

La sentenza della Corte Costituzionale n. 8/2022 sul reato di abuso d'ufficio, come modificato dall'art. 23 DL 76/2020: verso il tramonto del principio "*nullum crimen, nulla poena sine lege*"?

di **Francesca Ballesi**

Sommario. 1. L'ultima modifica dell'art. 323 c.p.: introduzione. - 2. Profili storici della fattispecie di cui all'art. 323 c.p. - 3. Gli elementi strutturali del nuovo art. 323 c.p. Brevi cenni. - 4. Il principio di legalità della norma penale e la decretazione d'urgenza. - 5. La questione di legittimità costituzionale posta all'attenzione della Consulta. - 6. La sentenza della Corte Costituzione n. 8/2022. - 7. Osservazioni conclusive

1. L'ultima modifica normativa dell'art. 323 c.p.: introduzione.

Con la legge n. 190 del 6.11.2012 l'Italia ha ottemperato agli impegni internazionali assunti con la Convenzione penale sulla corruzione stipulata a Strasburgo il 27.1.1999, già ratificata con la legge 28.6.2012 n. 110; l'intervento legislativo, in tal caso, ha interessato più che altro il trattamento sanzionatorio dell'art. 323 c.p. aumentando il limite edittale sia nel minimo (da sei mesi ad un anno) che nel massimo (tra tre a quattro anni).

L'aggravio di pena, in un primo momento, ha inciso significativamente non solo sulla disciplina sostanziale, ma anche sul piano processuale, consentendo, ai sensi dell'art. 280 co. 2 c.p.p., il ricorso alla custodia cautelare in carcere; quest'ultimo effetto, tuttavia, è venuto meno a seguito del DL 78/2013, convertito con modifiche nella legge 94/2013, che ha consentito l'applicazione della custodia cautelare in carcere per i delitti puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, anziché a quattro anni.

Una modifica sicuramente più significativa sul piano contenutistico si è avuta con l'art. 23 DL 76/2020 che ha sostituito il vecchio inciso "*in violazione di norme di legge o di regolamento*" con quella più restrittiva "*in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalle legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità*".

La novella, non ulteriormente modificata in sede di conversione del decreto legge, ha pertanto, ristretto l'ambito applicativo della fattispecie incriminatrice, con conseguente parziale *abolitio criminis*, operando su tre distinti livelli: a) rispetto all'oggetto la violazione commessa dal pubblico soggetto deve riguardare una regola di condotta (e non ad es. una regola di

natura organizzativa); b) rispetto alla fonte, tale regola violata deve essere specifica ed espressamente prevista da una fonte di rango ordinario¹; c) rispetto al contenuto la regola non deve lasciare spazi di discrezionalità.

Con la sentenza n. 8 depositata il 18.1.2022 la Corte Costituzionale è stata investita del tema relativo alla compatibilità con il principio di riserva di legge disciplinato dall'art. 2 Cost. della modifica sopra illustrata, introdotta con un decreto-legge, pronunciandosi nel senso della infondatezza della questione proposta per le ragioni sulle quali ci si soffermerà nei prossimi paragrafi, dopo aver ripercorso il lungo e tormentato *iter* storico che ha interessato il reato di abuso d'ufficio.

2. Profili storici della fattispecie di cui all'art. 323 c.p.

Limitando il nostro *excursus*² al secolo scorso, nel primo trentennio del novecento è entrata in vigore la disciplina prevista dall'art. 175 cpv del codice del 1889, la quale disponeva: *"il pubblico ufficiale che, abusando del suo ufficio, ordina o commette contro gli altrui diritti qualsiasi fatto non preveduto come reato da una speciale disposizione di legge, è punito con la detenzione da quindici giorni a un anno; e, qualora agisca per un fine privato, la pena è aumentata di un sesto, sostituita alla detenzione la reclusione"*. In conformità con l'impianto ideologico del codice Zanardelli l'incriminazione tutelava essenzialmente il privato nei confronti di forme di prevaricazione da parte dell'autorità giudiziaria, amministrativa e di polizia.

Nelle tre successive versioni, datate 1930, 1990, 1997, alla originaria dimensione di garanzia del privato dalle prevaricazioni dell'autorità si sovrappone la dimensione della 'tradita fiducia' da parte del pubblico agente, la quale diviene preminente rispetto alla tutela del cittadino che assume una dimensione secondaria ed indiretta.

Infatti, il testo del 1930 recitava: *"Il pubblico ufficiale che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge, è punito con la reclusione fino a due anni o con la multa (originariamente da 500 a 10.000 lire)"*. Si era in presenza di una disposizione di chiusura del sistema, la cui funzione residuale, espressa dalla clausola di sussidiarietà contenuta sia in rubrica che nel testo, ne limitava l'ambito di applicazione ad ipotesi per lo più di favoritismo verso terzi non legati da particolari vincoli con l'autore, in ciò differenziandosi dalla

¹ In senso critico rispetto al nuovo contenuto della norma v. 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 Sistema penale 17.7.2020

² Sul tema cfr. Forti- Seminara, Commentario breve al codice penale, Wolters Kluwer-Cedam 2021, pp. 1908 e ss.

diversa fattispecie di cui all'art. 324 c.p., che presupponeva, invece, la presenza di tali vincoli.

