RIVISTA GIURIDICA DELL' EDILIZIA
ISSN 0485-2435
Anno LXIV Fasc. 3 - 2021

Tommaso Guerini

ABUSO D'UFFICIO E PIANI URBANISTICI: TUTTO DEVE CAMBIARE PERCHÉ TUTTO RESTI COME PRIMA?

Estratto

GIUFFRÈ
GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

Sezione quinta
GIURISPRUDENZA PENALE

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. VI, 12 novembre 2020, n. 31873 — *Pres.* MOGINI — *Est.* CALVANESE.

(*Dichiara inammissibile App. Firenze, 7 marzo 2019*).

Permesso di costruire - Presupposti - Rispetto del piano regolatore generale - Necessità - Violazione - Abuso d'ufficio come riformato dal d.-l. 16 luglio 2020 n. 76, conv. in l. 11 settembre 2020 n. 120 - Sussistenza.

In tema di abuso di ufficio, il rilascio del titolo abilitativo edilizio avvenuto senza il rispetto del piano regolatore generale o degli altri strumenti urbanistici integra la violazione di specifiche regole di condotta previste dalla legge, così come richiesto dalla nuova formulazione dell'art. 323 c.p. ad opera dell'art. 16 d.-l. 16 luglio 2020 n. 76, conv. nella l. 11 settembre 2020 n. 120, in quanto l'art.12, comma 1, d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 prescrive espressamente che il permesso di costruire, per essere legittimo, deve conformarsi agli strumenti urbanistici ed il successivo art. 13 detta la specifica disciplina urbanistica che il direttore del settore è tenuto ad osservare (1).

Abuso d'ufficio e piani urbanistici: tutto deve cambiare perché tutto resti come prima?

SOMMARIO: 1. Il cantiere (sempre) aperto dell'abuso d'ufficio. — 2. L'abuso d'ufficio tra il 1997 e il 2020. — 3. La novella del 2020 e il portato effettivo della *abolitio criminis* parziale. — 4. La rilevanza penale del permesso di costruire rilasciato in contrasto al PSC nel fuoco del nuovo abuso d'ufficio. — 5. Brevi note di commento. L'abuso d'ufficio tra ermeneutica formale ed ermeneutica sostanziale.

(1) Per la nota redazionale e il testo della pronuncia si rinvia a questa *Rivista*, 2021, 1. Segue una nota di T. GUERINI.

1. *Il cantiere (sempre) aperto dell'abuso d'ufficio.*

Nel già complesso affresco della penalistica contemporanea, che ricorda sempre più la confusione *mostruosa* delle pitture fiamminghe di Hieronymus Bosch, una particolare figura di reato si caratterizza per la sua natura iridescente.

Ci riferiamo, come già svelato dal titolo di queste nostre brevi note, al reato di abuso d'ufficio, per il quale del resto non si contano ormai i riferimenti al bestiario delle creature mitologiche, che spaziano ormai dall'ircorcervo (1) all'uroboro (2).

Sono similitudini non forzate se si considera che la fattispecie lumeggiata dall'art. 323 c.p. presenta una spiccata tendenza alla circolarità e, allo stesso tempo, un corpo rabberciato, frutto della cucitura di elementi eterogenei e potenzialmente antinomici.

È questo il frutto di una serie infinita di esperimenti di laboratorio, avviati con la riforma del 1990 e verosimilmente non ancora conclusi, il cui sistematico fallimento deve essere ricercato — a nostro sommesso avviso — non tanto nella trama della norma, quanto piuttosto negli elementi di contesto che ruotano attorno ad essa.

Ripercorrere le proteiformi evoluzioni normative e giurisprudenziali (3) che hanno interessato nell'arco dell'ultimo trentennio l'art. 323 del codice penale significa innanzitutto confrontarsi con il nodo gordiano del controllo del giudice penale sulla legalità dell'azione amministrativa (4).

Di talché, nel già melmoso terreno nel quale coloro che praticano il mestiere delle leggi sono chiamati a confrontarsi su norme dall'ermeneutica complessa — non ultimo per i profili di diritto intertemporale che da sempre accompagnano i casi di *abolitio criminis*, vieppiù se parziale — finiscono per convergere alcune delle questioni irrisolte del dibattito penalistico contemporaneo.

Su tutti, il ruolo del formante giurisprudenziale nel sistema delle fonti di produzione del diritto penale (5) e, più in generale, il rapporto tra politica e magistratura (6).

Difficile, se non impossibile, tralasciare l'uno o l'altro aspetto.

È stato recentemente osservato che la formulazione attuale dell'art. 323 è la quarta subìta dal reato a partire dalla sua prima strutturale riformulazione ad opera della l. 86/1990 (7).

Nell'ambito di quella epocale riforma — la più importante che abbia riguardato la parte speciale del Codice Rocco (8) — venne riscritto l'intero titolo dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, ridisegnando il volto di un settore nevralgico non solo per garantire il buon andamento e l'imparzialità della p.A., in ossequio al dettato dell'art. 97 Cost., ma soprattutto il corretto bilanciamento tra i poteri dello Stato (9).

(1) T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen. web*, 2020, 7-8, 8.

(2) Come ricorda A Merlo, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, in *Sist. pen.*, 1 marzo 2021, 1, il serpente che si morde la coda viene eletto da Friedrich Nietzsche a simbolo dell'eterno ritorno. Ci pare, in effetti, un'immagine adatta a rappresentare la tortuosa conformazione dell'art. 323 c.p.

(3) Tali da integrare un vero e proprio "scontro tra 'formanti' del diritto; quello legislativo (finanche quello esecutivo, come accaduto in occasione della quarta riscrittura della fattispecie) dedito a rimodellare il reato allo scopo di restringerne quanto più possibile gli spazi interpretativi (...) e quello giurisprudenziale (dalle Procure della Repubblica, alla Suprema Corte di Cassazione)". Così A. Perin, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*", in *Leg. pen.*, 23 ottobre 2020, 2. Sul problema del rapporto tra legalità della legge e legalità del giudice nel quadro dell'abuso d'ufficio, emerso ben prima della riforma del 2020, si veda anche l'approfondito studio di A. Merlo, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, Torino, 2019, *passim* e, in particolare, 23 ss.

