cristallizzare alcune componenti del fenomeno della burocrazia difensiva, che deve la propria nascita e propagazione a:

- l'eccessivo numero di leggi e di regolamenti (secondo il 67,1% degli intervistati);
- la confusione tra le norme regolanti la medesima materia (secondo il 62%);
- il continuo cambio di norme (secondo il 57,9%).

La complessità normativa è indicata quale principale fonte di preoccupazione che rallenta le decisioni e pertanto le *performance* della Pubblica Amministrazione. I dati su scala nazionale non permettono di estendere fino a tanto lo spettro del nostro ragionamento, ma a chi scrive sembra ragionevole desumere che lo stallo decisionale sia quantomeno incentivato dal rischio di incorrere nel procedimento penale (si badi bene: non nella sanzione penale) per abuso d'ufficio. Timore che il sistema-giustizia concorre ad alimentare con le arcinote distorsioni dovute alle implicazioni mediatiche, sociali e professionali che seguono l'apertura di un'indagine preliminare e la 'minaccia' di restare imbrigliati nel procedimento penale per un lasso di tempo pressoché

⁴¹ Cfr. CASSESE, *Troppe norme, spesso inutili: 200 mila leggi dal 1861 in poi*, in *Corriere della Sera*, 11 febbraio 2018; con riferimento alla necessità di 'sburocratizzare' il Paese in seguito all'emergenza da COVID-19 in atto, ID., *Fase 2, i nemici nascosti*, in *Corriere della Sera*, 10 aprile 2020; GAROFOLI, *Un appello (con proposte) per uscire dalla burocrazia frenante*, in *Il Foglio*, 15 aprile 2020; PANEBIANCO, *La ripresa e i suoi quattro nemici*, in *Corriere della Sera*, 15 aprile 2020.

⁴² Cfr. NOBILI, *Dai testi alla sgrammatichetta. Sullo status del burocrate della Regione Campania*, in *Lingue e Linguaggi*, 33/2019, *passim*.

⁴³ Cfr. ACANFORA, *Brevi riflessioni in tema di contrasto alla corruzione: deporre le armi per riscoprire l'etica*, in *Archivio Penale*, 3/2019; COPPOLA, *Pubblicata in Gazzetta la legge Anticorruzione (la terza in 6 anni)*, in *Quotidiano Giuridico*, 17 gennaio 2019.

⁴⁴ Cfr. "Burocrazia difensiva. Come ne usciamo?" - Maggio 2017. FPA - Collana Ricerche. Consultabile su: <https://www.forumpa.it/riforma-pa/burocrazia-difensiva-come-ne-usciamo-una-ricerca-di-fpa/>.

indefinito.

Aspetti drammaticamente concreti e con i quali è doveroso confrontarsi, prim'ancora che con il dato tecnico-giuridico, per una riforma che possa definirsi utile e condivisibile.

Nella cornice del progetto di ricerca che ha coinvolto le sette università della Regione Campania dal titolo "Pubblica Amministrazione: semplificare i processi decisionali, migliorare le performance" si è affrontato il fenomeno della burocrazia difensiva a livello regionale, proponendo alcune possibili soluzioni. Tra gli *output* richiesti all'area penalista, figura la verifica tra i dipendenti della Regione Campania del tasso di timore legato all'instaurazione del procedimento penale per abuso d'ufficio; quindi, l'analisi empirico-statistica rispetto agli esiti dei processi per abuso d'ufficio ed infine, come detto, si è lavorato ad un testo di riforma dell'art. 323 c.p.

3.3. (...) *La burocrazia difensiva e il timore di incorrere nel procedimento penale per abuso d'ufficio.* Quanto al primo profilo, 780 dipendenti della Regione Campania hanno risposto in forma anonima al questionario sulla burocrazia difensiva e la percezione del rischio del procedimento penale per abuso d'ufficio. Dall'analisi delle risposte è emerso⁴⁵:

a) timore del personale dell'amministrazione di incappare, nello svolgimento delle funzioni, in un procedimento penale per abuso d'ufficio.