Già nella versione appena illustrata emergevano profili di indeterminatezza della norma allorché veniva considerato penalmente rilevante qualsiasi fatto non previsto come reato da una particolare disposizione di legge idoneo ad arrecare un danno o un vantaggio.

A seguito dell'entrata in vigore della L. 86/1990, sotto l'intitolazione "abuso d'ufficio", il nuovo art. 323 c.p. statuiva: "il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni. Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due a cinque anni".

Con la novella del 1990 veniva sensibilmente elevata la cornice edittale e la condotta incriminatrice era stata estesa anche all'incaricato di un pubblico servizio, non essendo prevalsa, in sede di riforma, la linea volta ad accorpate le due qualifiche nella figura unitaria del "pubblico funzionario" o del "pubblico agente".

Inoltre, l'importanza della novella stava nel fatto che la fattispecie di abuso era destinata ad assorbire la fattispecie di interesse privato in atti di ufficio di cui all'art. 324 cp e il peculato per distrazione, venendo ad assumere, nell'intento del legislatore il carattere di un grande contenitore, comprensivo delle ipotesi prima previste in distinte disposizioni.³

Le censure di indeterminatezza che avevano accompagnato la fattispecie in esame, come novellata nel 1990, avevano portato il legislatore ad introdurre un'ulteriore modifica, con la legge n. 234 del 1997, che, pur conservando nella rubrica il vocabolo 'abuso', ha sostanzialmente distinto due condotte, una commissiva, collegata alla violazione di norme di legge o di regolamento e una omissiva, consistente nell'omettere di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto.

Con la legge n. 190 del 2012 il legislatore è intervenuto solo sulla cornice edittale, sanzionando la condotta con la pena da un anno a quattro anni di reclusione.

Da ultimo l'art. 23 DL 76/2020 ha riscritto, in senso limitativo, la fattispecie incriminatrice disponendo: "salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e

³ Cfr. F. Grosso, *Condotte ed eventi nel delitto di abuso d'ufficio*, in *Foro italiano*, 1999, V, 14; G. Morbidelli, *Il contributo dell'amministrativista alla riforma (e all'interpretazione) del reato di abuso d'ufficio*, in *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Atti della prima Giornata di studio, Lucca, 29.11.1997, Milano, 2000, p. 20.

dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni”.

3. Gli elementi strutturali del nuovo art. 323 c.p. Brevi cenni.

La disposizione in esame incrimina il duplice comportamento del pubblico ufficiale o dell’incaricato di pubblico servizio che, intenzionalmente, procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale oppure procura ad altri un danno ingiusto.

Si richiede, altresì, che la condotta sia compiuta nello svolgimento delle funzioni o del servizio e che presenti un carattere antidoveroso; proprio in relazione a quest’ultimo requisito il DL 76 del 16.7.2020 ha ristretto l’ambito applicativo della norma prevedendo, come si è detto nel paragrafo introduttivo, non solo che la regola di condotta vietata debba essere prevista dalla legge o da atti aventi forza di legge (è stato eliminato il riferimento alla violazione di regolamenti), ma anche che la regola sia specifica e che non lasci spazio ad un potere discrezionale.

Attraverso il primo requisito viene esplicitato il limite esterno della condotta, implicito nel testo previgente, con conseguente esclusione dell’abuso di qualità; con il secondo elemento sono state specificate le modalità della condotta, che deve essere compiuta in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto.

Ne deriva che le modalità di commissione del reato sono quattro: violazione di norme giuridiche con conseguente causazione di un vantaggio patrimoniale ingiusto; violazione dell’obbligo di astensione con derivazione di un vantaggio patrimoniale ingiusto; violazione di norme giuridiche avente, quale conseguenza, la produzione di un danno ingiusto e violazione dell’obbligo di astensione con conseguente provocazione di un danno ingiusto.

In tutte le ipotesi sopra descritte la struttura della fattispecie è quella di una norma penale parzialmente in bianco⁴, il che ha sempre determinato delle possibili censure per violazione del principio di tassatività, ove la condotta di chi procura il danno o il vantaggio rileva in quanto inosservante di obblighi giuridici di comportamento o di astensione.

In particolare, nella forma omissiva, connessa all’inottemperanza dell’obbligo di astensione rileva, purchè produttiva di vantaggio patrimoniale o di danno, l’inosservanza di qualsiasi “caso prescritto”. Quest’ultimo richiamo non assume determinatezza neppure *per relationem*, attraverso il DM 31.3.1994,

⁴ In tal senso si veda A. Manna, *Abuso d’ufficio e conflitto d’interessi nel sistema penale*, Giappichelli, 2004, p. 38

recante un elenco di casi di doverosa astensione, perché l'art. 6 del decreto si conclude, a sua volta, con una ulteriore clausola di chiusura ("in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza"), che apre la strada ad una ulteriore eterointegrazione di secondo grado.⁵

Con riguardo alla forma commissiva viene in rilievo, innanzitutto, la violazione di atti normativi di natura legislativa; a tal proposito anche il rinvio formale alla legge, capace di richiamare, in linea di principio, un amplissimo ventaglio di disposizioni, ha suscitato perplessità in dottrina, ancorchè, nelle intenzioni del legislatore, il richiamo fosse destinato ad evitare che l'abuso fosse sostanzialmente identificato con la figura dell'eccesso di potere.⁶

Alle condotte sopra descritte (violazione di legge o atti avente forza di legge e omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto), deve far seguito l'evento naturalistico costituito dal vantaggio patrimoniale o dal danno ingiusto.