(4) G. Di Vetta, *L'abuso d'ufficio: cronaca di un "ritorno"*, in *Criminalia*, 2016, 399.

(5) Per tutti: V. Maiello, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Napoli, 2020.

(6) Di recente, sul punto, G. Insolera, *Forca e Melassa*, Milano-Udine, 2021.

(7) A. Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sist. pen.*, 20 novembre 2020.

(8) F. Palazzo, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 3, 815.

(9) A. Manna, *Introduzione ai reati contro la Pubblica Amministrazione*, in A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa (diretto da), *Trattato di Diritto penale*, *Parte Speciale*, *I Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, II, Torino, 2008, 5.

Attraverso una profonda revisione tanto delle singole fattispecie di reato, quanto del loro intreccio sul piano sistematico, il legislatore della prima Repubblica intendeva chiarire, prima ancora che limitare, quale fosse lo spazio di intervento del giudice penale su scelte discrezionali della pubblica Amministrazione.

Un obiettivo che si pensava di raggiungere restringendo l'area degli illeciti amministrativi penalmente rilevanti, sterilizzando in particolare il rischio di indeterminatezza che aveva caratterizzato, in particolare, le ipotesi di peculato per distrazione, interesse privato in atti di ufficio e abuso generico d'ufficio (10).

Era quest'ultima ipotesi — detta anche di abuso innominato — un titolo generico e supplementare (11), che trovava applicazione ogniqualvolta il pubblico ufficiale, "abusando dei poteri inerenti alla funzione" commetteva "per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge", riprendendo pressoché in modo pedissequo il dettato del delitto di abuso di autorità previsto all'art. 175 del Codice Zanardelli (12).

Nella sistematica del Codice del '30, la natura sussidiaria (13) dell'abuso innominato finiva per essere ulteriormente accentuata dall'ampia applicazione giurisprudenziale del peculato per distrazione (art. 314 c.p.) e dell'interesse privato in atti d'ufficio (art. 324 c.p.), che svolgevano un ruolo predominante nell'ambito dell'esercizio del controllo di legalità sull'attività amministrativa (14).

Questo, finché la riforma del 1990 non li abrogò entrambi.

Non deve quindi stupire che la stagione del protagonismo giudiziario della "*nuova*" fattispecie di abuso d'ufficio prenda avvio in un quadro sistematico completamente ridisegnato dalla l. 86/1990, nell'ambito del quale emersero rapidamente le potenzialità espansive di una fattispecie, che coniugava l'incerta descrizione della condotta tipica — della quale diremo tra poco — con una proiezione finalistica (15) — consistente nello scopo di "procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale" tale da offrire al giudice penale uno strumento estremamente efficace per ampliare il proprio sindacato, *sub forma* di controllo sulla stessa attività amministrativa.

Si aprì così la strada a una vera e propria fase di supplenza giudiziaria sull'attività del potere esecutivo (16).

Last but not least, l'esigenza, ormai ritenuta imprescindibile, di aggiornare l'apparato sanzionatorio al mutato quadro costituzionale, veniva messa in atto proprio nel momento in

(10) C. Benussi, *Il delitto di abuso d'ufficio*, in G. Marinucci-E. Dolcini (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, I, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, I, *I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2013, 917.

(11) V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, V, Torino, 1935, 214. Sulla fattispecie *storica*, si vedano anche i contributi di A. Gargani, *L'abuso innominato di autorità nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1224 ss.; A. Manna, *Profili storico-comparatistici dell'abuso d'ufficio*, *ivi*, 2001, 1201 ss.; A. Pagliaro, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 106 ss.

(12) M. Romano, *Commentario sistematico. I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, IV Ed., Milano, 2019, 351.

(13) C.F. Grosso, *L'abuso innominato d'ufficio*, in F. Bricola-G. Zagrebelsky (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, *Codice penale*, *Parte speciale*, I, Torino, 1984, 241.

(14) T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen. web*, 2020, 7-8. In particolare, la fattispecie di interesse privato in atti d'ufficio — scarsamente applicata nei primi decenni di vigenza — conobbe una stagione di enorme successo, divenendo una vera e propria *vedette* del controllo di legalità penale sull'azione dei pubblici poteri. Sul punto, tra gli altri, E. Musco, *A proposito di tutela penale della pubblica amministrazione*, in *Ind. pen.*, 2001, 1026.

(15) Non a caso valorizzata dalla Corte Costituzionale quando, investita della questione del difetto di precisione della norma incriminatrice, ebbe modo di osservare come la locuzione "*abuso del potere*", ritenuta scarsamente precisa, diventava sufficientemente chiara alla luce delle finalità che si dovevano perseguire affinché fosse integrata la fattispecie tipica. Corte Cost., sent. 7/1965, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 984 ss., con nota — critica — di F. Bricola, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*

(16) G. Contento, *Il sindacato del giudice penale sugli atti e sulle attività della pubblica amministrazione*, in *Scritti 1964-2000*, Roma-Bari, 386.

cui il sistema partitico sui cui si era retta per i suoi primi quarant'anni la Repubblica stava per entrare in una crisi irreversibile sotto i colpi delle indagini di Mani pulite, vero e proprio momento fondativo di una stagione dominata dall'idealitipo della democrazia giudiziaria (17).

Breve.

Il tentativo del legislatore del crepuscolo della prima Repubblica di raggiungere un maggiore coefficiente di determinatezza sia sul piano della struttura delle singole fattispecie incriminatrici, sia sul piano sistematico, volto a raggiungere una mediazione al rialzo tra potere politico e potere giudiziario (18) si risolse in un clamoroso esempio di eterogenesi dei fini.

In un contesto nel quale la magistratura inquirente si candidava apertamente a svolgere una funzione catartica rispetto a un sistema politico-amministrativo che si assumeva come irrimediabilmente corrotto (19), l'evidente deficit di tassatività nella descrizione della condotta — incarnata dall'uso della locuzione "abuso dell'ufficio" — fece sì che l'art. 323 c.p. si rivelasse uno strumento straordinariamente efficace (20) per ampliare l'area del sindacato giudiziale sull'attività amministrativa (21) e stanare quei fenomeni corruttivi che — si sosteneva da alcune parti (22) — la legislazione dell'epoca non consentiva di reprimere con sufficiente efficacia.

