

## **Abrogazione del reato di abuso d'ufficio e affidamento diretto di contratti pubblici: *quid iuris?***

di **Gianmarco Montalto**

**Sommario.** 1. La proposta di abrogazione del reato di abuso d'ufficio. – 2. La tutela penale delle procedure di scelta del contraente gestite dalla P.A. - 3. Abrogazione del reato di abuso d'ufficio: irrilevanza penale dell'affidamento diretto illegittimo.

### **1. La proposta di abrogazione del reato di abuso d'ufficio**

Come noto, con il disegno di legge n. 808 del 23 luglio 2023 a firma del Ministro della Giustizia, Carlo Nordio, e del Ministro della Difesa, Guido Crosetto, tra le altre cose, è stata proposta l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p.. Tale reato, oggetto di plurime modifiche intercorse nel tempo al fine di conferire alla fattispecie astratta maggiore tassatività e determinatezza, in ossequio all'art. 25 della Costituzione, è oggi, in sintesi, volto a sanzionare qualsiasi condotta del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, violando la legge o fonti di rango equiparato dalle quali non residuino margini di discrezionalità ovvero omettendo di astenersi nei casi di conflitto di interesse o astensione previsti dalla legge, procuri intenzionalmente a sé o ad altri un ingiusto vantaggio o, ad altri, un danno ingiusto. Ciò sempreché la condotta posta in essere non integri una più grave fattispecie criminosa prevista dal nostro ordinamento, grazie alla clausola di riserva "salvo che il fatto non costituisca più grave reato".

Le motivazioni sottese alla proposta di abrogazione del reato in questione fanno leva, soprattutto, su:

- un'asserita "inutilità" della norma, evincibile dall'elevatissima percentuale di archiviazioni dei reati di abuso d'ufficio iscritti dalle Procure della Repubblica italiane negli anni 2021 e 2022, nonché al limitatissimo numero di condanne registrato nel medesimo periodo di tempo;
- la considerazione che i reati comuni tendono ad essere puniti più gravemente ove posti in essere con violazione dei doveri connessi all'esercizio di una pubblica funzione;
- l'asserita insussistenza di un vuoto normativo che verrebbe a crearsi, anche grazie alla disciplina di "prevenzione" anticorruzione presente nel nostro ordinamento, finalizzata a prevenire i casi di *malpractice* nella gestione dei pubblici poteri, facendo specifico riferimento all'obbligo di

adottare dei piani di prevenzione della corruzione, all'attività di vigilanza svolta dall'Autorità Nazionale Anticorruzione e alle norme per la "tutela del segnalante", c.d. *whistleblowing*, introdotta nel nostro ordinamento su input dell'UE ormai da qualche anno.

Di contro, a tale impostazione, asseritamente voluta da larga parte della politica, soprattutto locale, anche al fine di scongiurare la c.d. "paura della firma" da parte dei pubblici ufficiali, sono state mosse numerose critiche che, sinteticamente, sono impiegate sulle seguenti considerazioni:

