

## GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

---

### Abuso d'ufficio - Successione mediata delle norme penali

#### La decisione

#### Abuso d'ufficio - *Abolitio criminis* - Nuovo Codice dei contratti pubblici - Soglie di rilevanza negli appalti

(Artt. 323, 2, co. 2 c.p.; art. 50, co. 1 lett. b) d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36).

*In tema di abuso di ufficio, avendo l'art. 323 c.p. la struttura di una norma prevalentemente in bianco, la condotta può essere identificata soltanto mediante il riferimento alla violazione di leggi concernenti il comparto della pubblica amministrazione, sicché la legge extra-penale finisce con il riempire di senso il precetto penale. Ne consegue che la modificazione della legge la cui violazione è richiesta dal tipo legale dell'abuso d'ufficio reagisce immediatamente sul giudizio di disvalore espresso mediante la posizione della fattispecie. In definitiva, a seguito della riformulazione dell'art. 50 del nuovo codice degli appalti in punto di disciplina dei contratti pubblici, cessa di costituire reato, ex art. 2, comma 2, c.p., la condotta inferiore alla nuova soglia.*

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. VI, 19 aprile 2024 (ud. 7 marzo 2024), n. 16659-DE AMICIS, *Presidente* - DI GIOVINE, *Relatore*

#### Le Colonne d'Ercole dell'abuso d'ufficio alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici: tana libera tutti

Attraverso la pronuncia in esame, il Supremo Collegio ammette la verifica di una *abolitio criminis* "mediata" in virtù della modifica normativa del Codice dei contratti pubblici in punto di appalti cd. sottosoglia, riconoscendo a quest'ultima la funzione di norma extrapenale "realmente" integratrice del precetto penale di cui all'art. 323 c.p.

L'opportunità è stata quella di affrontare il delicato tema dell'abuso d'ufficio per tramite delle "lenti" della successione mediata delle leggi penali, prestando il fianco anche ad alcune riflessioni in ordine alla sempre complessa che caratterizza il rapporto tra formulazione normativa e prassi giurisprudenziale.

Se, da una parte, le criticità di fondo possono considerarsi pacificamente superate in quanto il disegno di legge che abroga l'art. 323 c.p. è stato appena approvato, dall'altra, l'analisi degli argomenti affrontati lascia comunque ampi e sempre attuali interrogativi circa la complessa (e mai doma) problematicità che tormenta la disciplina delle modifiche mediate delle fattispecie incriminatrici, scorgendo all'orizzonte, per di più, scenari non troppo rassicuranti legati al tramonto dell'abuso d'ufficio.

*The Pillars of Hercules of abuse of office in light of the new Code of Public Contracts: olly olly oxen free*

*With the ruling in question, the Supreme Court allows the verification of an 'implied' repeal of a criminal norm by virtue of the legislative amendments to the Code of Public Contracts, concerning so-called 'below-threshold' tenders, acknowledging that such amendment functions as a non-criminal norm that 'concretely' supplements the precept laid down in Article 323 of the Criminal Code.*

*The ruling provided an opportunity to tackle the delicate matter of abuse of office through the 'lens' of implied amendments to criminal laws, thereby also lending itself to certain considerations on the*

*everlasting complexity that characterises the relationship between the letter of the law and judicial practice. If, on the one hand, certain underlying issues can now be considered resolved because the draft law repealing Article 323 of the Criminal Code has just been approved, on the other hand, the analysis of the topics addressed still leads to wide-ranging and ever-relevant questions as to the complex (and untamed) problem that plagues the subject of implied amendments to criminal provisions, with all but reassuring scenarios on the horizon in connection with the decline of abuse of office.*

**SOMMARIO:** 1. La Cassazione penale alle prese con un'importante novità del Codice dei contratti pubblici. – 2. Applicabilità dell'art. 2, co. 2 c.p.: (dis)orientamenti della giurisprudenza a confronto. – 3. Oltre le Colonne d'Ercole: l'abuso d'ufficio ai saluti.