Un vaglio la cui natura discrezionale finiva per essere ulteriormente dilatata dalla necessità di accertare il dolo specifico richiesto dalla fattispecie, per verificare la sussistenza del quale il giudice finiva per spingersi a verificare se il fine effettivamente perseguito dal pubblico agente corrispondesse alla finalità istituzionale per la cui attuazione il potere era stato attribuito (23).

Le turbinose vicende applicative dell'abuso d'ufficio (24), paragonabili a quelle che videro protagonista un altro "reato sentinella" particolarmente in auge a quell'epoca — il falso in bilancio (25) — determinarono tensioni che indussero il legislatore a optare per una

(17) Come ha recentemente rappresentato E. Amati, *L'enigma penale*, Torino, 2020, 26, "Tangentopoli rappresenta "un caso di eutanasia attiva della democrazia rappresentativa" ed è un capitolo importante del processo di progressiva crescita del populismo all'interno della politica italiana. Si è stimato che gli effetti dell'intervento della magistratura "spazzarono via" circa il 70% dei professionisti della politica dall'arena parlamentare. Tre quarti dei cittadini, secondo i sondaggi di quegli anni, speravano di farsi giustizia e di vendicarsi dei politici e della politica attraverso l'azione della magistratura"..

(18) E. Infante, Sub *Art. 323 c.p.*, in A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa (diretto da), *Trattato di Diritto penale*, cit., 301.

(19) Abbiamo affrontato questo tema in un precedente scritto, al quale sia consentito fare rinvio: T. Guerini, *Antimafia e anticorruzione nell'epoca del furore punitivo*, in *Arch. pen.*, 2019, 3.

(20) Anche se non certo l'unico. Sul punto, T. Padovani, *Il problema Tangentopoli tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 448 ss.

(21) M. Parodi Giusino, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 2009, 890.

(22) Pensiamo in particolare alle considerazioni a monte della cd. "*Proposta di Cernobbio*", pubblicata, tra l'altro, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1025 ss. Alcune delle soluzioni proposte in quel documento - oggetto di penetranti critiche in letteratura (F. Sgubbi, *Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 4-1994, 941 ss.) avrebbero poi trovato spazio nella legislazione *anticorruzione* introdotta a partire dal 2012 Sul punto: M. Gambardella, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, 1, 45.

(23) G. Di Vetta, *L'abuso d'ufficio: cronaca di un "ritorno"*, cit., 401.

(24) Sulle fortune applicative dell'abuso d'ufficio quale *erede* del peculato per distrazione e dell'interesse privato in atti d'ufficio, si veda: A. Di Martino, *Abuso d'ufficio*, in A. Bondi-A. Di Martino-G. Fornasari (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004, 239.

(25) Sul ruolo di fattispecie "*grimaldello*" del reato di false comunicazioni *ante* riforma del 2002 e, in particolare, negli anni di Tangentopoli, si vedano, senza pretesa di completezza: N. Mazzacuva, *Il falso in bilancio. Profili penali: casi e problemi*, Padova, 1996; C. Pedrazzi, voce *Società commerciali (disciplina penale)* in *Dig. disc. pen.*, Vol. XIII, Torino, 1997, 347; E. Musco, *Diritto Penale Societario*, Milano, 1999. Sui profili critici della riforma — anch'essi in parte condizionati dalla dimensione *politica* del falso in bilancio — si leggano, tra gli altri: F. Giunta, *Quale futuro per le false comunicazioni sociali*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, 929; G. Marinucci, *Falso in bilancio: con la nuova delega avviata una depenalizzazione di fatto*, in *Guida al dir.*, 2001, 45; C. Pedrazzi, *In memoria del" falso in bilancio"*, in *Riv. soc.*, 2001, 1369; A. Alessandri, *La riforma*

radicale riscrittura della norma, che fu novellata dalla l. 234/1997, alla quale dobbiamo la formulazione rimasta in vigore, pressoché inalterata (26), fino al 2020.

2. *L'abuso d'ufficio tra il 1997 e il 2020.*

Nonostante il presupposto politico-criminale della riforma del 2020 debba essere ricondotto alla asserita incapacità della norma previgente di fornire indicazioni certe ai pubblici amministratori (27), occorre rimarcare come autorevole letteratura — nelle cui valutazioni, peraltro, ci riconosciamo a nostra volta — abbia espresso il proprio apprezzamento sulla disposizione "*classe '97*", alla quale è stato riconosciuto il merito di aver segnato un fondamentale passaggio evolutivo rispetto alla disciplina previgente (28).

Invero, più che a una presunta carenza di tassatività della disposizione, le incertezze sono derivate dalla sua dilatazione sul piano giurisprudenziali, che hanno reso l'abuso d'ufficio una fattispecie potenzialmente onnivora (29), spesso e volentieri utilizzata dalle Procure come un grimaldello per gettare luce su contesti politico-amministrativi sospetti, peraltro, con scarse *performance* applicative, come dimostrano i dati relativi all'esiguo numero di condanne che da sempre caratterizzano le statistiche giudiziarie sull'art. 323 c.p. (30).

Si era verificata così una peculiare forma di *chilling effect* nei confronti dei pubblici funzionari, pervasi dal timore delle potenziali conseguenze sul piano penale delle scelte che sono chiamati quotidianamente chiamati a compiere nell'ambito della loro ordinaria attività amministrativa (31).

Tra le diverse opzioni di riforma sulle quali si erano lungamente confrontati tanto gli studiosi di diritto amministrativo, quanto quelli di diritto penale (32), venne adottata quella che prevedeva la riscrittura della fattispecie, strutturata sul modello del reato d'evento e di danno e dalla quale, mentre usciva il riferimento al controverso lemma "abuso", faceva ingresso, in chiave ulteriormente delimitativa, il dolo intenzionale.