Mentre il 21% degli intervistati ha dichiarato che il suo comportamento nell'ambito dei procedimenti amministrativi - con particolare riguardo a quelli che sfociano nell'adozione di atti amministrativi o certificativi - è *molto* condizionato dal timore dell'instaurazione di un procedimento penale a suo carico per abuso d'ufficio, il 44% risponde di essere "*mediamente* condizionato", per un totale del 65% di condizionamento più o meno elevato; soltanto il 34% si dichiara "*per nulla* condizionato".

b) poca serenità d'azione del pubblico agente alimenta la burocrazia difensiva.

Con riguardo agli effetti che il timore di un procedimento penale ha sull'operato dell'amministrazione, il 61% dei dipendenti intervistati risponde che "rallenta il procedimento perché l'agente tenta di ottenere le maggiori rassicurazioni possibili sulla correttezza dell'*iter* seguito"; secondo il 22% ciò non ha nessun rilevante effetto; per il 9% tale timore può avere addirittura un

⁴⁵ Si ringraziano i Dott.ri Valentina Acanfora e Giovanni De Bernardo per la raccolta ed analisi delle risposte ai questionari.

effetto acceleratorio nella gestione della pratica; per il 6% “blocca per lunghi periodi l’adozione di atti, paralizzando l’operatività della p.a.”.

c) tendenziale incapacità dell’art. 323 c.p. di orientare il comportamento del pubblico agente.

Alla richiesta di indicare se l’attuale formulazione della disposizione - segnatamente l’inciso “in violazione di norme di legge o di regolamento” - consente all’operatore di cogliere quale sia il comportamento suscettibile di censura, il 42% dichiara “mai”; il 4% “sicuramente no”; il 53% dichiara “sì”, ma il 16% di coloro che rispondono affermativamente precisano che ciò avviene “soltanto con difficoltà”.

d) i comportamenti penalmente rilevanti ai sensi dell’art. 323 c.p. sono percepiti come effettivamente lesivi dell’interesse pubblico.

Alla richiesta di indicare, in base alla personale percezione, il grado di frequenza con cui ai procedimenti per abuso d’ufficio corrispondono condotte effettivamente lesive degli interessi della p.a., il 44% risponde “nella maggioranza dei casi”; il 28% risponde “sempre”; il 24% risponde “nella minoranza dei casi”; il 3% risponde “mai”.

3.4. (...) *Il dato statistico sui procedimenti per abuso d’ufficio nel Distretto della Corte di Appello di Salerno.* Passando al dato concernente la ‘gestione’ giudiziaria della fattispecie, si è proceduto a esaminare le pronunce di merito che avessero come oggetto la contestazione di abuso di ufficio nel quinquennio 2014-2018 all’interno del distretto della Corte di Appello di Salerno⁴⁶.

Sono state raccolte le sentenze adottate dall’Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, dal Tribunale e dalla Corte di Appello.

La disponibilità e collaborazione degli Uffici ha permesso di reperire una prima parte dei dati richiesti, che consente oggi di effettuare un primo bilancio ed una non definitiva proiezione sotto il profilo quantitativo e qualitativo del materiale raccolto.

Indicativo è il numero di procedimenti per abuso d’ufficio che si chiude con una sentenza di non luogo a procedere ovvero di estinzione del reato prima dell’apertura del dibattimento. Difatti, delle 39 sentenze emesse dall’Ufficio del GIP del Tribunale di Salerno nel quinquennio in considerazione, si segnalano:

⁴⁶ Si ringrazia la Dott.ssa Gemma Ciaglia per la raccolta e l’analisi quantitativa e qualitativa dei dati. Per ogni ulteriore approfondimento, si rimanda a CIAGLIA, *L’abuso di ufficio tra amministrazione difensiva e ineffettività: l’esperienza del Distretto di Corte di Appello di Salerno*, in corso di pubblicazione.

- 12 sentenze assunte in giudizio abbreviato (tutte di assoluzione tranne una);
- 15 sentenze di non luogo a procedere *ex art.* 425 c.p.p.;
- 3 sentenze di estinzione del reato per morte del reo;
- 2 sentenze di estinzione del reato per prescrizione;
- 2 sentenze di patteggiamento;
- 1 sentenza *ex art.* 131 *bis* c.p.;
- 2 sentenze di incompetenza territoriale.