In relazione a questa accezione si sono sviluppati plurimi orientamenti interpretativi; in particolare coloro che negano che il requisito dell'ingiustizia richiami indici extralegali di ordine etico-sociale appare incline a riconoscere l'irrelevanza del fatto in presenza di riscontri obiettivi che attestino il conseguimento degli interessi dell'amministrazione.⁷

La formula della c.d. doppia ingiustizia, intesa in questa accezione, appare invero inappagante: che il comportamento non debba essere assistito da una scriminate è requisito sostanzialmente superfluo essendo richiesto in presenza di qualsiasi fattispecie criminosa; inoltre che il risultato del comportamento debba arrecare un effettivo pregiudizio al valore tutelato dalla disposizione incriminatrice è coesistente al principio di necessaria offensività richiamato nell'art. 49 c.p., norma che esclude la punibilità di fatti inoffensivi conformi al tipo.

In realtà non qualsiasi violazione di precetti produttiva di danno o vantaggio patrimoniale è incriminata dall'art. 323 c.p., ma solo l'ipotesi in cui tale condotta sia caratterizzata da una ulteriore qualificazione che, conformemente alla funzione assoluta dalle clausole di illiceità speciale, si aggiunge a quella costituita dall'inadempimento normativo.⁸

Ne deriva che il requisito dell'ingiustizia deve essere inteso con un'accezione autonoma, non insita nella stessa condotta, dal momento che, se esso si sostanziasse nella mera contrarietà rispetto al contenuto precettivo delle fonti indicate dall'art. 323 c.p., si rivelerebbe assolutamente superfluo.

⁵ Cfr. M. Leoni, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, Cedam, 1998, 85.

⁶ Cfr. G. Fiandaca- E. Musco, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, Zanichelli, 2021, p. 250

⁷ In tal senso cfr. G. Fiandaca-E. Musco, cit., pp. 250 e ss.

⁸ Cfr. A. Pagliaro, *Appunti su alcuni elementi normativi contenuti nella legge penale*, in RIDPP, 1964, p. 35

Sulla base di queste premesse si è dedotto che il requisito della doppia illiceità debba consistere, sul piano della condotta, in una intenzionale strumentalizzazione dei poteri conferiti e, sul piano dell'offesa, nella oggettiva alterazione dalle finalità istituzionali perseguite dall'agente.

Quanto appena detto deve essere ulteriormente precisato giacché non qualsiasi 'sviamento' di potere costituisce abuso d'ufficio, ma solo quelle violazioni di legge o di atti aventi forza di legge e quelle ipotesi di conflitto di interessi corredate da inottemperanza all'obbligo di astensione, caratterizzato dal fatto che l'inosservanza dei precetti normativi sia strumentale alla perpetrazione di un'ingiustizia.

Per tal motivo può fondatamente sostenersi che l'abuso d'ufficio non si risolve in un mero eccesso di potere, così come non pare, ad avviso di chi scrive, corretto escludere del tutto dal perimetro applicativo della norma, l'istituto dell'eccesso di potere che, talvolta, si sostanzia in una strumentalizzazione del potere che altera le finalità istituzionali in virtù delle quali esso dovrebbe essere esercitato.⁹

Seguendo questa opzione interpretativa l'evento offensivo viene individuato nella oggettiva deviazione della funzione o del servizio rispetto alla causa tipica, realizzata attraverso una condotta intenzionalmente antidoverosa e concretizzata dal conseguimento del proposito perseguito; pertanto, l'agente, oltre ad agire intenzionalmente, deve essere consapevole non solo dell'antidoverosità della condotta, ma altresì del carattere di 'speciale' ingiustizia rivestito dallo sviamento di potere.¹⁰

Nell'ambito della seconda modalità di realizzazione dell'illecito si collocano le ipotesi di inottemperanza ai doveri di astensione; sul punto la giurisprudenza ha tentato di circoscrivere l'ambito applicativo della norma affermando che l'art. 323 c.p. detta, in via diretta e generale, un dovere di astensione per i pubblici agenti che si trovino in una situazione di conflitto di interessi, con la conseguenza che l'inosservanza del dovere di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto integra il reato anche in assenza di una specifica disciplina dell'astensione nel procedimento in cui l'agente è chiamato ad operare.¹¹

Anche la nozione di interesse (proprio o di un prossimo congiunto) risulta piuttosto ampia, essendo compatibile con interessi non solo economici, ma anche di altro genere; sul punto la giurisprudenza di legittimità ha precisato che l'obbligo di astensione può nascere direttamente dall'art. 323 c.p. nella parte in cui fa riferimento "all'interesse proprio o di un prossimo congiunto", in modo tale da prevalere su norme extracodicistiche che con esso si

⁹ In senso contrario, G. Fiandaca-E. Musco, cit., pag. 245; V. Manes, Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere, in *Foro Italiano*, 1998, II, p. 393

¹⁰ Cfr. G. Licci, Abuso d'ufficio. Analisi di un enunciato normativo, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Giappichelli, 2004, p. 497.