La precisazione della struttura oggettiva del reato, dalla quale risultava evidente che il legislatore volesse definitivamente espungere dall'area di rilevanza penale i casi di eccesso di potere, si accompagnò poi a un'ulteriore azione di delimitazione del tipo legale, operata sul piano soggettivo attraverso la sostituzione del dolo specifico con quello intenzionale —

dei reati societari, alcune considerazioni provvisorie, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 993; A. Crespi, *Il falso in bilancio e il pendolarismo delle coscienze*, in *Riv. soc.*, 2002, 449; M. Donini, Abolitio criminis *e nuovo falso in bilancio. Struttura e offensività delle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.) dopo il d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, in *Cass. pen.*, 2002, 1240; G.M. Flick, *Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa all'alba del nuovo secolo: il nodo dei beni protetti*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti Giuridici per Guido Rossi*, Milano 2002, 1303; D. Pulitànò, *La riforma del diritto penale societario tra* dictum *del legislatore e ragioni del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 934; T. Padovani, *Il cammello e la cruna dell'ago*, in *Cass. pen.*, 2002, 1598 ss.

(26) La riforma operata con la l. 120/2012, infatti, ha lasciato inalterata la struttura della fattispecie, modificando il solo quadro edittale, nell'ambito del quale la pena della reclusione, precedentemente ricompresa tra un minimo di sei mesi a un massimo di tre anni, è stata ricompresa nella forbice, tutt'ora vigente, da uno a quattro anni.

(27) Si vedano, sul punto le considerazioni espresse in E. Antonucci, *Giusto cambiare l'abuso d'ufficio, Parlano Castaldo, Sgubbi, Visconti*, in *Il Foglio*, 28 maggio 2020.

(28) M. Romano, *Commentario sistematico*, cit., 352.

(29) Così F. Bricola, *La riforma dei reati contro la pubblica amministrazione: cenni generali*, in F. Coppi (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993.

(30) Si vedano sul punto i dati raccolti dal Ministero della Giustizia e dall'Istat, riportati tra gli altri in A. Cherchi-I. Cimmarusti-V. Maglione, *Burocrazia difensiva, molte cause e poche condanne ma l'abuso d'ufficio frena la Pa*, in *Il Sole 24ore*, 15 giugno 2020, ove si riporta come nel 2016 e nel 2017 a fronte di circa 7000 procedimenti penali iscritti per abuso d'ufficio vi siano state all'incirca 50 condanne per ciascun anno.

(31) In letteratura, tra i primi a cogliere questo fenomeno fu V. Patalano, *Amministratori senza paura della firma con i nuovi vincoli alle condotte punibili*, in *Guida al dir.*, 1997, 29, 18.

(32) Per una panoramica delle quali si rimanda a V. Manes, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1202 ss.

polarizzato sui due eventi alternativi — procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, ovvero arrecare ad altri un danno ingiusto — che si devono verificare.

Il risultato della novella — quantomeno nelle intenzioni di chi la volle — doveva essere quello di marcare in maniera più netta — anche sul piano processuale (33) — il *limes* tra discrezionalità amministrativa e responsabilità penale (34).

Ciò premesso, per addentrarci nelle questioni di nostro specifico interesse, cercheremo di estrapolare dal *mare magnum* delle questioni che attengono alla tormentata ipotesi dell'abuso d'ufficio i soli elementi essenziali al nostro ragionamento, tralasciando quindi — per il momento — di affrontare la seconda condotta prevista dall'art. 323, ossia l'abuso d'ufficio posto in essere dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio che ometta di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti.

Con riferimento alla violazione di legge o di regolamento, è stato osservato come, a livello concettuale, nella riforma del 1990 l'abuso d'ufficio coincidesse con l'uso distorto di un potere pubblico discrezionale, finalizzato a procurare vantaggi o danni ingiusti (35), tale da ledere sia l'imparzialità e il buon andamento della pubblica Amministrazione, sia il privato cittadino verso comportamenti lesivi dei suoi diritti e interessi legittimi posti in essere da parte di un pubblico agente (36).

In estrema sintesi, come venne notato da attenta dottrina, si passava dalla logica dell'abuso di potere a quella della violazione del dovere (37).

In ossequio a queste premesse, il legislatore del 1997, pur mantenendosi all'interno della categoria delle norme penali parzialmente in bianco (38), intervenne sulla natura del reato — trasformato da fattispecie a forma libera in fattispecie a condotta vincolata — prevedendo che integrasse abuso d'ufficio esclusivamente il fatto del pubblico agente posto in essere "*in violazione di norme di legge o di regolamento*".

Scelta lessicale che attirò le critiche di autorevole dottrina, che ebbe modo di osservare come non venisse risolto il problema della tassatività della fattispecie, paventando altresì il rischio che potesse essere esclusa la punibilità di comportamenti formalmente rispettosi del dettato normativo, ma nella sostanza connotati da forme di favoritismo o prevaricazione (39).

Quest'ultima preoccupazione non trovò riscontro nella prassi applicativa della norma, che fu invece soggetta una duplice *vis expansiva*, verso il basso e verso l'alto.

La spinta discendente era dovuta alla possibilità di dare un ampio ventaglio di interpretazioni al lemma regolamento, nel quale sono stati fatti refluire, nel corso dei decenni, ogni genere di fonte sub-legislativa, dalle ordinanze ai decreti, fino ad arrivare alle linee guida emanate dall'ANAC (40).

Invero, la giurisprudenza ebbe modo di elaborare canoni ermeneutici tali da scongiurare tale rischio.

Posto che la nozione di legge doveva — e deve — essere intesa in senso formale, comprendendovi cioè le sole leggi costituzionali, ordinarie e regionali, nonché i decreti legislativi e i decreti-legge, in quanto atti aventi forza di legge, si è lungamente discusso sulla possibilità o meno di ricomprendervi anche norme di carattere generale o programmatico.

(33) A. Manna, *Luci ed ombre nella nuova fattispecie d'abuso d'ufficio*, in *Ind. pen.*, 1998, 19.

(34) G. Insolera, *La criminalità politico-amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 2, 584.

(35) F. Ruggiero, *Abuso d'ufficio*, in C.F. Grosso-M. Pelissero (a cura di), *Reati contro la pubblica o di Diritto penale*, in C.F Grosso-T. Padovani-A. Pagliaro, (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2015, 349, 357.

(36) Sul punto, per tutti: C. Benussi, *Il delitto di abuso d'ufficio*, cit., 924-926.

(37) G.A. De Francesco, *La fattispecie dell'abuso di ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, in AA.VV., *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Milano, 2000, 56.

(38) A. D'Avirro, *L'abuso d'ufficio*, III Ed., Milano, 2009, 71.