- le motivazioni "statistiche" addotte per sostenere la teoria dell'Inutilità dell'art. 323 c.p. sarebbero fuorvianti, poiché non terrebbero in considerazione che l'attuale fattispecie criminosa è stata oggetto di una parziale *abolitio criminis* operata con l'art. 23 del D.L. n. 76/2020, che ne ha sensibilmente ristretto l'ambito di operatività, col conseguente assorbimento in un'area di irrilevanza penale di condotte precedentemente sanzionate, ciò determinando, inevitabilmente, l'archiviazione dei procedimenti penali precedentemente accesi. In particolare, la nuova formulazione del reato ha escluso la rilevanza penale di violazioni concernenti disposizioni di rango secondario (i regolamenti), nonché la violazione di norme che, seppure di rango primario, lascino "margini di discrezionalità";
- il restringimento dell'area penalmente rilevante operata con la menzionata novella del 2020 ha determinato una notevole diminuzione dei procedimenti iscritti per violazione dell'art. 323 c.p. e, in ogni caso, le notevoli archiviazioni portate quale argomento a supporto della proposta abrogativa denotano, inevitabilmente, anche come non sia certamente il perseguimento del reato di abuso d'ufficio ad "ingolfare" i tribunali penali italiani;
- l'eventuale abrogazione non solo farebbe venir meno la tutela penale del conflitto di interessi, il quale non sarebbe più penalmente sanzionabile, ma contrasterebbe con quanto previsto dai trattati internazionali ratificati dall'Italia (*in primis*, la Convenzione ONU di Merida, che pone una grande attenzione al tema della corruzione "in senso lato"), nonché con il diritto dell'UE, come sottolineato anche dalla stessa Commissione Europea che, mediante il suo portavoce, Christian Wigand, ha infatti sottolineato come le modifiche proposte "depenalizzerebbero importanti forme di corruzione e potrebbero avere un impatto sull'effettiva individuazione e lotta alla corruzione";
- la c.d. "paura della firma" sarebbe un falso problema, considerato che, come noto, la responsabilità penale è personale e che, dunque, i presunti "paurosi" sarebbero dirigenti pubblici dotati di un livello culturale e professionale in virtù del quale essi sarebbero certamente in grado di prefigurarsi in anticipo le conseguenze delle proprie condotte, anche rispetto alla loro possibile rilevanza penale. Parimenti, anche in relazione



a condotte poste in essere in prima persona dai politici, la “paura della firma” non dovrebbe costituire un reale problema, poiché la decisione di adempiere ad un dovere civico, quale quello di ricoprire cariche pubbliche elettive, è intrinsecamente connaturato con una consapevole assunzione di responsabilità; di conseguenza, un politico avveduto dovrebbe assumere l’incarico sapendo di dover servire la collettività “con disciplina e onore” e, dunque, essendo necessariamente in possesso di competenze tecniche adeguate ad un proficuo assolvimento dei propri compiti, anche e soprattutto tenendo una condotta improntata al rispetto delle regole, tantopiù se promananti da fonti di rango primario.

## **2. La tutela penale delle procedure di scelta del contraente gestite dalla P.A.**

Detto quanto precede, si ritiene importante porre l’accento su una delle ricadute – forse poco nota, ma certamente di grande impatto – che la proposta di abrogazione in argomento determinerebbe circa la tutela penale rispetto a condotte difformi da quelle prescritte dal D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, c.d. “nuovo codice dei contratti pubblici”.

Innanzitutto, va ricordato che, secondo un’impostazione ormai fatta propria dal nostro ordinamento fin dal D.lgs. n. 163/2006, poi ripresa dal D.lgs. n. 50/2016 e confermata con il già richiamato D.lgs. n. 36/2023, la disciplina dettata in materia di procedure di scelta del contraente è varia e legata, sostanzialmente, oltre che all’oggetto, all’importo del contratto da aggiudicare.

In particolare, vengono fissate, e periodicamente aggiornate, delle soglie (oggi previste dall’art. 14 D.lgs. 36/2023) al di sotto delle quali sono previste modalità particolari di scelta del contraente, non implicanti, per forza, la necessità di adottare procedure volte ad allargare la platea di concorrenti a tutto il mercato (c.d. “procedure aperte”), bensì procedure idonee a garantire una più celere individuazione degli operatori economici cui affidare servizi, lavori e forniture di cui la PA ha bisogno.

