

## Il nuovo abuso di ufficio: note in tema di revoca delle sentenze definitive di condanna.

di **Generoso Grasso**

**Sommario:** **1.** Il nuovo art. 323 c.p.: una riforma inaspettata. – **2.** Il ridimensionamento della condotta punibile dell'abuso d'ufficio. – **3.** Relazione di specialità e confronto tra vecchio e nuovo fatto tipico. – **4.** Criterio di continenza e successione normativa in rapporto a figure di reati affini: *abolitio sine abrogatio*? – **5.** Problematiche di diritto intertemporale alla luce dei limiti del giudizio di esecuzione – **6.** Una conclusione alternativa: *abolitio criminis* e contestuale nuova incriminazione nel rapporto tra vecchia e nuova formulazione dell'art. 323 c.p.

### **1. Il nuovo art. 323 c.p.: una riforma inaspettata.**

L'avvento della pandemia da COVID-19 è stata l'occasione per riformare in senso limitativo la portata applicativa della fattispecie incriminatrice dell'abuso d'ufficio di cui all'art. 323 del c.p..

Con l'entrata in vigore dell'art. 23, comma 1 del decreto legge 16 luglio 2020, nr. 76 (vigente dal 17 luglio 2020), successivamente convertito sul punto senza modifiche dalla legge 11 settembre n. 120, è stata operata una riscrittura della prima parte dell'art. 323 c.p. (cd. abuso d'ufficio per violazione di norme), prevedendo che il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio potranno essere puniti con la pena prevista dal delitto in parola (oggi la reclusione da 1 a 4 anni) solo in caso di *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*, e non più in conseguenza della inosservanza di qualsiasi norme di legge o di regolamento.

La peculiare contingenza del momento ha imposto una riforma normativa che si pone in contro tendenza rispetto ai più recenti interventi in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (il riferimento è alla nota riforma cd. spazzacorrotti, legge nr. 3/2019)<sup>1</sup>.

Già lo *slogan* utilizzato in conferenza stampa, per la presentazione del

---

<sup>1</sup> V., sul punto, G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 17 luglio 2020. A ben vedere, era già il *ridimensionamento* della fattispecie era stato auspicato, cfr. G. PIGNATONE, *Se l'abuso d'ufficio e la burocrazia difensiva imbrigliano il Paese nell'immobilismo*, in *La Stampa*, 14 giugno 2020.

decreto, *"funzionari pubblici: basta paura, conviene sbloccare"* è chiara espressione della volontà di incentivare i pubblici amministratori e i dipendenti pubblici ad agire con maggior celerità e con minore preoccupazione per una possibile responsabilità penale, riducendo il rischio penale del loro agire<sup>2</sup>. Si è operato quindi riducendo la condotta integrante l'abuso d'ufficio, così da assicurare gli operatori del settore pubblico, sollecitati a *"darsi da fare"* in questo tempo di profonda crisi, con frasi del tipo: *"stop alla paura della firma: i funzionari pubblici devono poter sbloccare lavori e spese"*<sup>3</sup>.

La limitazione della rilevanza penale della inosservanza di norme porta, consequenzialmente, a una significativa riduzione del controllo della magistratura penale sugli atti della P.A., cui si affianca, sempre nel decreto semplificazioni, e anche l'intervento sulla responsabilità erariale dei pubblici funzionari: l'agire amministrativo diventa così meno rischioso, permanendo l'azione della magistratura contabile ristretta solo al caso di dolo e con esclusione perfino della colpa grave.

In sintesi, sull'onta della pandemia che ha ingenerato una crisi economica senza eguali, il Governo della spazzacorrotti e delle *manette facile* ha invertito la bussola politico criminale riducendo lo spazio di responsabilità penale dei pubblici ufficiali, oggi integrabile solo violando *specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali*

---

<sup>2</sup> Scopo della riforma è ridurre il controllo penale dagli atti della P.A., così, tra gli altri, G. VICONTE, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio e la discrezionalità amministrativa*, in *Diritto di Difesa*, 4 settembre 2020; M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra prassi e teoria. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.*, in *PenaleDP*, 10 agosto 2020; B. ROMANO, *Finalmente una spallata all'inutile totem dell'abuso d'ufficio*, in *Il Dubbio*, 1 agosto 2020; B. BELLINI, *Note minime sulla riformata fattispecie di abuso d'ufficio*, in *DisCrimen*, 10 agosto 2020; A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in *La legislazione penale*, 23.10.2020

<sup>3</sup> Tra i primi commentatori, T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 7-8; M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sistema penale*, 2020, 7, 133 ss. Sulla storia e sulla evoluzione nel tempo della fattispecie di abuso d'ufficio, tra le varie monografie, v. di recente A. MERLO, *L'abuso di ufficio tra legge e giudice*, Torino, 2019; A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio*, E.S.I., 2012; A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, Torino, 2002; M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, Padova, 1998. E anche, M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002. Sulla prima riforma del 1990, cfr. S. SEMINARA, *Il delitto di abuso di ufficio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1992, 578.; M. PARODI GIUSINO, voce *Abuso di ufficio*, in *Dig. disc. pen.*, Appendice, Torino, 1994, vol. VIII, 59.1 ss.

*non residuino margini di discrezionalità*<sup>4</sup>.

## **2. Il ridimensionamento della condotta punibile dell'abuso d'ufficio**

Come già riportato, l'art. 23 del decreto-legge semplificazioni, invariato dopo la legge di conversione (n. 120/2020), ha inciso in modo ampio sulla prima parte dell'art. 323 c.p., con una rideterminazione dell'oggetto della condotta punibile, e segnatamente delle norme inosservate integranti il fatto tipico legale, che si estende su una triplice direttrice<sup>5</sup>:

1. esclusione dei regolamenti dalle norme passibili di violazioni, con limitazione drastica alla sola legge e agli atti avente forza di legge;
2. normativizzazione del contenuto della norma di sola legge violata, che deve prevedere regole di condotta connotate da determinatezza e tassatività ("specifiche" ed "espressamente previste")<sup>6</sup>;
3. estromissione di norme di comportamento dalle quali residuano margini di discrezionalità<sup>7</sup>.

Nella seconda parte del comma 1 dell'art. 323 c.p., invece, la norma incriminatrice è risultata immutata prevedendo ancora la condotta tipica della violazione dell'obbligo di astensione in caso di conflitto di interessi. Invariato è rimasto anche l'evento consequenziale della condotta tipica, che è noto concretizzarsi nella duplice condizione susseguente dell'ingiusto vantaggio patrimoniale e del danno ingiusto altrui.

Dal punto di vista processuale, si è realizzata l'esclusione dal novero delle condotte punibili di quelle realizzate attraverso atti amministrativi affetti dal vizio dell'incompetenza o dell'eccesso di potere<sup>8</sup>. L'esclusione di tali ipotesi fattuali molto frequenti negli atti della P.A. dal novero di quelle penalmente rilevanti era già in passato stato l'obiettivo principale di altre riforme

<sup>4</sup> A. CASTALDO, *La riforma dell'abuso d'ufficio nel D.L. "Semplificazioni"*, in *Ipsaquotidianogiuridico* 17 luglio 2020.

<sup>5</sup> Per un'indagine più approfondita delle innovazioni all'art. 323 c.p., cfr. A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., 17 ss. In questo senso, anche M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 135.; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 3; G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., 4.

<sup>6</sup> Critico su questa scelta, anche in ragione della difficoltà di rivenire testi di norme primarie che regolano la materia con disposizione procedurali chiare e dettagliate, T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 4.

<sup>7</sup> Per una ricostruzione del tema assai complesso del rapporto tra art. 323 c. e discrezionalità amministrativa, v. M. GAMBARDELLA, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale nel delitto di abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 2013, 2860 ss.. Per una posizione critica del medesimo Autore riforma alla riforma in commento, M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 157.