**1. La Cassazione penale alle prese con un'importante novità del Codice dei contratti pubblici.** Con la sentenza in epigrafe, i giudici della Sesta Sezione penale della Corte di Cassazione, muovendo dalla riformulazione del Codice dei contratti pubblici, con specifico riferimento all'art. 50, co. 1 lett. b) d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36<sup>1</sup>, che ha innalzato la soglia per l'affidamento diretto degli

<sup>1</sup> Per un'ampia disamina sul nuovo Codice dei contratti pubblici, si veda CACCIARI-FANIZZA-LOMBARDO-MAZZANTINI, *L'attività negoziale della Pubblica Amministrazione alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di Mazzantini, Roma, 2024. Per un'analisi storico-sociologica, COSMAI-BUONANNO, *La riforma del Codice Appalti*, Roma, 2023, 5 ss., secondo cui «le premesse della riforma risalgono ad alcuni anni prima della crisi pandemica da virus Sars-Cov19 che, in modo dirompente, ha poi finito di svelare l'inadeguatezza del sistema pubblico istituzionale ed il suo scollamento dal Paese e dall'Economia reale, con la sua incapacità di soddisfare in maniera efficiente ed efficace i bisogni della collettività a cui dovrebbe essere preposto. La pandemia, però, prima ancora che affiorasse l'obiettivo di ripensare in maniera sistematica e radicale ad un Codice degli appalti nuovo, realmente snello e di semplice applicazione, che costituirà il fulcro delle riforme abilitanti del futuro Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, ha determinato il Governo [...] anche ad adottare il D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni con L. 11 settembre 2020, n. 120 (cd. decreto semplificazioni)»; si veda inoltre PISCINO, *Le cause di esclusione e gli affidamenti sotto soglia nel Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2024; per una panoramica generale, si rimanda a CHIEPPA-SANTISE-SIMONETTI-TUCILLO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Piacenza, 2023, i quali affermano che «dopo anni di molteplici interventi legislativi, non sempre ben coordinati e caratterizzati dalla continua ricerca di normare il dettaglio, consumando in via legislativa gran parte di quella discrezionalità che le direttive europee riconoscevano invece alle stazioni appaltanti, il nuovo Codice persegue l'obiettivo di disegnare un quadro di regole chiaro e stabile, aderente ai principi portanti del diritto euromunitario e proiettato verso la realizzazione di politiche di rilancio produttivo del Paese, stimolando la crescita delle imprese e l'efficienza delle stazioni appaltanti, chiamate a esercitare i nuovi spazi di discrezionalità ora riconosciuti anche sulla base dei principi generali contenuti nel Codice»; sul tema anche BRUNO-MARIANI-TOMA, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Torino, 2023; CANAL, *Codice dei contratti pubblici. Applicazione pratica ad un anno della sua entrata in vigore*, 2024. Interessante quadro generale quello fornito da CARINGELLA, *La filosofia del nuovo codice dei contratti pubblici e il coraggio del cambio di paradigma*, in *Manuale dei Contratti Pubblici*, a cura di Carbone-Caringella-Rovelli, Roma, 2024, il quale osserva che «[...] il nuovo codice è uno strumento autoesecutivo e autosufficiente, un congegno autarchico, un giocattolo capace di lavorare da solo, grazie anche al valore interpretativo e operativo dei principi generali. Non ha bisogno di rinvii esterni, vista l'inclusione negli allegati delegificabili delle norme di esecuzione. Il nuovo codice è un

appalti, hanno escluso dal fuoco applicativo del reato di abuso d'ufficio tutti gli atti compiuti in relazione a procedure pubbliche collocabili al di sotto di tale nuova soglia di valore, quand'anche posti in essere nel vigore della previgente disciplina.

In sostanza, il ragionamento seguito dal Supremo Collegio ammette la verifica di una *abolitio criminis* "mediata" in virtù della modifica normativa del Codice dei contratti pubblici in punto di appalti cd. sottosoglia, riconoscendo a quest'ultima la funzione di norma extrapenale "realmente" integratrice del precetto penale di cui all'art. 323 c.p.<sup>2</sup>.