All'esito del primo grado di giudizio, dalle 80 sentenze analizzate, si segnalano:

- 40 assoluzioni;
- 20 dichiarazioni di estinzione per intervenuta prescrizione;
- 9 definite in modo 'ibrido', ossia con una condanna per altri reati contestati e con l'assoluzione per il reato di abuso d'ufficio;
- 2 di estinzione per morte del reo;
- 9 condanne.

Evidente la pregnanza qualitativa del dato offerto, che mette in luce come metà dei procedimenti penali si chiude con una sentenza di assoluzione già in primo grado. Segno, forse, di un'incertezza interpretativa che gemma in capo a chi deve orientarsi rispetto alle scelte amministrative, si proietta nelle determinazioni del pubblico ministero durante la fase delle indagini preliminari, suggerendo a quest'ultimo (nel dubbio?) la necessità dello scrutinio dibattimentale, e si ripercuote infine nella fase del giudizio con gli esiti anzidetti. Con una nota acidula per chi deve digerirla, dovuta al lasso di tempo intercorso dalla iscrizione della notizia di reato alla sentenza di primo grado, che è pari a circa 6 anni.

In Corte di Appello, il numero delle sentenze relative al reato di abuso d'ufficio messe a disposizione del *team* di ricerca nel quinquennio di riferimento è pari a 61, di cui:

- 30 sentenze di assoluzione (di cui 9 già in primo grado);
- 20 sentenze di estinzione del reato per intervenuta prescrizione;
- 8 sentenze di condanna;
- 1 sentenza di estinzione per morte del reo;
- 2 sentenze (una di assoluzione e una di condanna) in cui il delitto di abuso di ufficio è stato riqualificato in primo grado (rispettivamente nei reati di cui agli artt. 479 e 326 c.p.).

Dinanzi al tranciante dato statistico, emerge, seppur con una connotazione territoriale che non può da sola bastare a qualificare il giudizio come definitivo, una certa *inflazione investigativa* della fattispecie che esce sconfessata dal

Tabella comparativa

vaglio
giudi-

ART. 323 C.P.	PROPOSTA DI LEGGE
<p>Art. 323 c.p. Abuso d'ufficio.</p> <p>I. 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 è punito con la reclusione da uno a quattro anni.</p> <p>II. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità.</p>	<p>Art. 323 c.p. Abuso d'ufficio.</p> <p>I. 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 formali norme di legge o di regolamento inerenti la disciplina di forme, procedure e requisiti imposti per l'esercizio della funzione o del servizio stesso, ovvero omettendo di astenersi ogni qualvolta abbia un interesse, proprio o di un prossimo congiunto, in conflitto con quello pubblico, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni. Il danno o il vantaggio ingiustamente prodotti devono costituire la concretizzazione di quanto la norma violata intende prevenire.</p> <p>II. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità.</p> <p>III. Non sono punibili le condotte che il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio adottò nel rispetto delle linee-guida e dei pareri formalmente resi dall'autorità regionale di controllo (*).</p>
<p>(*) Nei casi di particolare complessità tecnica o di contrasto interpretativo della norma o delle procedure applicabili, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio può chiedere, a mezzo del superiore gerarchico, parere motivato sulla legittimità dell'atto da compiersi all'autorità regionale di controllo (da istituire – modello OIV?), la quale ha l'obbligo di pronunciarsi in merito entro e non oltre il termine di 30 giorni dal ricevimento della richiesta. Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che si adegua al parere reso dall'Autorità non è responsabile penalmente della fattispecie di cui al primo comma e rimane esente da responsabilità contabile e disciplinare nei limiti degli atti e delle deliberazioni assunte in conseguenza del parere reso.</p>	

del
ce

dell'udienza preliminare ovvero alla prova del processo. In altre parole, si tratterebbe di un delitto dalla carica repressiva molto 'spuntata', se non fosse per l'irreparabile danno reputazionale, professionale e personale per la persona stritolata tra le maglie del procedimento penale⁴⁷.