<sup>8</sup> Così, G. PIGNATONE, *Se l'abuso d'ufficio e la burocrazia difensiva imbrigliano il Paese nell'immobilismo*, cit..

dell'abuso d'ufficio, in particolare di quella del 1997, apportata con la legge n. 234/1997<sup>9</sup>. Difatti, proprio con l'introduzione in quell'anno dell'espressione "in violazione di norme di legge o di regolamento", si tendeva a escludere il potere di sindacato della magistratura penale sull'operato della P.A. rispetto a quelle ipotesi rappresentative dei tre vizi tipici degli atti amministrativi<sup>10</sup>. Come è noto, tuttavia, la giurisprudenza, dopo un periodo di applicazione probabilmente maggiormente adesivo alla volontà legislativa<sup>11</sup>, ha in operato per una ricostruzione più ampia del tessuto normativo. Così con la nota sentenza Rossi delle Sezioni Unite della Suprema Corte<sup>12</sup> è stato definitivamente assunto l'eccesso di potere nell'ambito della violazione di

---

<sup>9</sup> A. DALIA, *Sintesi dei lavori parlamentari*, in A. D'AVIRRO (a cura di), *La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme del diritto di difesa*, Milano, 1997, 409 ss.

<sup>10</sup> Per una lettura in tal senso dei primi commentatori della riforma del 1997, v. A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 108; T. PADOVANI, *Commento alla modifica dell'art. 323 c.*, in *Leg. pen.* 1997, 741; C.F. GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso d'ufficio*, in *Foro it.*, 1999, V, 334; A. CARMONA, *La nuova figura di abuso d'ufficio: aspetti di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 1998, 1843; G. DELLA MONICA, *La non configurabilità dell'abuso d'ufficio per eccesso di potere*, in A. DALIA-M. FERRAIOLI (a cura di), *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997, 70 ss.; M. GAMBARDELLA, *Considerazioni sulla «violazione di norme di legge» nel nuovo delitto di abuso d'ufficio (art. 323 c.)*, in *Cass. pen.*, 1998, 2332; PITTARO, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali*, Cedam, 1998, 23 ss.; S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, in *Studium juris*, 1997, 1258 ss..

<sup>11</sup> Sulla giurisprudenza nei primi anni della riforma del 1997, S. MASSI, *Parametri formali e "violazione di legge" nell'abuso d'ufficio*, in *Arch. pen.*, 2019, fasc. 1; nonché A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, in AA.VV. (a cura di A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008, 242 ss.; A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, in AA.VV. (a cura di A. D'AVIRRO) *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Padova, 1999, 308 ss.; A. SEGRETO-G. DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 534 ss.

<sup>12</sup> Cass. pen., sez. un. 29 settembre 2011, n. 155, Rossi, CED 251498: *sussiste il requisito della violazione di legge non solo quando la condotta del pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando la stessa risulti orientata alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, realizzandosi in tale ipotesi il vizio dello sviamento di potere, che integra la violazione di legge poiché lo stesso non viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione*. Con note di M. DE BELLIS, *Abuso d'ufficio e violazione di un precetto implicito*, in *Riv. pen.*, 2011, 4, 192 ss.; F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensiva*, in *Cass. pen.*, 2012, 7-8, 2410; G. ROMEO, *Le sezioni unite decidono sui termini processuali (e, nell'occasione, su abuso del processo, truffa, abuso di ufficio ed altro ancora)*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 11 gennaio 2012.

legge<sup>13</sup>. Attraverso il generico concetto di sviamento di potere, riscontrabile in ipotesi di incompetenza ed eccesso nella funzione, la giurisprudenza penale ha ritenuto, negli ultimi anni, sussistente l'abuso d'ufficio proprio in quei provvedimenti discrezionali tramite i quali la funzione pubblica viene esercitata per un fine diverso da quello per cui è attribuito il potere al singolo P.U.<sup>14</sup>. In siffatti casi, si è sostenuto che la violazione di legge si integra non solo quando la condotta del pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio della sua funzione o del suo potere, ma anche quando la stessa risulti diretta alla realizzazione di un unico e chiaro interesse che collide con quello tipico per il quale il potere gli è concesso<sup>15</sup>.

Dunque, è proprio dietro la figura dell'eccesso di potere (più che dell'incompetenza), sotto forma dello sviamento della funzione pubblica, che si è da sempre annidato il rischio dell'invasione del sindacato e del controllo penale nell'attività amministrativa e, in particolare, nella gestione politica<sup>16</sup>.

E, questa, come detto, è stata la direzione della riforma in esame che ha operato nella triplice indicazione indicata.

Inoltre, sembra potersi aggiungere che ulteriore restringimento operato dal legislatore abbia riguardato le condotte inosservanti, in via generale, del principio di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione

---

<sup>13</sup> Sulla giurisprudenza successiva e prossima all'attualità, si rinvia a R. RAMPIONI, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, in A. FIORELLA (a cura di), *Questioni Fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2019, 800.

<sup>14</sup> Per una critica della evoluzione giurisprudenziale ritenuta poco conferme a una interpretazione legalistica del concetto di *violazione di legge o di regolamento*, cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, in *Commentario sistematico*, Milano, 2019, 350. Per una ricostruzione del tema, in una visione più ampia e sistematica, M. GAMBARDILLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002, *passim*.

<sup>15</sup> Per una ricostruzione dello specifico tema, A. NATALINI, *Intenzionalità del dolo ex art. 323 c. e pretesa esclusività della finalità tipica: l'avallo della Cassazione ad una discutibile assimilazione ermeneutica*, in *Cass. pen.*, 2004, 3204 ss. In giurisprudenza, di recente, *Cass. pen.*, sez. VI, 13 aprile 2018, n. 19519, Filzola, CED 273099; in questi termini anche *Cass. pen.*, sez. VI, 13 marzo 2014, n. 32237, Novi, CED 260428. Per una ampia ricostruzione giurisprudenziale, C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in B. ROMANO, A. MARANDOLA (a cura di), Torino, 2020, 291 ss.

<sup>16</sup> In questo senso, A. VALLINI, *L'abuso di ufficio*, in F. Palazzo (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione*, E.S.I., 2011, 257 ss.; A.M. STILE – C. CUPELLI, voce *Abuso d'ufficio*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, vol. I, 43; C. BENUSSI, *Il delitto di abuso di ufficio*, G. MARINUCCI e E. DOLCINI (a cura di), *Trattato di diritto penale, parte speciale*, a cura di, Padova, 2015, I, t. 1, 933 ss. E. BAFFI, *Abuso d'ufficio*, in C. FIORE (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004, 274 ss.;

di cui all'art. 97 della Costituzione<sup>17</sup>. Obiettivo dell'intervento riduttivo del legislatore è stato, quindi, il superamento di quell'orientamento giurisprudenziale che, assegnando all'art. 97 Cost. una funzione immediatamente precettiva ha ampliato la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 323<sup>18</sup>. La necessaria indicazione della previsione legislativa violata di *specifiche regole di condotta espressamente previste (...) dalle quali non residuino margini di discrezionalità* dovrebbe, infatti, deporre nel senso che norma rilevante ai sensi del novellato articolo 323 c.p. non può essere ritenuto, per il suo carattere generale, la disposizione costituzionale<sup>19</sup>.

Conseguentemente, una interpretazione giurisprudenziale, fedele anche alla volontà storica del legislatore del 2020, dovrebbe, verosimilmente, lasciare fuori una simile opzione ermeneutica. Solo le violazioni di specifiche regole di condotta di fonte legale – determinata e precisa nel suo contenuto – e non più di quelle di fonte regolamentare possono integrare la fattispecie di abuso di ufficio<sup>20</sup>.

In sintesi, il novellato art. 323 c.p., prima parte, prevede una condotta punibile molto ridimensionata rispetto alla precedente in termini qualitativi e quantitativi; niente più rilevanza penale per atti affetti da vizi di eccesso o sviamento di potere, ovvero di semplice incompetenza, né in violazione del generale principio di buon andamento e imparzialità della P.A., connessi ad un più ampio concetto di discrezionalità tecnica o politica che sia<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> In senso critico, G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, cit.; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit. 5; M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent.*, cit., 139.