Ciò posto, prima di analizzare le questioni – non prive di criticità – che l'organo nomofilattico ha affrontato nel proprio *iter* argomentativo, si ritiene utile svolgere una breve ricognizione delle fasi salienti della vicenda, di modo da poter meglio comprendere l'effettivo approdo degli scenari disvelati.

La Corte d'Appello di Bari confermava la condanna emessa dal Tribunale nei confronti di un amministratore unico di una società *in house* per il reato di abuso d'ufficio, giacché, secondo quanto statuito dai giudici di merito, il ricorrente aveva sottoscritto un contratto di consulenza legale con un avvocato, qualificato nelle more come appalto di servizi, per un ammontare complessivo che eccedeva il tetto di euro 40.000, limite previsto per i contratti sottosoglia antecedentemente all'entrata in vigore del nuovo Codice degli appalti, senza far precedere la sottoscrizione dalla relativa procedura ad evidenza pubblica.

Investiti del ricorso dell'imputato, l'interrogativo che si sono posti i giudici di legittimità concerneva appunto la perdurante configurabilità dell'abuso d'ufficio, sotto il versante della condotta e, nello specifico, della violazione di legge, a valle della recente modifica che ha interessato il tessuto normativo extrapenale richiamato dall'art. 323 c.p.

Letto in filigrana, l'assunto su cui ha fatto leva la Suprema Corte è rappresentato dal fatto che la modifica della soglia economica che legittimamente consente l'accesso alla procedura di conferimento del servizio attraverso la modalità dell'affidamento diretto fa venire meno il reato di abuso d'ufficio avendo

---

codice, è uno, unico, caratterizzato da un filo rosso che unifica tutte le parti e tutte le norme, il risultato di un meccanismo normativo perfetto e autonomo: una novità clamorosa e sconvolgente per un Paese in cui, come insegna Flaiano nel suo meraviglioso *Diario degli errori*, il vero rivoluzionario è chi rispetta la legge». Infine, per quanto riguarda i profili penalistici del nuovo Codice, SESTIERI, *Profili di applicazione penalistica*, in *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Torino, a cura di Botto-Castronvini Zenna, 2024, 1791 ss.

<sup>2</sup> In questi termini, SCARCELLA, *Non più configurabile il reato di abuso d'ufficio in caso di appalto di servizi "sotto-soglia"*, in *www.altalex.com*, 13 maggio 2024.

riguardo a tutte quelle condotte che si pongono oggi al di sotto della soglia, con conseguente applicazione retroattiva degli effetti favorevoli a tutti i procedimenti in corso di causa<sup>3</sup>.

Si badi evidenziare che, attraverso la pronuncia in commento, la Cassazione ha avuto l'opportunità di affrontare il delicato tema dell'abuso d'ufficio pel tramite delle "lenti" della successione mediata delle leggi penali, prestando il fianco anche ad alcune riflessioni in ordine alla sempiterna complessità che caratterizza il rapporto tra formulazione normativa e prassi giurisprudenziale, ciò che autorevole dottrina – *bon gré mal gré* – definiva emblematicamente «la grande fantasia che ci proviene dal reale»<sup>4</sup>.

Ad ogni modo, quantunque le criticità di fondo sottese alla sentenza in esame possono considerarsi pacificamente superate in quanto il disegno di legge che abroga l'art. 323 c.p. è stato appena approvato, l'analisi degli argomenti affrontati lascia comunque ampi e sempre attuali interrogativi circa la complessa (e mai doma) problematicità che tormenta la disciplina delle modifiche mediate delle fattispecie incriminatrici, scorgendo all'orizzonte, per di più, scenari non troppo rassicuranti legati al tramonto dell'abuso d'ufficio<sup>5</sup>.

*2. Applicabilità dell'art. 2, co. 2 c.p.: (dis)orientamenti della giurisprudenza a confronto.* Lungo il *fil rouge* appena illustrato e tralasciando per il momento gli snodi critici sottesi alla «tormentata storia normativa»<sup>6</sup> che ha caratterizzato la fattispecie criminosa dell'abuso d'ufficio, si rende opportuno esaminare l'interrelazione tra quest'ultima e la disciplina della successione mediata delle norme penali.