3.5. (...) *La proposta di riforma dell'abuso d'ufficio "Castaldo-Naddeo"*. Alla necessità di ridurre lo spettro di azione della fattispecie sin dalla fase investigativa, prova a offrire un contributo *de iure condendo* la proposta di riforma "Castaldo-Naddeo", qui di seguito illustrata.

⁴⁷ Sia consentito rimandare alle considerazioni contenute in COPPOLA, *La persistente ambiguità dell'abuso d'ufficio. Alcune (amare) riflessioni a margine del 'caso termovalizzatore'*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4 aprile 2017, 15.

Detta proposta immagina di intervenire sui tre pilastri della fattispecie: la condotta, l'evento e l'elemento soggettivo.

Con riferimento alla condotta, viene opportunamente circoscritto il suo perimetro alle violazioni di leggi "formali", escludendo in tal modo il richiamo ermeneutico a principi costituzionali e ai riferimenti mediati alle fonti primarie. In aggiunta, le norme di legge o regolamento per attivare la contestazione di abuso d'ufficio devono riguardare lo specifico settore di riferimento. In tal modo, nel *caos* normativo, si fa una selezione *ratione materiae* delle fonti essenziali per il virtuoso esercizio della funzione, escludendo che *qualsiasi violazione* commessa dall'agente pubblico possa attivare l'art. 323 c.p.

Per quanto concerne il risultato offensivo, oltre alla doppia ingiustizia, si richiede un nesso di pertinenzialità tra la condotta e l'evento stesso, di modo che non ogni ingiusto vantaggio patrimoniale o danno ingiusto rilevi quale abuso d'ufficio, bensì soltanto quello che la fonte normativa violata voleva prevenire.

Passando, infine, all'aspetto autorevolmente definito *post-moderno*⁴⁸ della ri-

⁴⁸ Sul punto, autorevolmente, DONINI, *Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo" di riforma dell'art. 323 c.p. La ricerca di un'ultima ratio ancor più tassativa contro il trend generale dell'espansio-*

forma, nato dalla necessità di rasserenare l'operato del pubblico dipendente sin dal momento della decisione e non soltanto all'esito del giudizio, la proposta "Castaldo-Naddeo" introduce un meccanismo di controllo preventivo per i casi di maggiore complessità. Quest'ultimo, se non è in grado di escludere la tipicità del fatto, potrebbe offrire un sicuro riparo sin dalle indagini preliminari dalla contestazione della intenzionalità dell'elemento soggettivo, requisito che la fattispecie pretende di affidare al controllo della magistratura procedente nell'ottica di escludere le violazioni in buona fede o comunque non mosse da un chiaro ed esplicito intento contrario all'interesse pubblico.

Com'è intuibile, il supporto interpretativo offerto dall'Autorità indipendente, potrebbe avere un effetto benefico in termini di efficienza a speditezza della decisione amministrativa soprattutto nel medio-lungo termine, una volta che i 'nodi' sottoposti all'Autorità otterranno una soluzione chiara e ripetibile. In tal modo, si genererebbe un circolo virtuoso, dove le *best practices*, circolando, aumenterebbero la consapevolezza degli operatori e agevolerebbero la successiva valutazione sulle scelte amministrative.

Ci soffermeremo nel prossimo paragrafo sulle difficoltà di ricostruzione dogmatica dell'apporto delle *guidelines* alla materia penale, provando a recuperare dal dibattito in atto alcuni possibili percorsi ermeneutici compatibili con l'impalcatura costituzionale del sistema penale.