<sup>18</sup> Cfr, tra le altre, Cass. pen., sez. VI, sentenza 29 ottobre 2018 n. 49549; conformi, anche di recente, Cass. pen., sez. VI, 2 aprile 2015, n. 27816, Di Febo, CED 263933. Cfr. altresì, Cass. pen., sez. II, 27 ottobre 2015, n. 46096, Giorgino, CED 265464; Cass. pen., sez. VI, 21 febbraio 2019, 22871, Vezzola, CED 275985. Per una panoramica completa della giurisprudenza meno recente, G. RUGGIERO, *Abuso di ufficio*, in C.F. GROSSO E M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2015, 345 ss

<sup>19</sup> In senso contrario, ritenendo che la nuova formulazione comprenda anche la inosservanza dell'art. 97 Cost. tra le violazioni di legge che dettano *specifiche regole di condotta espressamente previste e dalle quali non residuino margini di discrezionalità*, G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit..

<sup>20</sup> Così, M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent.*, cit., 142.

<sup>21</sup> Contrario alla scelta del legislatore, T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 10; dello stesso avviso M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra prassi e teoria*, cit.; B. ROMANO, *Finalmente una spallata all'inutile totem dell'abuso d'ufficio*, cit..

### 3. Relazione di specialità e confronto tra vecchio e nuovo fatto tipico.

Inquadrando l'intervento legislativo nell'ambito della successione di leggi, dal confronto tra la formulazione del 1997 e quella vigente della fattispecie di abuso d'ufficio, emerge che la interpolazione operata dal legislatore del 2020 ha apportato una duplice concomitante conseguenza: una specialità per specificazione e una specialità per aggiunta rispetto al testo precedente<sup>22</sup>. Infatti, nel caso della riformulazione dell'art. 323 c.p., come detto, la modifica apportata ha riguardato da un lato una specificazione della qualità della norma di legge violata – che a oggi deve avere a oggetto *specifiche regole di condotta espressamente previste* dalla sola legge o atto avente forza di legge – e dall'altro lato l'aggiunta di un elemento specializzante nuovo dato dall'assenza di margini di discrezionalità.

L'inserimento delle nuove formule semantiche ha, quindi, prodotto una duplice specialità unidirezionale diacronica: la qualità della norma violata (solo di legge o atto equiparato e che preveda regole di condotta specifiche) e l'assenza di discrezionalità nella sua applicazione presentano, infatti, le caratteristiche, proprie, della specialità per specificazione (le prime) e per aggiunta (la seconda).

Riportate le modifiche in questa cornice, ne deriva che condotte prima tipiche e perciò punibili in base alla vecchia formulazione dell'art. 323 c.p., oggi non lo sono più. Il fortissimo ridimensionamento apportato alla fattispecie di abuso d'ufficio, che secondo autorevole dottrina ha ingenerato una vera e propria depenalizzazione del reato<sup>23</sup>, potrebbe, conseguentemente avere ripercussioni anche sulle condanne coperte da giudicato.

### 4. Criterio di continenza e successione normativa in rapporto a figure di reati affini: *abolitio sine abrogatio*?

Un raffronto strutturale tra la vecchia e la nuova formulazione dell'art. 323 c.p. conferma l'avvenuto ridimensionamento, quasi nel senso di una totale abrogazione, della fattispecie: alla stregua della relazione di continenza, come ribadita dalle Sezioni Unite Giordano, tantissime condotte prima incriminate sono ora coperte da *abolitio criminis*. La doppia emenda specializzante lascia in vita poche ipotesi delle condotte tradizionalmente considerate integranti l'abuso d'ufficio dalla giurisprudenza (eccesso di potere e incompetenza, in uno all'ampio settore della cd. discrezionalità tecnico-amministrativa).

Tuttavia, prima di poter affermare che si è così giunti a una situazione di

---

<sup>22</sup> Con diversità di accenti, in questo senso, G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit.; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 146; M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 133 ss..

<sup>23</sup> Così, T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 10; G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit..

*abolitio criminis*, è necessario porre in essere un ulteriore raffronto tra le condotte rientranti nel campo di applicazione del "vecchio" art. 323 c.p. e altre ipotesi di reato che potrebbe ingenerare la nota vicenda della cd. *abolitio sine abrogatio*<sup>24</sup>.

In primo luogo, non appare assolutamente ammissibile, né per i fatti pregressi né tanto meno per i fatti futuri, la riviviscenza della sottofattispecie dell'abuso di ufficio preveduto nella seconda parte del comma 1 dell'art. 323 c.p. (rimasto inalterato)<sup>25</sup>. Operando diversamente, si incorrerebbe in una violazione del divieto di analogia., vista l'impossibilità di ritenere che semplici condotte inosservanti di norme aspecifiche e/o regolamentari e/o discrezionali possa integrare una omessa astensione per conflitto di interesse

<sup>26</sup>.

Ebbene, pur essendo la seconda modalità di integrazione dell'abuso d'ufficio incentrata su una situazione di "conflitto di interessi", essa è chiara derivazione dell'abrogata figura dell'interesse privato in atti d'ufficio (art. 324 c.p., abolito sin dal 1990), poiché la condotta tipica consiste sempre nella violazione di un obbligo di astensione nel caso in cui vi sia un interesse privato del P.U.<sup>27</sup>, tale da rendere la sottofattispecie in parola incentrata sulla punibilità della mancata astensione. Questo anche se rimane imprecisa e

---

<sup>24</sup> In generale, per una sintesi del complesso istituto della *abolitio sine abrogatio*, si rinvia a G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme integratrici: teoria e prassi*, Milano, 2008, 96 ss..

<sup>25</sup> Il riferimento è e all'omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti.

<sup>26</sup> Una simile interpretazione della parte residuale delle condotte tipiche incriminate dall'art. 323 c.p., ieri come oggi, non appare in alcun modo percorribile, vista la palese necessità in questo caso di ricorrere ad un criterio applicativo non semplicemente teleologico, ma tale da sconfinare nella vera e propria *analogia legis*. Difatti, a parere dell'indirizzo ermeneutico maggioritario, tale conclusione non è né stata ammessa. V., tra le tante, Cass. pen., sez. VI, 19/10/2004, n. 7992, in *Cass. pen.*, 2005, 11, 3313: *In materia di abuso d'ufficio determinato da violazione dell'obbligo di astensione, l'espressione "omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, contenuta nell'art. 323 c.", deve essere letta nel senso che la norma ricollega l'obbligo di astensione a due ipotesi distinte e alternative, quella dell'obbligo di carattere generale derivante dall'esistenza di un interesse o di un prossimo congiunto, e quella della verifica dei singoli casi in cui l'obbligo sia prescritto da altre disposizioni di legge.*

<sup>27</sup> Difatti, già nei primi tempi della riforma del 1997, la seconda parte dell'art. 323 c. è stato interpretato nel senso di escludere una sua applicazione generalizzata, essendo presente la prima parte che puniva la condotta ontologicamente differente (rispetto all'omessa astensione innanzi ad un interesse proprio,) della violazione di legge. che Cfr. A. VALLINI, *L'abuso di ufficio*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 301 ss.; G. RUGGIERO, *Abuso di ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 369 ss.



indeterminata la clausola di chiusura degli “altri casi prescritti”. Ad ogni modo, rileva in questa sede la possibilità, da sempre ammessa dalla giurisprudenza di legittimità, che l’obbligo di astensione sia operante anche se preveduto non da una specifica regola di condotta di fonte esclusivamente legislativa, ma anche regolamentare e/o di indirizzo e/o di principio<sup>28</sup>.

Non è da escludere categoricamente, però, che una interpretazione estensiva e di nuovo conio dell’obbligo di astensione negli altri prescritti, autogiustificatasi dalla necessità di non lasciare vuoti di tutela rispetto ad un’oggettività giuridica collettiva di primaria importanza come quella della imparzialità e del buon andamento della P.A., possa rivalorizzare l’ipotesi fattuale della omessa astensione negli *altri casi prescritti*, riconsiderando tale obbligo preveduto tra le fonti escluse (*regolamenti*, norme espressive di *principi generali*, atti discrezionali, ecc.), e disancorandolo a casi di conflitto di interessi *strictu sensu* inteso<sup>29</sup>.