<sup>3</sup> Sul punto, SCIARRA, *Brevi note in tema di abuso d'ufficio e successione mediata di leggi penali*, in *Riv. pen. n. 6/2024*.

<sup>4</sup> Sia consentito rimandare al contributo di RUGGIERO, *La riforma dell'abuso d'ufficio. Atti del convegno di Biella, 16 aprile 2021*, a cura di Ruggiero, Pisa, 2022, 8, che attribuisce la definizione a GALLO e SINISCALCO.

<sup>5</sup> In data 10 luglio 2024 la Camera dei deputati ha approvato definitivamente il disegno di legge Nordio con 199 voti a favore, 102 contrari e nessun astenuto. Il tema dell'abuso d'ufficio alla luce della sentenza in esame è stato autorevolmente affrontato nei giorni scorsi anche da GATTA, *Abuso d'ufficio, nuovo Codice degli appalti e innalzamento della soglia per gli affidamenti diretti: abolitio criminis?*, in *www.sistemapenale.it*, 2024, 6.

<sup>6</sup> Così, ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, Torino, 2005; si veda per tutti RAMPIONI, *La tormentata parabola storica della fattispecie di abuso d'ufficio. Le interpretazioni-applicazioni demolitive del nuovo tipo legale. Il nodo gordiano del cd. sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa*, in *Diritto di Difesa*, 2022; anche GENTILE, *La tormentata storia dell'abuso d'ufficio: evoluzione normativa, derive attuali e criticità sistemiche*, in *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, a cura di Castaldo, Torino, 2018, 139.

Come noto, l'individuazione degli effetti successori da accordare ai mutamenti legislativi che non interessano immediatamente la fattispecie incriminatrice, quanto gli elementi normativi a vario titolo – realmente o apparentemente – presupposti o richiamati ad integrazione dalla stessa, costituisce uno dei temi più controversi della letteratura penalistica<sup>7</sup>.

Difatti, il *punctum dolens* attorno a cui ruotano le maggiori criticità ermeneutiche e, conseguentemente, applicative risiede proprio nella difficoltà di comprendere i casi nei quali la norma extrapenale sia idonea ad incidere – mediamente – sulla fattispecie astratta, considerato che il fenomeno abolitivo di cui all'art. 2, co. 2 c.p. viene in rilievo nel solo caso in cui la norma extrapenale di riferimento svolga una funzione integratrice del precetto, capace di alterarne i tratti somatici propri, facendo così venire meno il giudizio legislativo e sociale di disvalore della relativa condotta *sub iudice*.

Ciò posto, come anche sottolineato dalla più autorevole dottrina, le norme integratrici sono tali allorché «perimetrino l'area di tipicità dell'illecito in quanto contribuiscano a delineare la definizione stessa di reato ed a incorporare a vario titolo il precetto»<sup>8</sup>, essendo esse stesse ontologicamente e logicamente predisposte a riempire di significato la fattispecie precettiva, con conseguente applicazione della regola sancita all'art. 2, co. 2 c.p.

Per contro, la modifica sopravvenuta che si limiti a mutare un elemento normativo richiamato dalla fattispecie *sic et simpliciter* e che non si riverberi sul nucleo essenziale del reato, non determinando alcuna incisiva modifica della struttura dell'incriminazione, costituisce al più un mero presupposto di fatto,