4. *Spunti derivanti dal confronto della proposta "Castaldo-Naddeo" con i lavori della Law Commission.* Da un'analisi incrociata dei lavori della *Law Commission* e la proposta "Castaldo-Naddeo" emerge una filosofia di intervento a tratti comune, il cui centrifugato può così essere illustrato:

- *la valorizzazione dell'offensività della condotta* che, nel sistema inglese, assume le vesti della summenzionata *threshold*, mentre nella proposta "Castaldo-Naddeo" si estrinseca in una selezione quantitativa (non tutte le norme di legge e regolamento) e qualitativa (solo gli eventi riconducibili tra quelli che la norma violata intende evitare) del materiale da offrire al vaglio del giudice dibattimentale⁴⁹;

- *la necessità di introdurre forme di esenzione penale per abusi 'altrimenti giustificabili'* che, nel sistema inglese, si concretizzano nella clausola di origine giurisprudenziale "salvo che sia diversamente giustificato" e nel rafforzamento dell'elemento soggettivo, mentre nella proposta "Castaldo-Naddeo" tali esigenze assumono i contorni dell'ossequioso rispetto delle linee-guida impartite

ne penalistica, in Castaldo (a cura di), *Migliorare*, cit., 101-102.

⁴⁹ Tale aspetto è efficacemente ribadito di recente da NADDEO-FERRARA, *op. cit.*, 45-47.

dall'immaginata Autorità regionale. Tale necessità si deve alla volontà, invero già presente in entrambi i Paesi, di punire esclusivamente quegli abusi che connotassero di disonestà (e non di mera incapacità) la funzione svolta dal pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio.

Dal parziale confronto comparatistico, la riforma "Castaldo-Naddeo" ne esce 'rafforzata' nella misura in cui offre al panorama nazionale una filosofia di intervento sicuramente moderna⁵⁰ e che tenta di rispondere alle esigenze di armonizzazione delle politiche di prevenzione e repressione dei fenomeni criminali transnazionali nello scenario geografico europeo. Il tutto, ovviamente, fermo restando la necessità di approfondire l'esatta sistemazione dogmatica di alcuni elementi della riforma, come le linee-guida. Sul punto, invero, un autorevole commentatore le ha già definite l'elemento di "postmodernità" della riforma, nella misura in cui si vorrebbe "far cadere la tipicità del fatto" da una fonte *extra*-penale come le *guidelines*⁵¹. Considerazione che, nel condividerla, ci impone di ricercare una collocazione dogmatica differente e coerente con l'architettura costituzionale del nostro sistema penale.

Una prima opzione potrebbe essere quella di affidare alle linee-guida un ruolo squisitamente processuale, ossia quello di permettere all'organo procedente di illuminare esattamente l'elemento soggettivo del reato sin dalla fase delle indagini preliminari. In tal senso, si potrebbe immaginare, come prospettato a suo tempo⁵² e di recente ripreso⁵³, l'obbligo per il Pubblico Ministero di sottoporre a interrogatorio l'indagato al fine di verificare la reale portata e disvalore della condotta e, in assenza di distorsioni palesemente orientate verso l'ingiusto vantaggio patrimoniale o danno ingiusto, evitare all'indagato la pena anticipata del dibattimento.

Qui, in realtà, la strada potrebbe essere duplice: prevedere tale approfondimento sin dalla fase di verifica della notizia di reato, tale da scongiurare in radice l'instaurazione del procedimento penale⁵⁴; oppure - più realisticamente, in seguito alla apertura delle indagini a fondamento della richiesta di archivia-

⁵⁰ In realtà, già tempo addietro era invocata la necessità di una attenta selezione degli abusi penalmente rilevanti: "Non tutti gli abusi, infatti, meritano di essere repressi con la sanzione penale, che è la più grave delle sanzioni previste dall'ordinamento". In tal senso, cfr. PATALANO, *Profili problematici della riforma dei delitti contro la P.A.: il peculato per distrazione, l'interesse privato, l'abuso d'ufficio*, in AA.VV., *I delitti contro la pubblica amministrazione. Riflessioni sulla riforma*, Napoli, 1989, 252.

⁵¹ Cfr. DONINI, *Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo"*, cit., 101.

⁵² Cfr. TONINI, *Brevi osservazioni sull'invito a rendere l'interrogatorio come condizione per chiedere il rinvio a giudizio*, in AA.VV., *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Milano, 2000, 185-189.

⁵³ Cfr. PINELLI, *Riflessioni sul reato di abuso d'ufficio*, in Castaldo (a cura di), *Migliorare*, cit., 130 ss.

⁵⁴ In argomento, cfr. SPANGHER, *Notizie di reato e non reato: è necessario uno scrupoloso screening*, in *Quotidiano Giuridico*, 2 novembre 2017.

zione da parte del Pubblico Ministero.