(39) T. Padovani, *Commento all'art. 323 del codice penale*, in *Leg. pen.*, 1997, 4, 747.

(40) V. Valentini, *Abuso d'ufficio e* fast law *ANAC Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in *Arch. pen.*, 2018, 3.

L'aspetto maggiormente controverso riguardava la possibilità di attribuire rilevanza penale a comportamenti posti in essere in violazione dell'art. 97 della Costituzione, che sancisce il dovere di organizzare i pubblici uffici in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.

In un primo momento, la giurisprudenza di legittimità si era assestata su una posizione di diniego, osservando come l'art. 97 Cost. non avesse carattere precettivo, bensì un valore meramente programmatico, come tale inidoneo a integrare la fattispecie di abuso d'ufficio (41). A monte di tale presa di posizione vi era il rilievo per cui, nella prospettiva dell'art. 323 c.p., la norma violata non dovesse essere genericamente strumentale alla regolarità dell'attività amministrativa, ma altresì dotata di un sufficiente livello di significatività sul piano del disvalore criminale, nonché orientata a vietare un comportamento del pubblico ufficiale e avere un riflesso sul contenuto dispositivo della determinazione finale (42).

Una linea di *self-restraint* che la Corte di Cassazione ha però abbandonato nella giurisprudenza immediatamente precedente alla riforma del 2020, nella quale, pur riaffermando la natura meramente programmatica dell'art. 97 Cost. considerato nel suo insieme, ha ritenuto di poter tuttavia individuare in esso anche alcuni spazi di immediata precettività, tali da fornire regole di comportamento vincolanti per i pubblici funzionari (43).

È questo, a nostro parere, lo snodo fondamentale, in quanto antecedente causale immediato e diretto della riforma del 2020.

Come stiamo per vedere, infatti, il legislatore dello scorso agosto non ha inteso agire sulla disposizione di legge, quanto sulla sua interpretazione giurisprudenziale.

3. *La novella del 2020 e il portato effettivo della* abolitio criminis *parziale.*

Una prima notazione, di taglio politico-criminale.

Non si può fare a meno di condividere la posizione di chi ha visto nel decreto-semplificazioni — tanto nella parte in cui rivede la responsabilità erariale, quanto in quella di nostro maggiore interesse — una sorta di contro-rivoluzione rispetto alla legge '*spazza-corrotti*", maturando l'impressione secondo cui, nel passaggio da una maggioranza giallo-verde a una giallo-rossa si sia da un eccesso di penalizzazione si sia passati ad un eccesso di depenalizzazione (44).

Chiara, tuttavia, la *ratio* dell'intervento, motivato dalla volontà di superare l'ingorgo che si crea in ragione della cd. burocrazia difensiva (45).

Sulla struttura della norma.

A seguito della novella (46), la condotta tipica non deve più consistere in una viola-

(41) *Ex multis*: Cass. pen., Sez. II, 27 ottobre 2015 n. 46096; Cass. pen., Sez. VI, 12 giugno 2014, n. 38357.

(42) C. BENUSSI, *Il delitto di abuso d'ufficio*, cit., 949.

(43) Si veda, ad esempio, Cass. pen., Sez. II, 27 ottobre 2015 n. 46096, ove si è sostenuto come "in tema di abuso di ufficio, il requisito della violazione di legge può consistere anche nella inosservanza dell'art. 97 della Costituzione, nella parte immediatamente precettiva 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".

(44) G. 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 *Sist. pen.*, 17 luglio 2020, ove si osserva, tra l'altro: "Ancora una volta, come in occasione delle precedenti riforme, l'obiettivo politico-criminale è di circoscrivere l'area dell'abuso d'ufficio penalmente rilevante. In questa occasione, l'intento dichiarato è di rasserenare funzionari e amministratori pubblici, chiamati a 'darsi da fare' per facilitare la ripresa del paese".

(45) V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e* Restyling *dell'abuso d'ufficio*, in *Giust. pen.*, II, 2020, 502 ss.

(46) Per un primo commento alla quale si vedano: E. APRILE, *Una riforma in controtendenza: l'abuso d'ufficio "depotenziato"*, in G. FIDELBO (a cura di), *Il contrasto ai fenomeni corruttivi. Dalla spazzacorrotti alla riforma dell'abuso d'ufficio*, Torino, 2020, 441 ss.; B. BALLINI, *Note minime sulla riformata fattispecie di abuso*

zione di legge o di regolamenti, dovendosi ora concretizzare nella 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".

Tre, dunque, le linee di intervento (47).

In primo luogo, si è eliminato il riferimento — come abbiamo visto, foriero di insidie sul piano della tassatività — ai regolamenti.

Inoltre, si è voluto ancorare il disvalore penale alla violazione di norme di rango primario che contengano specifiche regole di condotta e dalle quali non residuino spazi di discrezionalità.

Ne è derivata una *abolitio criminis* parziale sulla cui effettiva portata la letteratura, prima ancora che la giurisprudenza, a cominciato a interrogarsi.

4. *La rilevanza penale del permesso di costruire rilasciato in contrasto al PSC nel fuoco del nuovo abuso d'ufficio.*

È in questo vivace dibattito, non certo scevro da connotazioni politico-criminali, che si iscrive la pronuncia in commento, con la quale la Corte di Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi sulla (perdurante) rilevanza penale del permesso di costruire rilasciato in contrasto al PSC e al Regolamento urbanistico comunale quale violazione mediata di legge.

Un breve esame degli antecedenti.

In ordine cronologico, dopo una prima decisione esplorativa che si era occupata del *nuovo* 323 c.p. a pochi mesi di distanza dall'entrata in vigore della riforma (48), la questione del portato dell'*abolitio criminis* parziale — e della sua portata — è stata oggetto della sentenza n. 26834, pronunciata dalla III Sezione della Cassazione penale in data 8 settembre 2020 (49).

Il caso dedotto allo scrutinio della Corte di legittimità riguardava un'ipotesi di abuso d'ufficio relativa al rilascio di alcuni permessi a costruire ottenuti, in ipotesi d'accusa, a seguito di un accordo collusivo tra un dirigente comunale e il titolare di alcune società interessate a un progetto di edificazione (50).