---

<sup>7</sup> Sull'integrazione normativa come problema di diritto penale si veda quanto acutamente osservato da GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008, 115 ss., secondo il quale «l'integrazione normativa pone, essenzialmente, un problema che riguarda la *struttura* della norma penale. Occorre individuare le norme penali che attendono di essere completate da altre norme o, in altra prospettiva, le norme (integratrici) che completano le norme penali bisognose di integrazione. È un problema *comune* ad almeno tre fondamentali capitoli della parte generale del diritto penale: quello della *riserva di legge* (cioè delle *fonti*); dell'*errore di diritto* e della *successione di leggi*. La presenza nell'ordinamento di norme penali integrate da altre norme pone, in ciascuno di questi ambiti, il problema della *disciplina* da riservare alle norme integratrici. L'interprete è chiamato ad individuare le norme integratrici della legge penale e a stabilire se queste, proprio in quanto tali, debbono o meno essere *trattate come se fossero norme penali*»; Ancora GATTA, *Concorsi pubblici "turbati": per la Cassazione è configurabile l'abuso d'ufficio ma non la turbativa d'asta: un esemplare caso di vuoto di tutela che si prospetta con l'abrogazione dell'art. 323 c.p.*, in *Sist. pen. n. 6/2023*, si veda poi DE FRANCESCO, *La riforma della giustizia e gli stratagemmi della politica*, in *Leg. pen. n. 7/2023*.

<sup>8</sup> Sul punto, CHIBELLI, *La successione "mediata" delle norme penali e il delitto di usura: disorientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. pen. cont.*, 2017; per un'ampia disamina sul tema anche GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008, 244.

volto esclusivamente a conferire una maggiore specificazione della fattispecie precettiva, non dispiegando, pertanto, alcun effetto partecipativo sulla natura penale del fatto pregresso né sul disvalore del medesimo<sup>9</sup>.

Ebbene, per quel che qui maggiormente rileva, stante l'assenza di criteri legislativi univoci per riconoscere il fenomeno abolitivo, sono stati forgiati degli indicatori di guida da parte di talune pronunce delle Sezioni Unite che hanno affrontato *ex professo* la questione<sup>10</sup>.

Al riguardo, secondo quanto statuito dall'organo nomofilattico nella sua composizione più autorevole, l'indagine sugli effetti penali della successione di leggi extrapenali va eseguita facendo precipuo riferimento alla fattispecie astratta e non al fatto concreto, sicché, ai fini dell'accertamento dell'*abolitio criminis*, viene prescelto il criterio formalistico-strutturale.

Dunque, l'interprete designato a ricostruire l'ordito normativo da cui muovere le fila per riconoscere la natura integrativa della norma deve procedere ad un confronto strutturale tra le fattispecie legali astratte poste in successione, verificando che la norma extrapenale sia in grado di incidere su un elemento essenziale della fattispecie astratta, non essendo significativa di per sé una differente situazione di fatto che da quella norma consegue<sup>11</sup>.

Del resto, l'accoglimento di un criterio di tipo astratto non costituisce una monade isolata, ben attagliandosi all'interno di quel filone giurisprudenziale volto a prediligere, al fine di salvaguardare la certezza e la conoscibilità delle decisioni, parametri formali rispetto a quelli più propriamente valutativi che, imperniandosi su giudizi per natura incerti e opinabili, finirebbero per dilatare a macchia d'olio lo spettro della discrezionalità giudiziaria, ponendo un insana-  
bile contrasto con il principio di legalità sostanziale<sup>12</sup>.

Ora, nonostante gli sforzi compiuti dalle Sezioni Unite nella cristallizzazione di un chiaro riferimento in tal senso, non ci si può esimere dall'osservare come

<sup>9</sup> Si veda MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006, 204; anche DE FRANCESCO, *Principi di garanzia e direttive sistematiche nello scenario della successione di leggi penali: le cd. modifiche mediate*, in *Leg. pen.*, 2021.

<sup>10</sup> Il riferimento, naturalmente, è alla sentenza Magera (Cass., Sez. un., 27 settembre 2007, n. 2451) che richiama il criterio strutturale-formale già enunciato, rispetto alla successione diretta, dalla sentenza Giordano del 2003; alla sentenza Niccoli (Cass., Sez. un., 28 febbraio 2008, n. 19601) e, infine, alla sentenza Rizzoli (Cass., Sez. un., 12 giugno 2009, n. 24468).

<sup>11</sup> Così, GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2010, 7.