¹¹ Cfr. Cass. sez. V, 21.12.2017- 17.1.2018 n. 1929

pongano in contrasto (in tal senso si è espressa Cass., sez. VI, sentenza n. 7992 del 19.10.2004, con riferimento ai rapporti tra l'art. 323 c.p. e la facoltà di astensione prevista dall'art. 52 c.p.p., nel senso che detta facoltà, in presenza di un interesse proprio del pubblico agente o di un suo prossimo congiunto, "viene abrogata e sostituita dall'obbligo di astensione stabilito dalla norma codicistica).

Dall'analisi, seppur sintetica, degli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice in questione emergono, senza ombra di dubbio, profili di incompatibilità della stessa con il principio di legalità di cui all'art. 2 c.p., ai quali il legislatore ha, forse invano, tentato di porre rimedio ridefinendo, più volte, nel corso degli ultimi due decenni, il contenuto della norma, da ultimo con il decreto-legge 76/2020.

In questa direzione si pone l'ordinanza del 6.11.2020 del Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Catanzaro che, nel caso di specie, non è tornato su un tema già più volte affrontato dalla Consulta circa l'osservanza del principio di tassatività della norma penale, ma si è soffermato sull'ulteriore questione se la modifica introdotta dall'art. 23 DL 76/2020, che, come sopra detto ha circoscritto l'ambito applicativo dell'art. 323 c.p. (escludendo la violazione di norme regolamentari ed aggiungendo, quanto al contenuto, che deve trattarsi di condotte espressamente previste da legge o atti aventi forza di legge che non lascino margini di discrezionalità), potesse essere effettuata attraverso lo strumento della decretazione d'urgenza.

4. Il principio di legalità della norma penale e la decretazione d'urgenza.

A proposito della possibilità di adottare il decreto-legge in materia penale si è assistito ad un decisivo 'cambiamento di rotta' da parte della Consulta.

Il tema era già stato trattato da un orientamento dottrinale¹² in senso favorevole al suo utilizzo sul presupposto che, una volta convertito in legge, le norme emanate dal potere esecutivo vengono trasfuse in un testo approvato dal Parlamento con conseguente osservanza del principio di riserva di legge formale; diversamente, in caso di mancata conversione, gli effetti del decreto-legge verrebbero travolti fin dall'inizio secondo il disposto dell'art. 77 co. 5 Cost.

Tuttavia i problemi sorgono nel caso in cui un decreto legge introduca una nuova incriminazione ovvero inasprisca un preesistente trattamento sanzionatorio ed esso non venga convertito dal Parlamento; in tal caso, infatti, se è vero che secondo la Costituzione gli effetti del decreto legge dovrebbero in questo caso venir meno fin dal giorno dell'entrata in vigore del decreto, tuttavia, come più volte è stato ripetuto dalla Consulta, vi sono

¹² In tal senso T. Padovani, *Diritto Penale, parte generale*, Giuffrè, V ed., 1999, p. 22 ss.

effetti che, per loro natura, sono irreversibili e che si ripercuotono sulla sfera dei diritti fondamentali, quali la libertà personale.¹³

E', infatti, evidente che, laddove un decreto-legge introduca una nuova fattispecie penale o preveda un trattamento sanzionatorio più severo e poi non venga convertito in legge, si pone il problema dei suoi possibili riflessi sul piano della libertà personale, laddove quella norma sia stata applicata nel breve periodo di vigenza del decreto stesso.

Sulla base di queste premesse la Corte Costituzionale, verso la fine degli anni Novanta del secolo scorso, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale della reiterazione dei decreti legge non convertiti ed aveva implicitamente scalfito la stessa legittimità dei decreti legge in materia penale sottolineandone, come già detto, l'idoneità a produrre effetti non reversibili né sanabili.¹⁴

Addirittura, in una sentenza più risalente, la Corte si era espressa in senso del tutto sfavorevole all'utilizzo della decretazione d'urgenza in materia penale affermando che esso avrebbe potuto rappresentare un potenziale strumento per "*manovre governative... destinate al successo malgrado l'esito negativo del controllo parlamentare*".¹⁵

L'analisi della sentenza della Corte Costituzionale n. 8/2022, oggetto di questo breve commento, consentirà di mettere in evidenza come la Consulta abbia ribaltato il suo precedente orientamento mostrandosi ben più favorevole ad ammettere l'uso del decreto-legge anche in una materia delicata come quella penalistica, giustificando questa prassi, come nel caso di specie, con esigenza di maggiore celerità ed efficienza dell'azione amministrativa.