In secondo luogo, non v'è chi non veda nelle linee-guida l'opportunità di recuperare sul terreno dell'antigiuridicità l'innovativo schema dogmatico della "scriminante procedimentale" già utilizzato per un noto caso mediatico su di un tema profondamente delicato⁵⁵. Detta impostazione farebbe leva sulla "proceduralizzazione, attraverso direttive e raccomandazioni, di determinate azioni positive"⁵⁶ caratterizzate da comprovata autorevolezza tecnica, le quali offrirebbero all'agente (e poi all'interprete) un sicuro conforto circa la bontà del proprio operato. Dal punto di vista penalistico, si renderebbe in tal modo lecita la condotta, pur in presenza dell'evento tipizzato dal legislatore, sulla base di un contemperamento di interessi in gioco tra legalità amministrativa e buon andamento della Pubblica Amministrazione, non più rimesso alla libera interpretazione caso per caso, bensì ad una preventiva e consultabile disciplina, capace di orientare virtuosamente l'azione dei pubblici agenti.

5. Due ipotesi di lavoro ulteriori: la riorganizzazione del "sommo disordine" e l'apporto dell'intelligenza artificiale. Per completezza e limitatamente all'esigenza di restringere il 'terreno di coltura' dell'abuso d'ufficio all'interno di un paniere normativo bonariamente definibile complesso, si ritengono prospettabili due ulteriori scenari: uno *extra*-penale e complementare alla riforma "Castaldo-Naddeo"; l'altro, frutto del più recente apporto della rivoluzione tecnologica in atto, che potrebbe addirittura rendere superfluo qualsiasi intervento di riforma nell'ottica dell'auspicato riposo legislativo.

Stiamo parlando, quanto al primo profilo, della possibilità di riorganizzazione del "sommo disordine"⁵⁷, attraverso un percorso a *step* che potrebbe prevedere una prima fase di *abrogazione del superfluo*, seguita da una catalogazione delle fonti secondo tre livelli di *compliance: semaforo verde* per norme di principio o che comunque non sono in grado di attivare alcuna pretesa punitiva per abuso d'ufficio; *semaforo arancione* per norme potenzialmente in

⁵⁵ Cfr. SESSA, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio, Un nuovo statuto penale delle scriminanti nell'ordinanza della consulta n. 207/2018*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 6 maggio 2019. L'Autore, relatore al XVI Corso Internazionale di Formazione in Diritto Penale "Pubblica Amministrazione: semplificare i processi decisionali, migliorare le performance", tenutosi a Salerno il 12 ottobre 2019, ha in quella sede suggerito la medesima impostazione dogmatica per le ipotizzate linee-guida.

⁵⁶ Cfr. PINELLI, *op. cit.*, 127.

⁵⁷ "Ciò che serve è un sistema amministrativo nitido e trasparente, nel quale sia possibile separare il grano dal loglio con relativa immediatezza sin dal primo profilarsi della contestazione di rilevanza penale". Così, PADOVANI, *L'abuso d'ufficio, cit.*, 164. Più di recente, si segnala l'auspicio di una riscrittura delle regole dell'azione pubblica di CANTONE, *L'emergenza ci potrà aiutare a semplificare le regole*, in *Corriere della Sera*, 11 aprile 2020.

grado di rilevare quale abuso d'ufficio se, nel caso specifico, risultino essere essenziali allo svolgimento del servizio o della funzione; *semaforo rosso* per le norme necessariamente disciplinanti il servizio o la funzione pubblica, la cui violazione è sempre potenzialmente in grado di attivare l'abuso d'ufficio. Detto catalogo potrebbe risultare utile per tre ordini di motivi: a) giungere finalmente alla riorganizzazione normativa da tempo invocata; b) rendere maggiormente prevedibili le violazioni penalmente rilevanti; c) permettere all'organo procedente un'agevole valutazione, peraltro orientata dal legislatore e non rimessa all'apprezzamento del singolo magistrato, sulla presenza o meno del primo requisito strutturale della fattispecie, oltre che sull'accertamento dell'elemento soggettivo. Sarebbe infatti molto più complicato impostare una strategia difensiva sull'assenza del dolo intenzionale di fronte a violazioni di norme caratterizzate da *red flag*, laddove la chiara riorganizzazione normativa e linguistica ne abbia reso immediatamente identificabile la pregnanza penale, così come, viceversa, potrebbe sostenersi il contrario in caso di contestazione per violazione di norme caratterizzate da *green flag*.