Ma ciò, ovviamente solo per il futuro, non certamente per il passato, per quanto detto.

Stesso discorso può essere fatto in relazione ad ipotesi di reato affini, che la clausola di sussidiarietà espressa dell’abuso d’ufficio ha sempre limitato nella loro possibile applicabilità concorrenziale. Ci si riferisce ai delitti di rifiuto ed omissione di atti d’ufficio ex art. 328 c.p., e peculato d’uso di cui all’art. 314, comma 2 c.p.<sup>30</sup>.

L’art. 323 c.p. esordisce tuttora con una clausola di salvaguardia che impone che il fatto non debba costituire più grave reato, perché in tal caso non vi sarà concorso tra reati ma applicazione della sola ipotesi delittuosa più grave.<sup>31</sup>

Tale inciso, invero, non pare assumere alcuna rilevanza, in considerazione della sua non variazione rispetto al pregresso. Il discorso cambia spostandosi sull’asse opposto della sussidiarietà discendete, nel senso di verificare se

---

<sup>28</sup> Per una panoramica completa della tematica, si rinvia a M. GAMBARELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 56.

<sup>29</sup> In termini possibilistici e adesivi, G.L. GATTA, *Da ‘spazza-corrotti’ a ‘basta paura’*; cit..

<sup>30</sup> Da sempre ritenuti assorbiti dall’abuso d’ufficio. Per tutti, cfr. R. RAMPIONI, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, cit., 810.

<sup>31</sup> Esempio paradigmatico è il rapporto tra abuso d’ufficio e corruzione per un atto contrario ai doveri d’ufficio. L’importanza della clausola di sussidiarietà espressa si comprende anche leggendo quella giurisprudenza ormai consolidata che vede l’applicazione del solo delitto di falso (materiale o ideologico) in atto pubblico da parte del pubblico ufficiale, ritenendo assorbito il delitto di abuso d’ufficio. Sui rapporti dell’abuso d’ufficio rispetto alle diverse ipotesi di reato più gravi con funzionalità assorbente, cfr. A. DI MARTINO, *Abuso d’ufficio*, in AA.VV. (a cura di A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008, 242 ss.

illeciti penali meno gravi sono, oggi, applicabili in surrogazione di quelle ipotesi di abuso d'ufficio ormai fuori dall'area del penalmente rilevante della nuova fattispecie di cui al riscritto art. 323 c.p..

Come si è visto in precedenza, l'abuso di ufficio può essere realizzato anche con una condotta omissiva tenuta in caso di obbligo di astensione dovuto alla presenza di un interesse privato anche di un congiunto. In tali ipotesi la giurisprudenza ha ritenuto che vi è una consunzione in assorbimento dell'omissione/rifiuto di atti di ufficio nella più grave fattispecie di abuso d'ufficio, indipendentemente da un formale rapporto di specialità ma in forza della clausola di riserva dell'art. 323 c.p. letta non solo verso l'alto, ma anche verso il basso. Chiaro, come poche volte, l'orientamento della Suprema Corte: *"Nell'ipotesi di abuso d'ufficio realizzato mediante omissione o rifiuto deve trovare applicazione l'art. 323, primo comma codice penale, in quanto reato più grave di quello previsto dall'art. 328 codice penale, tutte le volte in cui l'abuso sia stato commesso al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio ingiusto patrimoniale, o comunque per arrecare ad altri un danno ingiusto, e tali eventi si siano realizzati effettivamente"*<sup>32</sup>.

Discorso in parte simile, è quello della rivisitazione del rapporto tra abuso d'ufficio e peculato, *id est* rispetto alla specifica sottofattispecie di peculato d'uso per distrazione. Anche qui l'orientamento della giurisprudenza regolatrice appare univoco, distinguendo chiaramente la portata delle due norme incriminatrici. Nello specifico, ricorre il delitto di peculato quando vi è stata una vera e propria cessione del bene, da parte del pubblico ufficiale, a un terzo, perché lo utilizzi *uti dominus*, in maniera continuativa ed esclusiva, in violazione del vincolo di destinazione attribuito dall'amministrazione, realizzando per l'effetto quella *interversio possessionis*, con la conseguente perdita della disponibilità del bene. Nell'abuso d'ufficio, invece, la violazione dei doveri del P.U. rappresenta la condotta tipica del reato e l'evento coincide con l'ingiustizia del profitto, a differenza del peculato dove la violazione dei doveri d'ufficio costituisce solo la modalità della condotta appropriativa e l'evento tipico coincide con la stessa appropriazione. Inoltre, l'appropriazione, nel peculato, ha come effetto l'estromissione dell'amministrazione proprietaria rispetto al bene, mentre nell'abuso d'ufficio la destinazione del bene, sebbene viziata dalla condotta dell'agente, mantiene la sua natura pubblica e non favorisce interessi estranei

---

<sup>32</sup> Così, nella giurisprudenza regolatrice con arresti che ne ripetono pedissequamente la stessa massima, tra le più complete, v. Cass. pen., sez. VI, 22 gennaio 2010, n. 10009, RV n. 246481-01; già in questi stessi termini Cass. pen., sez. VI, 24 febbraio 2003, n. 18360. In dottrina, aderente a questa interpretazione, E. MENGONI, *Utilizzo indebito del telefono come peculato d'uso: una soluzione che non convince*, in *Cass. pen.*, 2014, 484.

all'amministrazione<sup>33</sup>. Detta in breve, la condotta distrattiva integrante il peculato presuppone la sottrazione del denaro dalla destinazione pubblica e l'utilizzo per il soddisfacimento di interessi privatistici dell'agente, mentre nell'abuso d'ufficio la distrazione si concretizza in un uso indebito del bene che non ne comporti la perdita<sup>34</sup>.

Alla stregua di tale distinzione, non è da sottovalutare la possibilità che una partizione dei fatti integranti la condotta distrattiva dell'abuso d'ufficio, da ora in poi, potrà essere sussunta nel delitto di peculato a seguito dell'odierna rimodulazione dell'art. 323 c.p., vista la impossibilità di ravvisare la violazione delle disposizioni della sola legge come prevedute oggi dall'abuso d'ufficio, e sempre al fine di evitare lacune di tutela<sup>35</sup>.

Ulteriore aspetto da indagare, sempre alla luce delle argomentazioni in tema di criterio di continenza di cui alle Sezioni Unite Giordano, concerne la sussistenza di un giudizio di omogeneità rispetto alla diversa condotta prevista dalla seconda parte dell'art. 323 c.p. (abuso d'ufficio mediante omissione d'astensione), ed alle altre ipotesi di reato affini di cui sopra (artt. 314 e 328 c.p.)<sup>36</sup>.

In merito alla prima ipotesi, le due modalità di realizzazione delle condotte abusive integranti il fatto tipico dell'abuso d'ufficio (la violazione di legge o regolamento, e quella di omessa astensione nei casi doverosi), sono state da sempre ritenute una diarchia non simbiotica e mutevolmente interscambiabile<sup>37</sup>. Si è trattato di sub fattispecie autonome e distinte, che ai fini della relazione logico-strutturale per il rapporto di continenza di cui all'art. 2, comma 2 c.p., si pongono in termini di eterogeneità. Appare davvero difficile, sostenere una continuità normativa intrinseca ex art. 323 c.p. per una condotta passata in giudicato (ma anche per una imputazione in corso di giudizio di cognizione), basata su una contestazione in termini di violazione di legge (aspecifica, regolamentare o discrezionale) sostenendo che la stessa sarebbe stata (e quindi è) formulabile anche in termini di omessa astensione

---

<sup>33</sup> Ancora di recente, sulla stessa linea, Cass. pen., sez. VI, 26 ottobre 2017, n. 49258, in [www.giurisprudenzapeale.com](http://www.giurisprudenzapeale.com)

<sup>34</sup> Da ultimo, sempre in linea con le precedenti, Cass. pen., Sez. VI, 2 luglio 2019, n. 38875, in *De Jure* 2020.