5. La questione di legittimità costituzionale posta all'attenzione della Consulta.

Come si è detto nei paragrafi che precedono l'art. 323 c.p., come modificato dall'art. 23 DL76/2020, punisce con la reclusione da uno a quattro anni, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge o dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto. Con ordinanza del 6.11.2020 il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Catanzaro ha dubitato della legittimità costituzionale dell'intervento sia sotto l'aspetto procedurale, trattandosi di modifica introdotta con decreto-legge, sia sotto il profilo del suo contenuto sostanziale.

¹³ Sul tema Cfr. G. Marinucci- E. Dolcini, Corso di diritto penale, Giuffrè, 2001, p. 43.

¹⁴ Cfr. Corte Cost. 24.10.1996 n. 360, in Giur. Cost. 1996, p. 3147 ss.

¹⁵ Cfr. G. Marinucci-E. Dolcini, Corso di diritto penale, cit., pp. 43 e ss.

Premesso che la Corte Costituzionale non è entrata nel merito della seconda censura, ovvero quella attinente al contenuto della nuova disposizione ed alla sua possibile violazione degli artt. 3 e 97 Cost., dovendo evitare di adottare pronunce *in malam partem*, che avrebbero comportato la reviviscenza della precedente disciplina, la nostra attenzione si incentrerà sulla prima censura posta in rilievo dal giudice a quo e consistente nella violazione dell'art. 77 Cost.

Secondo il rimettente, infatti, la norma denunciata avrebbe violato la citata disposizione dell'art. 77 Cost., in quanto completamente estranea alla materia disciplinata dalle altre disposizioni del DL 76 del 2020 e "*assolutamente avulsa dalle ragioni giustificatrici della normativa adottata in via d'urgenza dal Governo*".

Il citato decreto legge, infatti, adottato durante l'emergenza epidemiologica determinata dal Covid 19, è stato motivato, dalla ritenuta "straordinaria necessità ed urgenza di realizzare un'accelerazione degli investimenti e delle infrastrutture attraverso la semplificazione delle procedure in materia di contratti pubblici e di edilizia, operando senza pregiudizio per i presidi di legalità", nonché con l'esigenza, ritenuta anch'essa indifferibile, di "introdurre misure di semplificazione procedimentale e di sostegno e diffusione dell'amministrazione digitale, nonché interventi di semplificazione in materia di responsabilità del personale delle amministrazioni, nonché di adottare misure di semplificazione in materia di attività imprenditoriale, di ambiente e di green economy, al fine di fronteggiare le ricadute economiche conseguenti all'emergenza epidemiologica da Covid 19".

Posti questi obiettivi il decreto contiene, da un lato, molteplici disposizioni volte a semplificare le procedure amministrative in materia di contratti pubblici, edilizia, organizzazione del sistema universitario e del Corpo nazionale dei Vigili del fuoco, nonché le procedure in materia di attività d'impresa, ambiente e green economy; dall'altro lato, vi sono misure volte al sostegno e alla diffusione dell'amministrazione digitale.

Alla luce di quanto sopra, osserva il giudice rimettente, il nuovo art. 323 c.p. si porrebbe in rapporto di completa disomogeneità rispetto al restante testo del corpo normativo, non ravvisandosi un collegamento tra la restrizione dell'ambito applicativo della condotta penalmente rilevante (oggi, come detto, limitata alla violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità) e l'esigenza di semplificare le procedure amministrative in vista di un rilancio economico del Paese dopo la depressione inflitta dall'emergenza sanitaria. In questo senso, ritiene il giudice a quo, che la modifica della fattispecie incriminatrice in questione, implicante delicate scelte di natura politico-criminale, avrebbe richiesto un ben più ponderato iter parlamentare, andando ad incidere, delimitandola, sulla responsabilità dei funzionari pubblici in relazione all'attività svolta.

In secondo luogo, la novella in questione porrebbe anche un problema di contrasto con l'art. 77 Cost. per difetto del presupposto della straordinaria necessità ed urgenza se si tiene conto del fatto che qualsiasi modifica di una norma penale non può mai produrre degli effetti nell'immediato, considerati i *"fisiologici tempi di svolgimento di qualsivoglia procedimento penale e della totale assenza di incidenza di singole vicende penali sul piano della semplificazione amministrativa"*.

Da ultimo, per mera completezza, sul piano del contenuto, la norma censurata si porrebbe in contrasto con gli artt. 3 e 97 Cost.; in particolare, osserva il giudice rimettente *"l'aver ancorato il fatto tipico alla violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità farebbe sì che l'abuso, per assumere rilievo penale, debba risolversi nell'inosservanza di una norma legislativa che prefiguri un'attività amministrativa vincolata nell'an, nel quid e nel quomodo"*, il che rischierebbe di trasformare la norma *"in un reato legislativamente impossibile"*. Aggiunge poi il giudice a quo che la limitazione del perimetro applicativo della norma alle sole ipotesi di attività amministrativa c.d. vincolata, avrebbe come conseguenza di riservare la sanzione penale ad ipotesi del tutto marginali, essendo, nella maggior parte dei casi, l'attività amministrativa caratterizzata da discrezionalità, lasciando del tutto impunte *"le condotte ben più gravi di coloro che, detenendo il potere di decidere discrezionalmente, si trovano in una condizione privilegiata per abusarne"*.