<sup>12</sup> Sul punto si richiama l'insegnamento di PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 1362.

tale criterio sia stato passibile di applicazioni talvolta discutibili e foriere di contraddittoria interpretazione da parte del diritto vivente.

Sul punto, preme evidenziare che è proprio con riferimento all'applicabilità del principio di retroattività *in melius* dinanzi a modifiche mediate della norma che si registrano i più vivi contrasti esegetici: nella prassi giurisprudenziale sono emerse soluzioni interpretative sempre più poliedriche, sovente legate anche alla specificità delle fattispecie incriminatrici sottoposte al vaglio delle Corti.

2.1. Ebbene, volgendo nuovamente l'attenzione al fenomeno dell'*abolitio criminis* più generalmente inteso, non può non rilevarsi come la pronuncia in esame si sia posta in un'ottica apparentemente antitetica rispetto ad un altro recentissimo approdo del Supremo Collegio sul tema<sup>13</sup>.

Nello specifico, il filone giurisprudenziale da ultimo indicato, sulla scia di numerose altre pronunce di legittimità del panorama giuridico dell'ultimo ventennio, muovendo dall'assunto secondo cui la violazione di legge nell'ottica del reato di abuso d'ufficio vada intesa quale mero presupposto di fatto del paradigma normativo, il cui contenuto non perfezionerebbe affatto la fattispecie incriminatrice, è giunto ad affermare che l'integrazione del reato deve essere considerata con specifico riferimento alla sussistenza del presupposto fattuale, *id*

<sup>13</sup> Il riferimento è a Cass., ord., sez. VII, 29 gennaio 2024, n. 3544 che tratta una vicenda fattuale avente ad oggetto la medesima tematica della sentenza in commento (abuso d'ufficio alla luce del nuovo Codice degli appalti), ove si osserva, tra le altre cose, che «il dato oggettivo della violazione di legge rappresenta semplicemente un presupposto di tipo fattuale, necessario per l'integrazione del paradigma normativo dell'abuso d'ufficio; il contenuto della norma violata, però, non viene pedissequamente trasfuso all'interno della figura tipica e non diviene, quindi, elemento integrativo del precetto. Il contenuto della regola extrapenale e, consequenzialmente, la sussistenza di tale requisito di fatto devono essere parametrati, pertanto, alla conformazione che tale norma presentava, allorquando venne realizzata la condotta violata; un'eventuale modifica della normativa richiamata dal modello legale ex art. 323 c.p. (art. 50 d.lgs. n. 36/2023) che temporalmente si collochi in epoca posteriore, rispetto al *tempus commissi delicti*, quindi, non comporta l'operatività del fenomeno della successione di leggi penali nel tempo, di cui all'art. 2, comma 2, c.p. La nuova veste assunta dalla normativa richiamata, in effetti, non determina l'ingresso – nel perimetro valutativo del giudice – di una difforme considerazione del fatto tipico astrattamente delineato, né della valenza dello stesso in termini di anti-giuridicità, rimanendo invece intonso il presupposto della violazione di legge. La rimodulazione normativa della norma extrapenale richiamata, infatti, si riverbera, nel caso singolo, sulla futura applicazione in concreto della medesima norma incriminatrice. L'applicazione della disciplina dettata dall'art. 2 c.p., con il correlato recupero della *lex mitior*, invece, postula che la norma extrapenale richiamata dal modello legale risulti in quest'ultimo incamerata, così diventandone parte strutturale; solo in tal caso, il mutamento della regola richiamata – e l'applicazione della stessa alla nuova formulazione – può portare a ritenere non integrato il reato, ovvero a reputare che lo stesso risulti concretizzato in modo più favorevole al reo».

*est* violazione di legge, al momento di commissione del fatto, non rilevando i successivi mutamenti valutativi che vengono a porsi nella prassi<sup>14</sup>.