<sup>35</sup> È di questo avviso, che non esclude una rinnovazione espansiva della trascurata ipotesi dell'abuso mediante l'omessa astensione, G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., 9.

<sup>36</sup> Molto critico rispetto alla scelta normativa di riformulare l'art. 323 c.p. nei termini adottati, T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 11, che all'uopo teme proprio la riespansione delle affini figure delittuose citate in sostituzione dell'abuso d'ufficio in quei casi più sopra evidenzia.

<sup>37</sup> Tra i primi a sostenere questa tesi in dottrina, C.F. GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso d'ufficio*, cit., 337. Per una indagine giurisprudenziale completa, C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 291 ss..

in un caso doveroso<sup>38</sup>.

Insomma, impossibilità di sostenere che il fatto concreto sarebbe stato punibile anche alla stregua della seconda parte dell'art. 323, comma 1 c.p., e quindi impossibilità di sostenere che lo stesso sarebbe punibile alla stregua della medesima norma incriminatrice nella parte non modificata, in ragione di un'osmosi interna tra sub fattispecie della stessa disposizione normativa. La risoluzione della possibile aporia, è chiaro, avviene all'atto del primo giudizio logico-strutturale tra fattispecie (ergo, sottofattispecie della stessa norma), che nel caso in esame si dimostra indirizzato quasi certamente verso una eterogeneità delle due condotte punite, tale da decretare una chiara *abolitio criminis* di tali fatti<sup>39</sup>.

Analogo discorso anche per i fatti concreti astrattamente rientrabili nelle ipotesi di rifiuto e omissione di atti di ufficio (art. 328, commi 1 e 2 c.p.) e peculato d'uso per distrazione (art. 314, comma 2 c.p.), laddove una possibile sussistenza di continuità normativa è da escludersi categoricamente in quanto la relazione di specialità di natura logico-strutturale tra le fattispecie si pone ancora una volta in termini di eterogeneità, con l'obbligo di arrestare ogni ulteriore valutazione del fatto concreto per l'evidente insuperabilità in termini negativi del primo momento valutativo decretato dalla sentenza Giordano<sup>40</sup>.

Rimane dunque, da affrontare la questione intranea alla sottofattispecie dell'abuso d'ufficio per violazione di norme, tra vecchia e nuova formulazione della condotta inosservante di determinate leggi, rispetto ai limiti del giudicato penale.

## **5. Problematiche di diritto intertemporale alla luce dei limiti del giudizio di esecuzione.**

La riformulazione dell'abuso d'ufficio ad opera dell'art. 23 del D.L. nr. 76/2020 ha ridimensionato, come visto, la condotta punibile dalla ipotesi di violazione di legge, eliminando diverse categorie di fatti concreti dal novero di quelli penalmente rilevanti. Ne consegue una significativa *abolitio criminis* di molti fatti di reato, dapprima incriminati e oggi non più tali ai sensi dell'art. 2, comma 2 c.p., aprendosi, in tal modo, la strada alla revocazione delle

---

<sup>38</sup> Escludono questa possibilità, anche se con certezza per il passato ed in termini successivi ex art. 2 c., ma non altrettanto per il futuro, M. GAMBARELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 155.

<sup>39</sup> Di questo avviso, anche M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra prassi e teoria*, cit., 6.

<sup>40</sup> Ancora una volta, in modo chiaro e sintetico, M. GAMBARELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 155.

sentenze di condanna passate in cosa giudicata ex art. 673 c.p.p.<sup>41</sup>.

È prevedibile, allora, la presentazione di molteplici istanze al giudice dell'esecuzione volte alla revoca delle sentenze per fatti di abuso d'ufficio relative a ipotesi fattuali oggi decriminalizzate.

Una limitazione dell'area del penalmente rilevante, infatti, che se per i fatti pregressi si pone nel solco classificatorio della *abolitio criminis* parziale, nella sostanza è assimilabile ad una vera e propria depenalizzazione<sup>42</sup>, atteso che quasi tutte le condotte che la prassi ha visto giudicare nel corso degli anni, specialmente gli ultimi, non sono più punibili, e segnatamente i fatti commessi:

- a) in violazione di norme di regolamento;
- b) in violazione di norme di legge dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse;
- c) in violazione di regole di condotta che lasciano residuare margini di discrezionalità.

Ora, preso atto che la normazione primaria presenta quasi sempre requisiti di generalità e astrattezza, caratteristiche all'interno delle quali è difficile rinvenire "*specifiche regole di condotta*", che non lasciano margini di discrezionalità senza l'intervento anche della normazione regolamentare e attuativa di fonte subprimaria, la rideterminazione in termini di un (quasi) totale azzeramento della incriminazione non è revocabile in dubbio<sup>43</sup>.

È facile comprendere che il possibile scenario sarà assai significativo in termini quantitativi rispetto alle condanne pregresse, tale da poter far immaginare un nuovo giudizio per la quasi totalità delle condanne irrevocabili per il delitto di abuso d'ufficio. Difatti, escludendo come già visto la possibilità di ricorrere alla ipotesi di *abolitio sine abrogatio* sia intrinseca che estrinseca di livello sincronico<sup>44</sup>, permane la problematica dei limiti

---

<sup>41</sup> Tutti i commentatori della riforma, oggi come ieri, evidenziano che le questioni di diritto intertemporale che si verranno a creare non sono di facile soluzione. Per tutti, T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 12.

<sup>42</sup> Si esprime in questi termini, M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra prassi e teoria*, cit., 6.

<sup>43</sup> Sul punto, A. CASTALDO, *La riforma dell'abuso d'ufficio nel D.L. "Semplificazioni"*, cit., *passim*; B. ROMANO, *Finalmente una spallata all'inutile totem dell'abuso d'ufficio*, cit., 2; B. BELLINI, *Note minime sulla riformata fattispecie di abuso d'ufficio*, cit., 3.

<sup>44</sup> Come detto, non sarà certamente ammissibile sostenere una continuità normativa rispetto alla sub-fattispecie della violazione dell'obbligo di astensione di cui alla seconda parte dell'art. 323 c.p., ovvero in rapporto a figure affini quali il peculato d'uso o l'omissione di atti di ufficio. Per un esempio giurisprudenziale paradigmatico, le cui lucide osservazioni ben si attanagliano al caso di specie, v. Cass. pen., sez. un., 26 febbraio 2009, n. 24468, Rizzoli, in *Cass. pen.*, 2009, 4113 ss. Nel caso di specie, concernete la abrogazione della figura della amministrazione controllata dalla Legge fallimentare, il supremo collegio nomofilattico ha chiarito che in assenza di una

imposti al Giudice della esecuzione e dei suoi difficili rapporti con le garanzie convenzionali CEDU<sup>45</sup>.

Ai sensi dell'art. 673 c.p.p., in caso di abolizione e/o abrogazione anche parziale della fattispecie incriminatrice, è prevista da parte del Giudice della esecuzione la revoca della sentenza di condanna anche passata in cosa giudicata, dichiarando che il fatto non è più previsto dalla legge come reato. Allo stesso tempo, il giudice dovrà adottare i provvedimenti conseguenti, finalizzati a rendere effettivo il disposto dell'art. 2, comma 2 c.p. ultima parte (cessazione della esecuzione e degli effetti penali della condanna)<sup>46</sup>.

Per la revoca della sentenza di condanna ex art. 673 c.p.p. è, quindi, necessario verificare se il fatto accertato e per cui vi sia stata condanna sia sussumibile o meno nella residua porzione di condotta penalmente rilevante di cui al nuovo art. 323 c.p.. Si impone, pertanto, all'interprete una non facile individuazione tra abrogazione o continuità normativa<sup>47</sup>.