Analogamente ai precedenti codici, al comma 1 dell’art. 50 D.lgs. n. 36/2023 è, infatti, previsto che le stazioni appaltanti pubbliche possono procedere all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 14 con le seguenti modalità:

- a) *affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici...;*
- b) *affidamento diretto dei servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici...;*
- c) *procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini*

*di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro...;*

- d) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno dieci operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14...;*
- e) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14".*

In pratica, per lavori di importo inferiore ad € 150.000,00 e per servizi e forniture di importo inferiore ad € 140.000, è possibile per la stazione appaltante procedere ad affidamento diretto, fermo restando il rispetto dei principi posti alla base del codice, sanciti dagli artt. 1 – 3, tra cui si annoverano quelli di legalità, concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità, trasparenza e proporzionalità, nonché il principio di rotazione, cui viene oggi dedicato l'intero art. 49. Con riferimento, invece, a contratti relativi ad importi superiori, sono previste, alle lettere c), d) ed e), fino a soglie predeterminate, procedure che prevedono obbligatoriamente un preventivo confronto competitivo tra più operatori economici prima dell'aggiudicazione.

Come facilmente evincibile dalla lettura della prefata disposizione, dunque, il Legislatore ha sancito precise modalità di scelta del contraente, il cui mancato rispetto determina una palese violazione di legge. Detto questo, la questione che si pone è se la violazione delle norme in argomento determini o meno l'attribuzione di responsabilità penali e, in caso positivo, per quali reati.

Tale quesito non è di poco conto, poiché, come noto, la sanzione penale è la sanzione massima prevista dal nostro ordinamento, prevedendo restrizioni alla libertà personale. Considerata l'importanza che la materia della contrattualistica pubblica da sempre riveste nel nostro Paese – data l'ingente mole di denaro pubblico spesa per individuare le migliori soluzioni in favore del cittadino – ancora di più oggi, in un periodo di ristrettezze economiche in cui, tuttavia, ci si trova a gestire una immensa quantità di risorse pubbliche quali quelle del PNRR, rispondere affermativamente al quesito in argomento appare scontato. È evidente, infatti, come gli interessi pubblici in gioco siano tanti e tali da implicare necessariamente un'adeguata tutela, anche penale, rispetto alle condotte illecite poste in essere da chi è preposto all'esercizio di pubblici poteri in materia di contrattualistica pubblica, onde garantire al massimo l'efficace ed efficiente perseguimento degli interessi pubblici.

Effettivamente, il Legislatore ha da sempre optato per tale soluzione, introducendo nel nostro ordinamento diverse norme penali atte a sanzionare la violazione di disposizioni di legge concernenti la contrattualistica pubblica e, in particolare, per ciò che interessa in questa sede, le procedure di scelta del contraente. Infatti, all'interno del codice penale, tra i reati contro la pubblica amministrazione e, in particolare, dei privati contro la pubblica amministrazione, sono previste, da molti anni, due fattispecie criminose, sancite dagli artt. 353 e 353-*bis* c.p..

L'art. 353 c.p., rubricato "turbata libertà degli incanti", è una norma più risalente che mira a tutelare la correttezza delle procedure di gara pubbliche, successivamente all'emanazione del bando di gara, sanzionando penalmente<sup>1</sup> con la reclusione da 6 mesi a 5 anni e con la multa da euro 103 a euro 1.032 chiunque impedisca o turbi le gare con violenza, minaccia, doni, promesse collusioni o altri atti fraudolenti.

Al fine di "colmare" il vuoto di tutela penale lasciato da tale formulazione, il Legislatore è intervenuto nel 2010 introducendo l'art. 353-*bis* c.p., rubricato "turbata libertà del procedimento di scelta del contraente". Tale norma è volta a sanzionare chi, come le medesime modalità di cui all'art. 353 c.p., turbi il procedimento di scelta del contraente volto all'emanazione di un bando di gara o atto ad esso "equipollente", così estendendo la tutela penale ad un momento antecedente a quello di indizione della procedura di gara e sanzionare, in tal modo, anche condotte violative delle regole che disciplinano la procedura "a monte" dell'emanazione dell'atto con cui viene indetta a tutti gli effetti la procedura stessa.