In quell'arresto, il Supremo Collegio nel negare che la modifica operata con il decreto semplificazioni assumesse rilievo nel caso sottoposto al proprio scrutinio, ha osservato come risulti pacifico che la violazione di norme contenute nei regolamenti sia ormai esclusa dal

d'ufficio, in *Discrimen*, 10 agosto 2020; A. NATALINI, *Nuovo abuso d'ufficio, il rischio è un'incriminazione fantasma*, in *Guida al dir.*, 2020, 76 ss.

(47) Non è questa la sede per un commento sull'esito della riforma, per il quale rinviamo alle note critiche di T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., e di G. INSOLERA, *Quod non fecerunt barberini fecerunt barbari. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76*, in *Discrimen*, 31 luglio 2020.

(48) Cass. pen., Sez. IV, n. 1146 del 9 dicembre 2020. Su questo arresto: S. TORDINI-CAGLI, *Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, in *Penale dp*, 25 febbraio 2021.

(49) In *www.iusexplorer.it.*

(50) In particolare, veniva contestata la condotta di abuso di atti di ufficio in relazione al rilascio dei tre permessi a costruire, avvenuto in violazione di legge in quanto emessi in assenza di piano particolareggiato tuttora vigente, atteso che il piano particolareggiato adottato il 2 aprile 1996, a seguito dell'Accordo di programma n. 14555 del 2006, determinante variante al piano regolatore generale, risultava inefficace dal 2006, per decorso del termine decennale di vigenza, e sul presupposto che la dichiarazione del Commissario Straordinario n. 230 del 2016, con la quale si sarebbe dovuto provvedere all'adeguamento della programmazione urbanistica particolareggiata, diversamente dalla sua effettiva natura di dichiarazione di scienza, avesse natura di provvedimento con il quale si era approvato il riassetto del piano particolareggiato, in realtà mai avvenuto, e, grazie alla condotta dello S., dirigente amministrativo di settore, di attestazione che la delibera commissariale comportava il riassetto del piano particolareggiato e l'incremento di ettari di territorio da destinare ad area commerciale, sottoscrivendo tutti gli indagati la convenzione *ex* d.P.R. n. 380 del 2001, art. 28-*bis*, priva di approvazione da parte dell'organo consigliare e giustificando, lo S., l'emissione in forma semplificata del permesso a costruire che prevedeva l'esonero dal pagamento degli oneri di costruzione di cui al d.P.R. n. 380 del 2001, art. 19, senza alcuna giustificazione, così realizzava un ingiusto vantaggio patrimoniale in capo alle società del B.

perimetro della condotta di abuso, in quanto l'abuso può essere integrato soltanto dalla violazione di "regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge", che siano peraltro "specifiche" ed "espressamente previste" dalle citate fonti primarie e "dalle quali non residuino margini di discrezionalità".

Ciò non toglie che, secondo un orientamento da tempo consolidato nella giurisprudenza di legittimità, "il requisito della violazione di legge, rilevante ai fini della configurabilità del reato di abuso di ufficio, è integrato dalla conformità alle previsioni urbanistiche, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistica che il dirigente del settore è tenuto a rispettare ai sensi del d.P.R. n. 380 del 2001, art. 13, in quanto il permesso di costruire, per essere legittimo, deve conformarsi — ai sensi del d.P.R. n. 380 del 2001, art. 12, comma 1, — "alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico - edilizia vigente". Dall'espresso rinvio della norma agli strumenti urbanistici discende che il titolo abilitativo edilizio rilasciato senza rispetto del piano regolatore e degli altri strumenti urbanistici integra una "violazione di legge", rilevante ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 323 c.p.".

Sulla scia di questo consolidato canone ermeneutico, il Collegio ritiene che l'interpretazione della nozione di "violazione di legge", come delineata dalla citata giurisprudenza sia pienamente condivisibile anche a seguito della novella del 2020.

Pertanto, anche nel quadro del mutato contesto normativo, deve ribadirsi che i piani urbanistici non rientrano nella categoria dei regolamenti, come ritenuto da risalente e superato orientamento giurisprudenziale, ma in quella degli atti amministrativi generali la cui violazione, in conformità dell'indirizzo ermeneutico consolidato, rappresenta solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica (51).

Da ciò deriva la conferma dell'applicabilità al caso concreto del dettato dell'art. 323 c.p., anche in ragione del fatto che le disposizioni violate contengono "norme specifiche e per le quali non residuano margini di discrezionalità laddove l'art. 12 cit. detta i requisiti di legittimità del permesso a costruire, e il successivo art. 13 cit., detta la disciplina urbanistica che il dirigente del settore è tenuto a rispettare nel rilascio del permesso a costruire".

La tesi sostenuta in questa prima decisione è stata accolta anche nella pronuncia di nostro interesse, immediatamente successiva a quella poc'anzi citata e anch'essa avente ad oggetto un'ipotesi di abuso d'ufficio in materia edilizia, riguardante il rilascio di permessi di costruire in "violazione di legge" (52).

Con questa decisione, la Corte, pur avendo dichiarato l'inammissibilità del ricorso proposto dai difensori dell'imputato, si interroga sui possibili effetti in punta di *abolitio criminis* della nuova formulazione dell'art. 323 c.p., a seguito della novella introdotta dal d.-l. 16 luglio 2020 n. 76, conv. dalla l. 11 settembre 2020 n. 120, recante: "Misure urgenti per la semplificazione l'innovazione digitale", che ha sostituito le parole "di norme di legge o di regolamento" con quelle "di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità".

In ossequio al precedente già esaminato nel paragrafo che precede, la Corte ha ritenuto che l'interpretazione della nozione di violazione di legge debba essere riaffermata anche sotto la norma vigente.

Infatti, il permesso di costruire, per essere legittimo, deve conformarsi — ai sensi del D.P.R. n. 380 del 2001, art. 12, comma 1, — "alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente". Dall'espresso rinvio della

(51) E, segnatamente, d.P.R. n. 380 del 2001, artt. 12 e 13. Così Cass. pen., Sez. VI, 25 gennaio 2007 n. 11620, P.