Inoltre, la scelta del legislatore di privare di rilevanza penale ogni forma di esercizio della discrezionalità amministrativa determinerebbe anche la violazione del principio di eguaglianza, *"risolvendosi nell'attribuzione all'agente pubblico di un potere dispositivo assoluto e sottratto al vaglio giudiziale"*.

Una volta illustrate le censure di illegittimità costituzionale prospettate dal giudice a quo, andiamo ad illustrare le risposte fornite dalla Corte Costituzionale, ribadendo che la Consulta non ha affrontato la questione inerente al merito della norma ed ai suoi profili di violazione degli artt. 3 e 97 Cost., dal momento che una pronuncia di illegittimità costituzionale in tal senso, avrebbe comportato una ri-espansione del perimetro applicativo della norma previgente, in senso sfavorevole al reo.¹⁶

¹⁶ Per completezza di evidenza che nell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale si legge che anche il secondo profilo di illegittimità costituzionale sollevato dal giudice a quo poteva essere affrontato dalla Consulta dal momento che la stessa Consulta, con la sentenza n. 148 del 1983 avrebbe chiarito che gli effetti *in malam partem* di una pronuncia di illegittimità costituzionale non precludono l'esame nel merito della normativa censurata, fermo restando il divieto per la Corte stessa, in virtù della riserva di legge prevista dall'art. 25 co. 2 Cost., di *"configurare nuove norme penali"*.

Poste queste premesse la nostra attenzione si focalizzerà sulle argomentazioni sviluppate dalla Consulta in relazione al primo profilo di illegittimità costituzionale prospettato, ovvero quello inerente il possibile contrasto tra il nuovo art. 323 c.p. e l'art. 77 Cost.

6. La sentenza della Corte Costituzione n. 8/2022.

In relazione al tema da ultimo illustrato la Corte Costituzionale ha risposto dichiarando non fondata la questione per le ragioni che si andranno di seguito a spiegare.

I Giudici della Consulta, infatti, hanno ripercorso l'iter storico che ha caratterizzato l'art. 323 c.p. mettendo in evidenza che la condotta di abuso d'ufficio ha sempre assolto una funzione di 'chiusura' del sistema dei delitti contro i pubblici ufficiali ponendo, da sempre, la spigolosa questione del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa. Al tempo stesso, osserva la Corte, la norma è sempre stata caratterizzata da congeniti margini di elasticità, generatori di persistenti problemi di compatibilità con il principio di determinatezza.

Nel disegno originario del codice penale del 1930, l'art. 323 c.p. puniva il pubblico ufficiale che, "abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge".

Era evidente come l'originaria formulazione della norma, dal perimetro applicativo così ampio, confinasse l'art. 323 c.p. ad una figura assolutamente sussidiaria e posta in ombra rispetto alle più 'ingombranti' condotte del peculato per distrazione e dell'interesse privato in atti d'ufficio (artt. 314 e 324 c.p.).

Per far fronte alle criticità prospettate dalla norma il legislatore era intervenuto con la riforma operata dalla legge n. 86 del 26.4.1990, la quale, come si è già accennato in precedenza, da un lato, aveva abrogato le fattispecie di peculato per distrazione e di interesse privato in atti d'ufficio e, dall'altro lato, aveva riscritto l'art. 323 c.p. prevedendo che l'abuso d'ufficio, esteso anche agli incaricati di pubblico servizio, dovesse essere finalizzato ad un vantaggio o ad un danno 'ingiusto', con la previsione di un sensibile aumento di pena qualora il vantaggio fosse stato caratterizzato dalla patrimonialità.

Tuttavia, anche la riforma del 1990 non aveva raggiunto l'obiettivo sperato giacchè residuavano consistenti margini di indeterminatezza della condotta tanto che, a distanza di pochi anni, il legislatore era di nuovo intervenuto con la legge n. 234 del 16.7.1997, ove veniva abbandonato il generico riferimento all'abuso d'ufficio e la condotta tipica veniva individuata nella violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero, in alternativa, nella omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto.

Con l'intervento legislativo del 1997 la fattispecie diventa un reato di evento essendo richiesta, ai fini del suo perfezionamento, l'effettiva verifica dell'ingiusto danno o dell'ingiusto vantaggio patrimoniale e, sotto il profilo soggettivo, viene introdotto il requisito del dolo intenzionale.

Come messo in evidenza dalla Consulta l'intento del legislatore del 1997 era quello di rendere più nitidi i confini dell'ambito applicativo della fattispecie tentando di limitare il sindacato del giudice penale sull'esercizio della discrezionalità amministrativa; in tal senso il riferimento alla 'violazione di norme di legge o di regolamento', evocando uno dei vizi tipici dell'atto amministrativo, doveva servire ad escludere dal penalmente rilevante il vizio dell'eccesso di potere.