In pratica, con tale assetto normativo, viene sanzionata penalmente qualsiasi condotta atta a turbare la procedura di scelta del contraente, sia concernente la fase prodromica all'indizione di una determinata procedura (es. è il caso in cui vengano predisposti bandi di gara valorizzando specifiche caratteristiche tecniche in grado di avvantaggiare, a scapito dei concorrenti, un determinato operatore economico colluso con il pubblico ufficiale preposto alla procedura), sia afferente alla gara vera e propria già pubblicata (es. nel caso di accordo tra pubblico ufficiale ed un gruppo di imprese circa l'offerta da presentare onde avvantaggiare uno specifico operatore economico a danno degli altri).

In merito, tuttavia, si è affermato, ormai costantemente, dal 2022, un orientamento giurisprudenziale che, contrapponendosi nettamente alle pregresse statuizioni della stessa Suprema Corte, ha ridotto la portata applicativa dell'art. 353-*bis* c.p..

---

<sup>1</sup> La sanzione è quella della reclusione da 1 a 5 anni e della multa da euro 516 a euro 2.065 laddove il colpevole sia una persona preposta dalla legge agli incanti o alle licitazioni private.

### **3. Abrogazione del reato di abuso d'ufficio: irrilevanza penale dell'affidamento diretto illegittimo**

Con la sentenza n. 5536/2022 della VI Sez. Pen. della Corte di Cassazione, al quesito *“se il reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente sia configurabile in presenza di un affidamento diretto disposto quale esito della condotta perturbatrice volta ad impedire la gara”*, è stata fornita risposta negativa, enunciando dei principi che la Sezione giudicante ha ritenuto condivisi, come emerso all'esito di apposita riunione indetta, ai sensi dell'art. 47-*quater* del R.D. n. 12/1941 (Ordinamento Giudiziario), proprio per risolvere *“letture disomogenee sull'art. 353-bis c.p.”*. Nella pronuncia in argomento è stata formulata la seguente massima: *“in caso di affidamento diretto, il delitto previsto dall'art. 353- bis cod. pen.: a) è configurabile quando la trattativa privata, al di là del nomen juris, prevede, nell'ambito del procedimento amministrativo di scelta del contraente, una "gara", sia pure informale, cioè un segmento valutativo concorrenziale; b) non è configurabile nelle ipotesi di contratti conclusi dalla pubblica amministrazione a mezzo di trattativa privata in cui il procedimento è svincolato da ogni schema concorsuale; c) non è configurabile quando la decisione di procedere all'affidamento diretto è essa stessa il risultato di condotte perturbatrici volte ad evitare la gara”*.

Nel dettaglio, i Giudici di legittimità sono giunti a tale conclusione partendo dalla considerazione che l'art. 353-*bis* c.p., a differenza dell'art. 353 c.p., non prevede la sanzione di condotte che abbiano ad oggetto l'“impedimento” della gara, ma solo la “turbativa” volta a stabilire il contenuto del bando di gara o di atto ad esso equipollente. Con riferimento a tale ultima nozione, la Suprema Corte ha chiarito che può essere definito “equipollente” un atto che, sebbene non obbligatoriamente “tipizzato”, assolve alle stesse funzioni del bando di gara e, dunque, contenga i requisiti e le modalità di partecipazione degli operatori economici alla competizione<sup>2</sup>, con la conseguenza che *“la condotta di turbamento, per assumere rilievo ai fini della sussistenza del reato previsto dall'art. 353-bis cod. pen., deve innestarsi ed intervenire in un procedimento amministrativo che contempli una qualsiasi procedura selettiva, la pubblicazione di un bando o di un atto che abbia la stessa funzione”*.

Infatti, nella sentenza viene chiarito che *“torsioni interpretative volte a conformare il dato testuale per attribuirgli un significato ulteriore, distinto e più ampio, rispetto a quello desumibile dalla sua immediata lettura”*, configurano una vera e propria interpretazione analogica *in malam partem* (come noto, vietata in diritto penale), cosicché *“la condotta perturbatrice non finalizzata ad inquinare il contenuto del bando - o di un atto ad esso equipollente - ma volta ad impedire la gara attraverso l'affidamento illegittimo diretto dei lavori, è esterna rispetto al perimetro testuale della norma”*.