(52) In particolare, all'imputato era stato contestato, quale responsabile dell'Ufficio tecnico di un Comune toscano, in concorso con altri — committenti e direttore dei lavori — di aver rilasciato permessi di costruire in violazione di legge, consentendo la costruzione di una rimessa in zona agricola non consentita dal Piano strutturale comunale e al Regolamento urbanistico Comunale, nonché di aver autorizzato la trasformazione d'uso dell'immobile, procurando intenzionalmente un ingiusto vantaggio patrimoniale ai committenti e alle imprese esecutrici.

norma agli strumenti urbanistici discende che il titolo abilitativo edilizio rilasciato senza rispetto del piano regolatore e degli altri strumenti urbanistici integra, una "violazione di legge", rilevante ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 323 c.p. (53).

Seguendo questa tesi "deve ribadirsi che i piani urbanistici non rientrano nella categoria dei regolamenti, come ritenuto da risalente e superato orientamento giurisprudenziale, che nel mutato quadro normativo escluderebbe la fattispecie di abuso in atti di ufficio, ma in quella degli atti amministrativi generali la cui violazione, in conformità dell'indirizzo ermeneutico consolidato, rappresenta solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica (d.P.R. n. 380 del 2001, artt. 12 e 13) (...), normativa a cui deve farsi riferimento, per ritenere concretata la "violazione di legge", quale dato strutturale della fattispecie delittuosa ex art. 323 c.p. anche seguito della modifica normativa".

Assai meno argomentato, anche in questo caso, il passaggio motivazionale che riguarda la specificità — *recte*: l'assenza di margini di discrezionalità — della normativa extrapenale che si assume violata.

A parere della Corte, infatti, "la normativa in questione integra, inoltre, l'ulteriore requisito richiesto dalla modifica normativa, in quanto si tratta di norme specifiche e per le quali non residuano margini di discrezionalità: l'art. 12 cit. detta i requisiti di legittimità del permesso a costruire e il successivo art. 13 cit. detta la disciplina urbanistica che il dirigente del settore è tenuto a rispettare nel rilascio del permesso a costruire".

5. *Brevi note di commento. L'abuso d'ufficio tra ermeneutica formale ed ermeneutica sostanziale.*

Dato conto del principio di diritto espresso dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 31873/2020, non possiamo esimerci dallo svolgere alcune notazioni critiche.

La prima, di carattere — solo apparentemente — formale.

Come abbiamo rilevato poc'anzi, il vaglio sulla assenza di margini di discrezionalità della disciplina legale che si assume violata ci pare frettoloso, ai limiti della apoditticità.

Viceversa, non è difficile prevedere che su questo terreno si giocherà la tenuta della capacità innovativa della novella del 2020, come del resto lasciano presagire alcune decisioni di poco successive a quella che ci impegna.

Ci riferiamo, in primo luogo, a Cass. Sez. VI, 8 gennaio 2021 n. 442, con la quale la Corte ha evidenziato come non solo sia necessario ancorare la condotta — attiva — di abuso d'ufficio alla violazione di un precetto che abbia il rango di legge ordinaria o di atto avente forza di legge, ma anche procedere alla valutazione del contenuto precettivo della norma che si assume violata.

A parere della Corte, la limitazione di responsabilità penale del pubblico agente si verifica ogniqualvolta egli si trovi in presenza di regole che gli consentano di agire "in un contesto di discrezionalità amministrativa, anche tecnica: intesa, questa, nel suo nucleo essenziale come autonoma scelta di merito — effettuata all'esito di una ponderazione comparativa tra gli interessi pubblici e quelli privati dell'interesse primario pubblico da perseguire in concreto".

Sempreché, precisa la Corte, "l'esercizio del potere discrezionale non trasmodi tuttavia in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici — c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità — laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito".

Quanto alle questioni di diritto intertemporale e ai criteri per risolverle.

(53) In senso conforme, Cass. pen., Sez. III, 19 giugno 2012 n. 39462, R.; Cass. pen., Sez. VI, n. 11620/2007, cit.

Pacifico per la Corte che ci si trovi di fronte ad un caso di *abolitio criminis* parziale che investe tutti i fatti, commessi prima dell'entrata in vigore del d.-l. 76/2020, realizzati mediante violazione di norme regolamentari o di norme di legge generali e astratte, dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità, riguardo ai quali opererà l'art. 2, comma 2, c.p.

Un ragionamento portato a ulteriore compimento nelle motivazioni della sentenza Cass. pen., Sez. VI, n. 8057/2021, ove si legge che la presenza di elementi che possono costituire oggetto di una discrezionalità tecnica risulta irrilevante "in tutti i casi di abuso d'ufficio (...) in cui la violazione di una regola di condotta prevista da una norma di legge dovesse sostanziarsi nella preventiva totale rinuncia da parte del pubblico agente dell'esercizio di ogni potere discrezionale; ovvero laddove la violazione della regola di condotta dovesse intervenire in un momento del procedimento nel quale è possibile affermare che ogni determinazione dell'amministrazione è ormai espressione di un potere caratterizzato dall'essere in concreto privo di qualsivoglia margine di discrezionalità".

A parere dalla Suprema Corte, è infatti "possibile fondatamente ritenere che il legislatore della novella, stabilendo che l'abuso d'ufficio sia configurabile solo nel caso di "violazione di specifiche regole di condotta [...] dalle quali non residuino margini di discrezionalità" abbia inteso far riferimento non solamente ai casi in cui la violazione ha ad oggetto una specifica regola di condotta connessa all'esercizio di un potere già in origine previsto da una norma come del tutto vincolato (...); ma anche ai casi riguardanti l'inosservanza di una regola di condotta collegata allo svolgimento di un potere che, astrattamente previsto dalla legge come discrezionale, sia divenuto in concreto vincolato per le scelte fatte dal pubblico agente prima dell'adozione dell'atto (o del comportamento) in cui si sostanzia l'abuso d'ufficio".

La seconda, di natura — ulteriormente — sostanziale.

Abbiamo dato conto nei paragrafi introduttivi di come alla radice della decisione del legislatore di (ri)mettere mano al testo dell'art. 323 c.p. ci fosse l'esigenza di superare il fenomeno distorsivo della cd. amministrazione difensiva, rassicurando il pubblico agente che il rimprovero per fatti di abuso commissivi d'abuso d'ufficio poteva intervenire esclusivamente nel caso di una violazione di legge o di atto avente la forza di questa.