Punto di partenza sarà, ovviamente, la descrizione del fatto come formulato nel capo di imputazione, che a dire del codice di rito dovrebbe essere enunciato in forma chiara e precisa. Da una lettura dello stesso, invero, si dovrebbe dedurre con esattezza la specifica disposizione di legge violata, che nel caso del nuovo abuso deve appartenere al rango di quelle primarie, specifiche e vincolanti. Ulteriore chiarimento potrà desumersi dalla

---

relazione unilaterale di specialità fra incriminazioni non potrà giammai esservi successione tra norma abrogata e riespansione della norma diversa (in quel caso tra bancarotta ex art. 236 L.F. e appropriazione indebita). Sullo stesso segmento di valutazione, già in precedenza, Cass. pen., sez. un., 27 giugno 2001, Avitabile, in *Cass. pen.*, 2003, 2818, che ha chiarito come l'abrogazione dell'oltraggio a u. non avrebbe mai potuto ammettere una permanenza di rilevanza penale per i fatti che astrattamente erano ancora punibili in base al delitto di ingiuria e/o diffamazione aggravata.

<sup>45</sup> In termini ben più completi, visto il solo generico richiamo ad un argomento di ben più alto respiro e complessità, nemmeno accennabile in questa sede, cfr. A. ESPOSITO, *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, 4/2015; A. ESPOSITO, *Il divenire dei giudici tra diritto convenzionale e diritto nazionale*, in *Arch. pen.*, 2018.

<sup>46</sup> Sull'argomento, in linea generale, v. F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, 2011, 261 ss.; per la specifica questione, invece, che riguarda l'art. 673 c., cfr. A. SCALFATI, *La pronuncia di abolitio criminis nel vigente assetto dell'esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 180 ss..

<sup>47</sup> Cfr. D. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, 2009, 190 ss., che evidenzia il non facile momento di valutazione del fatto alla stregua della vecchia e nuova normativa succedutasi nel tempo in funzione dell'applicazione dell'art. 2 c. e dell'art. 673 c.p.p..

motivazione sentenza di condanna<sup>48</sup>.

Cionondimeno, non è facile vagliare l'esistenza o meno di una *abolitio criminis* quando dall'imputazione o dalla sentenza non si evince l'esatta violazione di legge commessa, vuoi perché generica, vuoi perché alternativa, vuoi ancora perché connessa ad altra contestazione con rinvio, ingenerando casi problematici e di non poco conto nella futura prospettiva dei giudizi di esecuzione che si verranno a creare<sup>49</sup>.

Orbene, se si parte dall'idea che l'imputazione è un momento di primaria importanza nell'iter processuale di accertamento del fatto e della responsabilità penale dell'accusato, tanto da diventarne un fulcro centrale di diversi arresti della giurisprudenza di legittimità che richiamano anche gli insegnamenti della Corte EDU<sup>50</sup>, ne consegue come una sua formulazione che alla stregua della nuova disposizione dell'art. 323 c.p. non rende chiara la perfetta collocazione del fatto tra quelli abrogati o permasti nell'alveo della incriminazione, dovrebbe comportare la revoca della condanna in ossequio al principio del *favore rei*, id est *in dubio pro reo*.

E però, una simile conclusione contrasta con la tradizionale tesi dei limiti cognitivi del giudice dell'esecuzione<sup>51</sup>.

Invero, benché nell'ultimo decennio vi sia stato un significativo

---

<sup>48</sup> Evidenzia come l'importanza di una descrizione del fatto oggetto di imputazione in forma chiara e precisa è finalizzata anche a future rivisitazioni della sussistenza rispetto a mutamenti normativi come l'*abolitio criminis* parziale, C. PAPAGNO, *La nozione funzionale del "fatto processuale" l'effettività del diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 80. Sempre in argomento, con una posizione critica sull'attuale assetto servente del diritto penale rispetto al diritto processuale penale, anche in relazione all'imputazione, D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 951 ss..

<sup>49</sup> La problematica ormai ultradecennale della indagine del fatto nel giudizio di esecuzione, per una serie di motivazioni che vanno dalla applicazione di istituti clemenziali generalizzati, a quella della *abolitio criminis*, era già stata ravvisata da A. GAITO, *Dagli adeguamenti correttivi sull'esecuzione della pena all'adeguamento continuo del giudicato: verso un processo penale bifasico?*, in *Giur. cost.*, 1996, 893 ss.; e già in precedenza, A. GAITO, *Poteri d'integrare il merito post rem iudicatam*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 1317 ss..

<sup>50</sup> Il tema della determinazione esatta in fatto e in diritto della imputazione, anche per una corretta difesa dell'accusato, è stato oggetto della nota sentenza della Corte EDU Drassich. C. Italia dell'11.12.2007, la quale ha ingenerato non poche conseguenze poi sfociate in altri *leading case*. Sul punto, cfr. V. MANES, *Retroattività, diritto e processo penale* (da Scoppola a Contrada), in C. PADULA (a cura di), *Le leggi retroattive nei diversi rami dell'ordinamento*, Editoriale Scientifica, 2018, 125 ss..

<sup>51</sup> Sempre in argomento, A. SCALFATI, *La pronuncia di abolitio criminis nel vigente assetto dell'esecuzione penale*, cit., 180 ss.

ridimensionamento del dogma dell'intangibilità del giudicato penale<sup>52</sup>, in una materia come quella della successione della legge penale nel tempo ex art. 673 c.p., non sempre è ammesso un travolgimento della *res iudicata* nei casi dubbi sulla esistenza o meno di una *abolitio criminis* parziale di quel fatto specifico. Così, anche prendendo atto dell'importantissimo arresto d'apertura avutasi con la nota sentenza delle Sezioni Unite Gatto<sup>53</sup>, resta pur sempre da valutare che la funzione di mera ricognizione (e non di nuova cognizione) del Giudice dell'esecuzione non consente di oltrepassare i dati di fatto e di diritto emergenti dal testo della sentenza e, al più, dagli atti processuali già acquisiti e presenti al fascicolo dibattimentale (o delle indagini in casi di giudizio abbreviato). In tale decisione, si è rilevato come sia ormai anacronistica la tradizionale concezione del giudicato penale in termini assoluti, e cioè allorquando esso viene considerato come se fosse la "norma del caso concreto", del tutto insensibile alle evenienze giuridiche successive all'irrevocabilità della sentenza.

La necessità di *dialogo* tra Corti (Costituzionale, EDU e Cassazione)<sup>54</sup> ha reso necessario reimpostare il dogma del giudicato penale, ponendo al centro della sua ridefinizione il potenziamento della garanzia individuale del singolo soggetto rispetto alla certa condanna da espiare, e dunque in grado di vincere le limitazioni imposte al fine di rendere prevalenti le esigenze di garanzia sottese al principio del *favor libertatis*. L'attuale dimensione della giurisdizione esecutiva concede poteri non limitati alla conoscenza delle questioni sulla validità e sull'efficacia del titolo esecutivo, ma, al contrario, capaci di incidere anche sul suo contenuto valutativo, "*allorquando imprescindibili esigenze di giustizia, venute in evidenza dopo l'irrevocabilità*

---

<sup>52</sup> Ciò grazie alla continua opera di demolizione che ha visto nella giurisprudenza della Corte EDU la genesi di ogni suo successivo sviluppo. Tra quelli più significativi, vi sono Corte EDU, 9 settembre 1998, Dorigo c. Italia; Corte EDU, 18 maggio 2004, Somogyi c. Italia e la già citata Corte EDU, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia), dalla cui lettura in combinato disposto ne discende una nuova visione non più insuperabile del giudicato, i cui effetti negativi e non più legittimi devono essere neutralizzati. Per una lettura completa, cfr. A. ESPOSITO, *Il divenire dei giudici tra diritto convenzionale e diritto nazionale*, in *Arch. pen.*, 2018.

<sup>53</sup> Cass. pen., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, ric. Gatto, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), [con nota di G. ROMEO, Le sezioni unite sul potere del giudice di fronte alla esecuzione di pena incostituzionale. Per un commento alla sentenza, nei termini quivi di interesse](#), M. GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutto da una parte*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 975 ss..