---

<sup>2</sup> Ossia un atto che detti *“regole, modalità di accesso, criteri di selezione”* e *“che disciplini il modo con cui compiere una comparazione valutativa tra più soggetti”*.

Tale pronuncia è stata seguita, dopo meno di un mese, da un'ulteriore deliberazione del medesimo consesso, la n. 7267/2022 Sez. VI Pen., che ha evidenziato come possano *"ritenersi "equipollenti" al bando di gara sia l'avviso di indizione della gara che l'avviso di preinformazione (art. 59 d. lgs. n. 50 del 2016), ma non la mera determina di affidamento diretto dei lavori. Da ciò consegue, pertanto, che non è configurabile il reato di turbata libertà degli incanti nel caso in cui la pubblica amministrazione addivenga alla scelta del contraente tramite procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando. È bene, tuttavia, precisare che siffatta impostazione ermeneutica non intende affatto attribuire una patente di liceità ad eventuali manovre collusive che abbiano condizionato la scelta del contraente, ma solo escluderle dal perimetro applicativo della norma incriminatrice in esame (art. 353-bis c.p.), potendo eventualmente ravvisarsi gli estremi di altre fattispecie, ricorrendone gli altri elementi costitutivi, oggettivi e soggettivi, quale, ad esempio, il reato di abuso di ufficio".*

Di fatto, dunque, la Suprema Corte, all'esito di un complesso e articolato ragionamento, ha cercato di chiarire in modo dirimente – assumendo un conseguente, coerente orientamento – come eventuali condotte turbative (*rectius*, violenza, minaccia, collusioni, doni, promesse o altri atti fraudolenti), finalizzate a far sì che l'amministrazione pubblica opti per l'aggiudicazione di un contratto con affidamento diretto, indipendentemente dal fatto che tale condotta sia o meno conforme alla legge (es. nel caso di affidamento diretto c.d. "sopra-soglia"), non sempre siano idonee a configurare la fattispecie criminosa sanzionata dall'art. 353-bis c.p. (né, ovviamente, quella di cui all'art. 353 c.p.) potendo, diversamente, dare luogo a fattispecie diverse rilevanti, evidentemente, ai sensi dell'art. 323 c.p..

Infatti, nei frequenti casi che si registrano nella prassi (ad esempio, affidamenti diretti "sopra soglia" ovvero molteplici affidamenti diretti "sotto-soglia" volti a realizzare un artificioso frazionamento dell'importo del contratto onde celarne la non conformità alla legge), la finalità perseguita è proprio quella di favorire persone colluse o, comunque, in accordo con il pubblico ufficiale/incaricato di pubblico servizio che emana l'atto amministrativo di aggiudicazione e, quindi, possono agevolmente ritenersi configurati – e dimostrabili – gli elementi tipici del reato di abuso d'ufficio.

Alla luce di quanto precede, dunque, appare del tutto evidente che, *de iure condito*, un'abrogazione del reato di abuso d'ufficio lascerebbe sguarnito di tutela penale il settore della contrattualistica pubblica in uno dei suoi momenti essenziali, ossia quello della fase di scelta del contraente, che gioca un ruolo fondamentale nel perseguimento degli interessi della P.A. alla ricerca ed individuazione della migliore soluzione per i cittadini e, al contempo, che garantisce agli operatori economici la possibilità di agire, a parità di condizioni, in un sistema concorrenziale. Di conseguenza, appare auspicabile che una scelta legislativa quale quella in argomento venga



seguita da correttivi in grado di trovare una soluzione al vuoto normativo che essa causerebbe, a meno che essa non risponda ad una precisa e consapevole scelta del legislatore, nella convinzione che determinate condotte non siano meritevoli di tutela penale.