Tuttavia, le intenzioni originarie del legislatore avevano dovuto poi confrontarsi con le soluzioni della giurisprudenza, la quale aveva gradualmente adottato interpretazioni estensive degli elementi della fattispecie così riaprendo di nuovo un varco al sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa discrezionale. Seguendo questa opzione interpretativa è venuto a consolidarsi, nella giurisprudenza di legittimità, l'indirizzo in forza del quale la violazione di norme di legge, rilevante come abuso d'ufficio, può essere integrata anche dall'inosservanza del generalissimo principio di imparzialità della PA (si citano, ex plurimis, Corte di Cassazione, sez. VI pen., sentenza n. 22871/2019; Corte di Cassazione, Sezione VI penale, sentenza n. 49549/2019; Cassazione, sezione II penale, sentenza n. 46096/2015).

Dall'altro lato, si è assistito all'incrementarsi di un filone giurisprudenziale che considerava penalmente rilevanti gli atti viziati da eccesso di potere, nella forma dello sviamento; in questo senso viene citata la sentenza della Cassazione, SS.UU. n. 155 del 2012, secondo cui ricorre l'ipotesi di cui all'art. 323 c.p. non solo quando la condotta del pubblico funzionario si ponga in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando essa sia volta alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, dando luogo, appunto, ad una classica ipotesi di 'sviamento di potere'.

Posto quanto sopra, secondo i giudici della Corte, si è venuta a creare una situazione che richiama, per alcuni versi, quella verificatasi dopo la legge n. 86/1990 ed alla quale la legge n. 234/1997 aveva tentato di porre rimedio, il tutto accompagnato, a seguito dell'entrata in vigore della L. 190/2012, da un inasprimento di pena; questa situazione, denominata nel testo della sentenza *"burocrazia difensiva"* ha fatto sì che i funzionari, 'atterriti' dalla paventata rilevanza penale della loro condotta, si astengano dall'assumere decisioni che pur riterrebbero utili per il perseguimento dell'interesse pubblico, *"preferendo assumerne altre meno impegnative (in quanto appiattite su prassi consolidate e anelastiche), o più spesso restare inerti, per il timore di esporsi a possibili addebiti penali (cosiddetta "paura della firma")"*, il tutto con

significativi riflessi in termini di perdita di efficienza e rallentamento dell'azione amministrativa.

Pertanto, al fine di arginare questa *'burocrazia difensiva'*, esigenza divenuta sempre più stringente a seguito dell'emergenza pandemica causata dal Covid 19, è stato adottato il DL n. 76/2020, noto come *'decreto semplificazioni'* il quale, al capo IV, titolo II, intitolato "responsabilità delle due principali fonti di timore per il pubblico amministratore: la responsabilità erariale e la responsabilità penale", ha inciso su ambedue le tematiche limitandone la portata e i confini applicativi.

Del resto, proseguono i Giudici della Consulta, al fine di supportare l'esigenza dell'intervento normativo, con riguardo al contenuto dell'art. 323 c.p., non si è trattato di riscrivere per intero la fattispecie incriminatrice, bensì solo di sostituire la locuzione *"norme di legge o di regolamento"*, con l'altra *"specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità"*. Da un lato, quindi, sono stati estromessi dal campo del penalmente rilevante le condotte che consistano in violazioni di regolamenti; dall'altro lato, e in positivo, la novella richiede che l'inosservanza abbia ad oggetto regole specifiche previste in modo espresso da fonti primarie e che non lascino al funzionario pubblico spazi di discrezionalità, dal che si deduce facilmente la volontà del legislatore di ridefinire quanto più possibile il perimetro della fattispecie in questione così da evitare che anche l'inosservanza di norme di principio, quale l'art. 97 Cost., possa essere ricondotta nell'ambito applicativo della norma.

Sulla base di questa linea interpretativa i giudici della Corte hanno ritenuto che vi fosse anche una intrinseca coerenza tra le norme contenute nel decreto-legge, sia dal punto di vista oggettivo e materiale che dal punto di vista funzionale e finalistico. Si legge, infatti, nel testo della sentenza *"l'urgente necessità del provvedere può riguardare...una pluralità di norme accomunate o dalla natura unitaria delle fattispecie disciplinate, ovvero dall'intento di fronteggiare una situazione straordinaria complessa e variegata, che richiede interventi oggettivamente eterogenei, in quanto afferenti a materie diverse, ma indirizzati tutti all'unico scopo di approntare urgentemente rimedi a tale situazione"*.

Ne deriva che, se l'obiettivo delle pur eterogenee disposizioni contenute nel DL 76/2020 è quello di promuovere la ripresa economica del Paese dopo il blocco determinato dall'emergenza pandemica, può giustificarsi la scelta del legislatore di intervenire in una norma quale l'art. 323 c.p. delimitando la portata della condotta penalmente rilevante con l'auspicio che questo intervento consenta ai pubblici funzionari di superare la c.d. *'paura della firma'*, rendendo più agevole ed efficiente l'azione amministrativa.