A ben vedere, il canone ermeneutico adottato dalla sentenza della quale ci stiamo occupando — così come quella immediatamente precedente della quale abbiamo riferito nel paragrafo che precede — rischia di svuotare di significato l'essenza stessa della riforma.

Riprendiamo il passaggio essenziale, secondo cui "i piani urbanistici non rientrano nella categoria dei regolamenti (...) ma in quella degli atti amministrativi generali, la cui violazione (...) rappresenta solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica (...) a cui deve farsi riferimento per ritenere concretata la "violazione di legge" quale dato strutturale della fattispecie delittuosa ex art. 323 c.p.".

In altri termini, la violazione di legge viene ancorata agli artt. 12 e 13 del d.P.R. 380 del 2001, che disciplinano rispettivamente i presupposti e la competenza al rilascio del permesso di costruire.

La questione è nota.

Il piano regolatore generale e gli altri strumenti urbanistici non sono né leggi, né regolamenti, bensì atti a natura mista: di provvedimento amministrativo e atto normativo (54).

Tuttavia, essi sono atti amministrativi che integrano, specificandolo, il precetto normativo primario che disciplina il rilascio delle concessioni edilizie, di talché occorre chiarire se la loro violazione configuri un'ipotesi di abuso d'ufficio.

(54) M. GAMBARDELLA, *Abuso d'ufficio e concessione edilizia illegittima: il problema delle norme di legge a precetto generico o incompleto*, in *Cass. pen.*, 2000, 354.

Dopo un primo — risalente — arresto che negava tale possibilità (55), sulla base della natura sub-regolamentare degli strumenti urbanistici, la giurisprudenza di legittimità si è assestata sulla posizione richiamata dalla sentenza in commento, sostenendo cioè che la loro violazione rappresenta un mero presupposto fattuale della violazione del precetto primario, che costituisce elemento strutturale della fattispecie delittuosa prevista dall'art. 323 c.p. (56).

Siamo dunque di fronte ad un caso di violazione mediata di legge, che ripropone — anche a seguito della novella del 2020 — il fenomeno dello scivolamento verso il basso del tipo legale dell'abuso d'ufficio.

Una soluzione — o, più verosimilmente, un espediente (57) — a nostro avviso non più percorribile nel mutato quadro normativo.

La questione si pone sia sul piano dell'interpretazione letterale del precetto — con conseguente rischio di elusione del principio di legalità — sia sul piano sistematico, che impone di dare attuazione alle ragioni di fondo di una riforma che ha operato sul duplice piano della ridefinizione sul piano formale degli atti-fonte la cui violazione integra l'abuso d'ufficio, nonché su quello sostanziale, dando rilievo al loro contenuto, che deve essere così preciso da non lasciare spazio a ipotesi di discrezionalità pura.

Una precisione che, ci pare, non possa essere ritenuta sussistere ogniqualvolta il precetto primario necessiti di una eterointegrazione da parte di una fonte sub-legislativa necessaria per specificarne il portato.

Siamo infatti persuasi che il solo modo per interpretare in maniera conforme al testo di legge e allo spirito della riforma il *nuovo* testo dell'art. 323 c.p., imponga di leggere il sintagma "specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge" riferendolo esclusivamente alla disposizione di legge, non anche alle norme che possono esserne ricavate mediante un processo di eterointegrazione verso l'alto, richiamando i principi fondamentali, o verso il basso, utilizzando fonti di natura sub-legislativa quali regolamenti o linee guida.

TOMMASO GUERINI

Seguono gli *abstracts* in italiano e in inglese predisposti dall'Autore.

Il contributo si occupa di ricostruire, alla luce della giurisprudenza formatasi sulla *nuova* fattispecie di abuso d'ufficio, il portato dell'*abolitio criminis* parziale operata dal d.l. 16 luglio 2020 n. 76, conv. dalla l. 11 settembre 2020 n. 120, in forza del quale parole "di norme di legge o di regolamento" riportate al primo comma dell'art. 323 c.p., sono state sostituite con quelle "di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità".

In particolare, ci si chiede se integri ancora il reato di abuso d'ufficio la concessione di un permesso a costruire rilasciato in violazione del piano regolatore e degli altri strumenti urbanistici.

A fronte di un dato letterale che non sembrerebbe lasciare adito a spazi interpretativi, la Corte di Cassazione, in due distinte pronunce, ha invece ribadito come anche tali condotte possano integrare la fattispecie di cui all'art. 323 c.p., ancorando la violazione di legge agli artt. 12 e 13 del d.P.R. 380 del 2001, che disciplinano rispettivamente i presupposti e la competenza al rilascio del permesso di costruire.

Una soluzione — o, più verosimilmente, un espediente — che tradisce tanto la lettera della legge, quanto e soprattutto lo spirito di una riforma che mira(va) a superare quella

(55) Cass. pen., Sez. VI, 2 ottobre 1998, Tilesi, in *Cass. pen.*, 1999, 2114, n. 994, con nota di P. TANDA, *Abuso d'ufficio: eccesso di potere e violazione di norme di legge o regolamento.*

(56) Così, Cass. pen., Sez. VI, n. 11620/2007, in *www.iusexplorer.it.*

(57) Così A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit., 7.

burocrazia difensiva, in questo caso dovuto al *chilling effect* che il rischio di cadere in un illecito penale determina sul pubblico agente, vista sempre di più come un freno allo sviluppo economico del paese.

The paper deals the consequences of the abolitio criminis *operated by the Legislative Decree 16 July 2020, n. 76, conv. by L. 11 September 2020, n. 120 on article 323 of Italian Criminal Code, reflecting if the offense of abuse of office is still integrated by the granting of a building permit issued in violation of the master plan and other planning instruments.*

In the face of a law that would not seem to leave any space for interpretation, the Court of Cassation, in two separate rulings, instead reiterated how even such conduct can integrate the case referred to in art. 323 c.p., connecting the violation of law to art. 12 and 13 of the Presidential Decree 380 of 2001, which respectively regulate the conditions and the competence to issue the building permit.

A solution — or, more likely, an expedient — that betrays both the letter of the law and, above all, the spirit of a reform that aims to overcome that defensive bureaucracy, in this case due to the chilling effect and the risk of falling in a criminal offense it determines the public agent.