Quanto al possibile apporto dell'intelligenza artificiale, occorre partire dal recente approdo ermeneutico del Consiglio di Stato, il quale, con le sentenze nn. 2836 e 8474 del 2019, ha ammesso l'utilizzo di procedure informatiche che portino direttamente alla decisione amministrativa, purché vengano rispettati i principi di trasparenza, con l'identificazione dell'algoritmo utilizzato, e di imputabilità del risultato al titolare del potere o della funzione, di modo da consentire il controllo sulla correttezza e la logicità dell'*iter* seguito e del risultato raggiunto. Infine, l'utilizzo degli algoritmi nella Pubblica Amministrazione dovrà comunque rispettare le prerogative del GDPR e non produrre risultati discriminatori³⁸.

Traslando il contenuto dell'accennata ipotesi nel campo penale, la rivoluzione digitale sembrerebbe in grado di stravolgere la portata applicativa dell'abuso d'ufficio, la cui violazione tipica sarebbe confinata alle ipotesi in cui il responsabile del procedimento amministrativo abbia consapevolmente alterato gli *input* impartiti alla macchina per ottenere un vantaggio patrimoniale ingiusto o un danno ingiusto. In aggiunta, nelle attività in cui permanga uno spazio discrezionale, l'abuso d'ufficio potrebbe sopravvivere solo laddove la decisione assunta dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio

³⁸ Per un primo commento delle pronunce citate, cfr. NICONTRA, *Algoritmi per le decisioni della PA, quali principi seguire: le sentenze*, in *Agenda Digitale*, 9 gennaio 2020. Favorevole all'uso delle decisioni automatizzate, pur con qualche riserva per le decisioni amministrative complesse, MUSELLI, *La decisione amministrativa nell'età degli algoritmi: primi spunti*, in *MediaLaws*, 24 gennaio 2020.

versi al di fuori del perimetro delle possibili alternative tracciate in via preliminare dell'algoritmo. Potrebbe infatti agevolmente escludersi quantomeno la sussistenza del dolo intenzionale per le decisioni assunte in ossequio alle indicazioni offerte dalla macchina.

Ma vi è di più.

Anche nelle ipotesi di decisioni '*extra-machina*', l'illiceità della condotta dell'agente non potrebbe essere automatica, dovendosi necessariamente garantire il contemperamento di interessi nelle attività decisionali complesse o controverse che solo la persona è in grado di effettuare. L'agente pubblico, pertanto, per porsi al riparo da possibili contestazioni per abuso d'ufficio, dovrebbe adeguatamente motivare in merito alla necessità di prescindere nel caso concreto dal risultato suggerito.

In conclusione, nei termini sopra indicati, la tecnologia potrebbe restringere il campo di operatività dell'abuso d'ufficio, nella misura in cui sostituirebbe le difficoltà di orientamento dell'uomo con la precisione analitica dell'algoritmo, lasciando alle imprescindibili attività discrezionali o complesse il 'rischio', benché contemperato rispetto al passato, di attrarre contestazioni per abuso d'ufficio, oltre che per le residuali ipotesi di maliziosa alterazione del risultato offerto dalla macchina. Un'ipotesi di lavoro, quest'ultima, molto affascinante, ma che lascia irrisolti e anzi amplifica gli interrogativi sul ruolo che l'intelligenza artificiale può (e deve) ricoprire nel palcoscenico giuridico italiano⁵⁹ ed europeo e che meritano di essere approfonditi ulteriormente.

⁵⁹ Cfr. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi d'indagine*, in *Diritto Penale e Uomo*, 29 settembre 2019 e MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in *disCrimen*, 15 maggio 2020.