Si legge, infatti, nel corpo della sentenza, che *"tale collegamento è individuabile- anche alla luce del convincimento espresso dal Presidente del"*

Consiglio dei ministri nel presentare il decreto- nell'idea che la ripresa del Paese possa essere facilitata da una più puntuale delimitazione delle responsabilità. "Paura della firma" e "burocrazia difensiva", indotte dal timore di un'imputazione per abuso d'ufficio, si tradurrebbero, in quanto fonte di inefficienza e immobilismo, in un ostacolo al rilancio economico, che richiede, al contrario, una pubblica amministrazione dinamica ed efficiente".

Proprio quest'ultima esigenza consente di conciliare la modifica normativa attuata con lo strumento del decreto-legge con il requisito della straordinaria necessità ed urgenza che caratterizza la fonte normativa adottata a tal fine.

7. Osservazioni conclusive.

La sentenza in commento, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 23, comma 1, DL 76/2020 (convertito con L. 120/2020), sollevata dal GUP presso il Tribunale di Catanzaro in riferimento all'art. 77 Cost., si pone sicuramente in netta controtendenza rispetto all'orientamento della Consulta espresso tra gli anni ottanta e novanta del secolo scorso in cui si avvertiva la nitida paura che l'uso del decreto legge nella materia penale rappresentasse un potenziale strumento *"per manovre governative...destinate al successo malgrado l'esito negativo del controllo parlamentare"*.¹⁷

Il vecchio orientamento della Corte Costituzionale era supportato anche da un importante filone dottrinale, contrario all'utilizzo della decretazione d'urgenza in materia penale sul presupposto che le scelte politico criminali richiedono ponderazione, attenta valutazione delle tecniche sanzionatorie alternative, mediante prognosi degli effetti positivi e negativi che si possono attendere dall'intervento penale, il che, non solo richiederebbe soltanto l'intervento del Parlamento, ma è del tutto incompatibile con un provvedimento come il decreto-legge, che, dovendo essere adottato in casi straordinari di necessità ed urgenza, si presta, per la sua stessa natura, ad un impiego meno meditato dello strumento penale, dettato proprio dalla necessità di soddisfare l'esigenza del momento.¹⁸

Oggi si assiste sicuramente ad uno scenario completamente diverso ove viene addirittura giustificato l'utilizzo del decreto-legge in una materia così delicata come quella penalistica ed anche per modificare il contenuto di fattispecie penali, invocando la necessità di superare la cd. 'paura della firma' e di arginare quella 'burocrazia difensiva' derivante dall'applicazione della previgente disciplina.

Nello scenario descritto dalla Consulta nella sentenza n. 8/2022 la modifica dell'art. 323 c.p. attraverso un decreto legge viene giustificata, pur all'interno di un coacervo di norme, di varia natura e contenuto, quali quelle previste nel DL 76/2020, in quanto anch'essa finalizzata a consentire il rilancio

¹⁷ Cfr. G. Marinucci-E. Dolcini, Corso di diritto penale, cit., p. 43 e ss.

¹⁸ In tal senso G. Fiandaca-E. Musco, Diritto penale, cit., p. 54.

economico del Paese dopo la crisi economica provocata dall'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del Covid 19; in questo quadro è stato ritenuto che delimitare la portata applicativa di una fattispecie incriminatrice potrebbe consentire ai pubblici funzionari di superare le vecchie resistenze riscontrate nel loro agire, andando così a snellire l'azione amministrativa.

Ad avviso di chi scrive si è in presenza quantomeno di una deviazione dal classico principio "*nullum crimen, nulla poena sine lege*"; infatti, se si ritiene ammissibile che un decreto-legge possa modificare, seppur *in bonam partem*, l'ambito applicativo di una fattispecie penale, invocando la necessità di superare la cd. 'burocrazia difensiva' (obiettivo sicuramente nobile), non può negarsi che, così facendo, il principio di legalità sia stato notevolmente forzato a tal punto da ritenere ammissibili significativi interventi attraverso lo strumento della decretazione d'urgenza.

Sarebbe stato sicuramente più 'ortodosso', anche in riposta ai più recenti interventi giurisprudenziali, che stavano sussumendo nell'area dell'abuso d'ufficio sia condotte consistenti nel c.d. 'sviamento di potere', che quelle concretizzatesi in mere violazioni del principio generale del buon andamento della PA, sollecitare un intervento del Parlamento volto a delimitare e ridefinire i contorni della fattispecie in questione, le cui censure di indeterminatezza sono ben più risalenti nel tempo rispetto all'emergenza pandemica e ai suoi riflessi sul piano economico.

Viene da chiedersi fino a che punto si sia disposti a sacrificare un principio fondamentale come quello sopra enunciato, ovvero '*nullum crimen, nulla poena sine lege*', invocando l'esigenza di raggiungere obiettivi meritevoli, quali, in questo caso, l'efficienza dell'azione amministrativa, con il rischio, tuttavia, di dimenticare che, anche nel caso del reato di abuso d'ufficio, si era in presenza di criticità alle quali il legislatore (*rectius* il Parlamento) avrebbe dovuto porre rimedi