<sup>54</sup> Di recente, sul tema del dialogo tra Corti, cfr. M. DEL TUFO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il ruolo del giudice nazionale tra interpretazione conforme e rinvio alla Corte costituzionale*, in *Foro na*, 1/2018, 102.



della sentenza, lo esigano”<sup>55</sup>. Richiamando anche un altro importante arresto delle Sezioni Unite in tema di procedimento di esecuzione, è stato ribadito che *“la legge processuale demanda al giudice una determinata funzione, allo stesso giudice è conferita la titolarità di tutti i poteri necessari all’esercizio di quella medesima funzione”*<sup>56</sup>.

Tuttavia, nell’esercizio di tale funzione di controllo, il Giudice dell’esecuzione, come ricordato dalla più volte citata sentenza Gatto, *“non ha la stessa libertà del giudice della cognizione, dovendo procedere ...nei limiti in cui gli è consentito dalla pronuncia di cognizione.... le valutazioni del giudice dell’esecuzione non potranno contraddire quelle del giudice della cognizione risultanti dal testo della sentenza irrevocabile”*.

Dunque, se il Giudice della revocazione della condanna ha spazi di valutazione circoscritti, e nonostante l’art. 666, comma 5 c.p.p. gli attribuisca il potere di *acquisire i documenti e le informazioni necessarie e, quando occorre, di assumere prove nel rispetto del principio del contraddittorio*, non potrà mai oltrepassare il perimetro probatorio già acquisito nel giudizio di merito. Al più, egli potrà valorizzare elementi che, apparsi nella fase della cognizione, erano risultati allora non rilevanti, mostrandosi poi di primaria importanza se non determinanti, alla luce del giudizio di conformità tra il fatto di cui all’imputazione originariamente contestata e la nuova formulazione della fattispecie.

Cionondimeno, il Giudice dell’esecuzione non potrà ordinare la revoca della sentenza di condanna per *abolitio criminis* ex art. 673 c.p., nei casi in cui la sua valutazione trasmoda il riscontro meramente ricognitivo del fatto di reato alla luce della nuova normativa, ma richieda un vaglio dell’imputazione della sentenza che ne afferma la sussistenza, approfondita e collegata ad una visione *ultrapetiturum* del giudizio di esecuzione.

Insomma, un obbligo costituzionalmente vincolato alla stregua dei principi di irretroattività, di ragionevolezza e di libertà, che però un Giudizio di esecuzione limitato e limitante potrebbe non rendere esperibili<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> Così testualmente, Cass. pen., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, ric. Gatto, cit..

<sup>56</sup> Cass. pen., sez. un., 20.12.2005, n. 4687, ric. Catanzaro. Cfr. M. PISANI, *Abolition criminis e sospensione condizionale della pena in sede esecutiva*, in *Cass. pen.*, 2004, 2177 ss.; D. VICOLI, *L’illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni unite*, in *Riv. it. dir. e proc. Pen*, 2015, 1007 ss..

<sup>57</sup> Anche se in merito ad una tematica in parte diversa, e concernente i profili processuali della successione di leggi nel tempo, che ad ogni modo hanno comportato delle incidenze anche di ordine sostanziale sulla pena inflitta, cfr. l’ampio studio di V. MANES, *Retroattività, diritto e processo penale* (da Scoppola a Contrada), cit., 133.

**6. Una conclusione alternativa: *abolitio criminis* e contestuale nuova incriminazione nel rapporto tra vecchia e nuova formulazione dell'art. 323 c.p.**

Come visto le Sezioni Unite Giordano, nel convalidare l'indifferenza tra specialità per specificazione e specialità per aggiunta, hanno ritenuto entrambi i casi incidenti sul giudizio di relazione di specialità logico-strutturale posto alla base del rapporto di continenza tra norme incriminatrici succedutesi nel tempo. Così è stato escluso ogni automatismo nella verifica di casi di *abolitio criminis* per sussistenza di una specialità diacronica (e cioè abolizione totale per il passato e contestuale nuova incriminazione) nei casi di specialità per aggiunta.

Nel caso della riformulazione dell'abuso d'ufficio, i fatti, come descritti prima e dopo la riforma, non appaiono strutturalmente diversi, tale da escludere un fenomeno di successione modificativa come momento di avvicendamento di norme secondo lo schema successorio *abolitio criminis* totale e contestuale nuova incriminazione<sup>58</sup>.

Ma ciò, a ben vedere, solo in apparenza<sup>59</sup>.

Difatti, la più volte richiamata sentenza delle Sezioni unite Giordano del 2003 afferma che è possibile ritenere che in presenza di una forte dissonanza tra vecchia e nuova formulazione di una medesima fattispecie vi sia stato un intento politico-criminale volto alla creazione di una nuova norma incriminatrice distaccata dalla precedente, e ciò sulla base di un giudizio di eterogeneità non propriamente formale, ma di ordine sostanziale.

Così testualmente la sentenza Giordano: *È quindi possibile che nella legge successiva vi siano elementi indicativi della volontà legislativa di far venir meno la punibilità dei reati commessi in precedenza, benché esistano le condizioni per l'applicabilità della regola dell'art. 2, comma 3, c.p.....Si pensi per esempio a reati collegati con una particolare situazione politica, economica, sociale o giudiziaria e a una legge, diretta al tempo stesso a modificare tale situazione e la disciplina penale, la quale, pur stabilendo che alcuni fatti continuano a costituire reato, intenda escludere per il passato la*

---

<sup>58</sup> In questo senso, tra gli altri, M. GAMBARDILLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 145; A. CASTALDO, *La riforma dell'abuso d'ufficio nel D.L. "Semplificazioni"*, cit., 4; G. VICICONTE, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio e la discrezionalità amministrativa*, cit.; M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra prassi e teoria*, cit., 10 agosto 2020; B. ROMANO, *Finalmente una spallata all'inutile totem dell'abuso d'ufficio*, cit.; B. BELLINI, *Note minime sulla riformata fattispecie di abuso d'ufficio*, cit.; A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., 20 ss.

<sup>59</sup> Ritengono che la modifica abbia creato una figura di reato molto diversa da quella precedente – pur non affrontando la problematica del rapporto di continenza tra vecchia e nuova formulazione – ai limiti di una discontinuità totale con la precedente, chiaramente in termini critici, G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., 4; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 8.

*punibilità: chiudere con il passato senza indulgenze per il futuro, nel presupposto che la situazione politica, economica, sociale o anche giudiziaria che quei reati aveva originato, e in qualche modo giustificato, o che ne ha reso comunque problematico e discutibile il perseguimento richieda un cambiamento che si proietti verso il passato fino al punto della totale abolizione dei reati precedentemente commessi.....Dunque un'evenienza che non può essere esclusa, ma che nell'ambito della disciplina della successione di leggi penali non costituisce certo la regola<sup>60</sup>.....È da considerare che chi di recente in dottrina ha sostenuto la necessità di un controllo bifasico, nell'idea che andrebbe sempre ricercata la conferma della punibilità facendo seguire alla verifica strutturale una verifica valutativa, ha riconosciuto che nel caso in cui dovesse giungersi all'esclusione della punibilità di fatti che continuano ad essere previsti come reato ci si troverebbe in presenza di un esito assimilabile a quello tipico dell'amnistia, e questa ricostruzione convince che l'abolizione senza una formale discontinuità costituisce una situazione, eccezionale o quanto meno anomala, che richiede sicuri indici di una volontà legislativa in tal senso, in mancanza dei quali debba, senza necessità di ulteriori conferme, trovare applicazione la regola del terzo comma dell'art. 2 c.p... ..In ogni caso si tratta di un'ipotesi in cui, anche ove si ritenesse applicabile il terzo comma dell'art. 2 c.p., le determinazioni sulla continuità normativa e soprattutto quelle più specifiche sulla conservazione o sulla revoca di un'eventuale sentenza di condanna irrevocabile (si pensi al caso dell'oltraggio) dovrebbero normalmente attingere, oltre che a criteri strutturali, anche a criteri valutativi.*

Si pone allora l'interrogativo se non sia stato questo l'intento legislativo: guardare non solo al futuro, ma anche al passato, a una nuova vita per la fattispecie grimaldello che consente il controllo giudiziario sulla attività

---

<sup>60</sup> La sentenza così continua: *Perciò il criterio normale deve essere quello che porta a ricercare un'area di coincidenza tra le fattispecie previste dalle leggi succedutesi nel tempo, senza che sia necessario rinvenire conferme della continuità attraverso criteri valutativi, come quelli relativi ai beni tutelati e alle modalità di offesa, assai spesso incapaci di condurre ad approdi interpretativi sicuri, come dimostrano i numerosi contrasti che si sono manifestati tanto nella giurisprudenza quanto nella dottrina quando si è trattato di farne applicazione in numerose recenti vicende legislative in materia penale.....È vero che le sentenze delle Sezioni unite 25 ottobre 2000, Di Mauro, cit., 9 maggio 2001, Donatelli, cit. e 13 dicembre 2000, Sagone hanno fatto riferimento, oltre che ai criteri strutturali, a quelli valutativi, ma è da ritenere che il passaggio ai secondi non sia di regola necessario e debba avvenire solo se vi sono elementi univocamente indicativi di una volontà legislativa totalmente abolitrice, che nei casi esaminati dalle prime due sentenze citate era già desumibile, come si è visto, dall'esame logico-strutturale delle norme in successione.*

politica<sup>61</sup>. Se così fosse, allora potrebbe sostenersi che la riformulazione della prima parte dell'abuso d'ufficio operata dal Decreto semplificazioni - e cioè una "legge" che si inserisce in "*una particolare situazione politica, economica, sociale o giudiziaria*" e che abbia perciò voluto "*chiudere con il passato senza indulgenze per il futuro*"<sup>62</sup>, ha determinato una *abolitio criminis* totale per tutti i fatti di abuso di ufficio realizzati in violazione di legge e commessi prima della riforma (con contestuale nuova incriminazione per il futuro) con una buona fortuna per tutti i Giudici dell'esecuzione chiamati a sviscerare giudizi ormai chiusi anche da decenni.

Il timore che possa trattarsi di una amnistia occulta non deve distogliere dalla consapevolezza della peculiare gravità, economica, sociale e anche giuridica legata alla emergenza da COVID-19, a cui si aggiunge il fatto che da troppo tempo ormai si aspettava una limitazione al potere di controllo della magistratura penale sugli atti viziati della P.A., operato sino ad oggi senza alcun distinguo<sup>63</sup>.

Se quanto detto corrisponde al vero, allora si può argomentare che il legislatore sia voluto intervenire soprattutto sul passato, immaginando di poter arrivare alla totale abolizione dei reati precedentemente commessi<sup>64</sup>. Un tale conclusione appare ammissibile anche tenendo in considerazione che il principio di legalità non lascia spazio «ad abolizioni "avventurose", che introducano amnistie occulte»<sup>65</sup> che nel caso di specie però potrebbero trovare fondamento in una condizione davvero eccezionale della situazione politico-sociale del momento. Senza dimenticare che esiste anche un criterio residuale di ordine sostanziale avallato dalla importantissima sentenza Giordano, che in uno alla esistenza di una doppia specialità per specificazione e per aggiunta, ammette di sostenere che vi è stata una radicalmente trasformazione della sub-fattispecie incriminatrice in parola.

Non convince, per contro, l'idea che potrebbe persino non cambiare nulla, con la conseguenza di ampia riduzione dei casi di revoca delle sentenze definitive di condanna ex art. 673. c.p.. Non appare corretto sostenere, ad

---

<sup>61</sup> È di questo avviso, auspicando perfino una abolizione totale dell'art. 323 c., B. ROMANO, *Finalmente una spallata all'inutile totem dell'abuso d'ufficio*, cit..

<sup>62</sup> Usando proprio le parole della citata sentenza Giordano.

<sup>63</sup> La dottrina, già in passato, ha rilevato come una interpretazione stringente del criterio della continenza applicato a norme incriminatrici riformulate e, per l'effetto, radicalmente mutate, possa avere quasi gli stessi effetti di una amnistia per tutti i fatti pregressi. Cfr., tra gli altri, le lucide osservazioni di M. DONINI, *Discontinuità del tipo di illecito e amnistia. Profili costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2003, 2857 ss.; nonché, più in generale, G. MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, 89 ss..

<sup>64</sup> Ne danno atto tutti i primi commentatori sopra indicati, senza alcun distinguo.

<sup>65</sup> Così testualmente, D. PULITANO', *Legalità discontinua?*, cit., 1289 ss..

esempio, che dal principio costituzionale di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione ex art. 97 Cost., ovvero dall'art. 1 della Legge n. 241 del 1990 (Legge generale sul procedimento amministrativo), si possano dedurre chiare indicazioni di una continuità normativa ex art. 2, comma 4 c.p. tra vecchia e nuova formulazione dell'art. 323 c.p.. Il richiamo ai pur sempre generici principio di efficienza, economicità, imparzialità, pubblicità e trasparenza della citata Legge n. 241/1990, ovvero all'art. 97 Cost. sostenendo che contiene pur sempre una precisa norma di condotta vincolata che non lascia margini discrezionali e di immediata applicazione precettiva poiché l'imparzialità ed il buon andamento sono obblighi dell'agire del P.U. specifici e inderogabili, non pare cogliere nel segno per una idea di immutazione della condotta tipica<sup>66</sup>.

Se la *ratio legis* e la scelta politico criminale del Governo legislatore sono quanto mai chiare, esse non possono essere ignorate e/o aggirate con alchimie ermeneutiche che sottendono occulte interpretazioni illogiche (*ergo*, analogiche), pena la messa in discussione del principio di legalità, sub specie della retroattività della *lex mitior*, anche e soprattutto nella sua dimensione convenzionale come interpretato dalla costante giurisprudenza della Corte EDU (prevedibilità e logicità della interpretazione giurisprudenziale<sup>67</sup>).

In alternativa, vi sarebbe come soluzione quella che – pur senza insistere per una totale abolizione iperretroattiva delle condotte di abuso d'ufficio per generica violazione di legge (*rectie*, sviamento o eccesso di potere, incompetenza, ecc.) – il Giudice dell'esecuzione, in un'ottica dell'idea del *favor rei* molto stringente e tale da superare anche le limitazioni del giudicato penale, non potrà non orientarsi che per una declaratoria di revoca della sentenza di condanna, tranne casi davvero eccezionali comprovanti che il

<sup>66</sup> Prospetta questa eventualità, anche se non ne auspica la verifica, M. GAMBARELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 161.

<sup>67</sup> Quello della retroattività della *lex mitior*, come principio ampio e ricomprendere anche la iperretroattività della legge abrogativa del reato, è un tema molto battuto nella dottrina, soprattutto nell'ultimo decennio grazie al continuo dialogo tra Corti nazionali e sovranazionali su tematiche di questo genere. Cfr., fra gli altri e senza alcuna velleità di completezza, V. MANES, *Retroattività, diritto e processo penale*, cit., 125 ss.; A. BALSAMO, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività e la nuova interpretazione giurisprudenziale "imprevedibile": una "nuova frontiera" del processo di "europeizzazione" del diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2007, 2202 ss.; C. PIERGALLINI, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, in DOLCINI-PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, 2007, 1653 ss.; C. SCACCIANOCE, *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?* in *Arch. Pen.*, 2013, 1 ss.; G. TESAURO- DE PASQUALE, *Rapporti tra Corti e retroattività della lex mitior*, in *I Post di Aisdue*, I Sezione Articoli n. 3, 6 maggio 2019, 27 ss..



fatto di cui all'originaria imputazione era stato commesso in violazione di *specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità*.

Il principio di intangibilità del giudicato ed il criterio funzionale dei limitati poteri cognitivi del Giudice dell'esecuzione dovranno cedere dinanzi alla volontà legislativa di abrogare nella sua quasi totalità la norma incriminatrice dell'abuso d'ufficio, che in forza dell'art. 3 della Costituzione non può non valere anche per il passato.