Per tale via, nel caso di sopravvenuta modificazione della stessa norma (extrapenale) richiamata dalla fattispecie, non può trovare applicazione la disciplina sancita all'art. 2 c.p., giacché l'intervento novativo non introduce una diversa valutazione in termini di tipicità del fatto già realizzatosi, in quanto il mutamento di una disposizione extrapenale si riflette *tout court* sulla sola futura applicazione della norma penale, sicché la violazione di legge integrante il parametro normativo dovrà essere da quel momento ricalibrata alla luce della nuova regola introdotta.

Senonché, tale orientamento sembrerebbe essere stato sconfessato dalla soluzione a cui è pervenuta la sentenza in commento che, pronunciandosi in termini contrari a quelli appena citati, ha concluso per l'irrilevanza penale del fatto ai sensi dell'art. 323 c.p. alla luce della riforma del Codice degli appalti.

A ben vedere, difatti, secondo l'opposto ragionamento adottato dalla Corte, a seguito della riformulazione dell'art. 50, co. 1 d.lgs. n. 36/2023, ha cessato di costituire reato ai sensi dell'art. 2, co. 2 c.p. la condotta inferiore alla nuova soglia di riferimento: il legislatore, ampliando il valore dell'affidamento diretto dei servizi dal limite inizialmente previsto di 40.000 a 140.000 euro, ha reso di per sé lecito il raggio d'azione di talune condotte che in precedenza potevano essere punite a titolo di abuso d'ufficio.

Sotto un profilo più marcatamente sostanziale, i giudici *a quibus*, focalizzando il tema centrale del proprio *iter* argomentativo sulla necessità di riconoscere alla disciplina del Codice degli appalti la funzione di normativa extrapenale integratrice del precetto, hanno fornito un'ulteriore chiarificazione ammettendo come tale intervento normativo definisca il nucleo essenziale di disvalore del fatto, con conseguente applicazione della regola codicistica di cui all'art. 2, co. 2 c.p.

Al di là dei problemi dogmatici che inevitabilmente richiamano le soglie "esterne" di valore, occorre notare come la soluzione avallata dalla Corte nel caso di specie abbia preso a riferimento quell'opzione ermeneutica che considera la natura delle soglie quali elementi costitutivi del reato, avendo riguardo alla dimensione applicativa del fatto nella sua tipicità e pertanto capaci di

---

<sup>14</sup> In senso conforme anche Cass., Sez. VI, 15 gennaio 2003, n. 10656; Cass., Sez. VI, 7 aprile 2005, n. 18149.



contribuire a delineare il giudizio di disvalore su cui si innerva da ultimo la scelta politica criminale del legislatore<sup>15</sup>.

La decisione a cui è pervenuta la Suprema Corte con la pronuncia in commento non convince appieno per taluni ordini di motivi.

Anzitutto, sebbene la modifica normativa alla disciplina del Codice dei contratti pubblici abbia inciso sul meccanismo quantitativo di determinazione della soglia limite per l'affidamento diretto degli appalti, estendendo di fatto l'area del penalmente lecito, non può non evidenziarsi la natura contingente e accidentale di tale elemento, destinato a variare anche con riferimento a valutazioni di carattere economico-finanziario, sicché tale novazione non pare potersi riflettere in alcun modo sulla struttura della norma penale<sup>16</sup>.

Ragionando diversamente, infatti, si finirebbe con l'assegnare rilevanza a tutti quegli elementi – qualitativi o quantitativi – per natura discrezionali e mutevoli, con la conseguenza che ciò che oggi non è travolto da *abolitio criminis* potrebbe esserlo domani, determinando così un insanabile *vulnus* in termini di tutela sia degli interessi privatistici che di quelli pubblicistici.

In altre parole, l'accertamento della sussistenza di una *abolitio criminis* non potrebbe sorgere automaticamente solo perché si constati che il fatto concreto che precedentemente era punibile, non lo sarebbe più alla luce del mutamento di una norma o di altra fonte giuridica extrapenale, giacché tale indice

<sup>15</sup> Per una riflessione sul tema, si veda PENCO, *Soglie di punibilità ed esigenze di sistema*, in *Studi di diritto penale costituzionale ed europeo*, Torino, 2023, 370 s., il quale afferma che «l'intervento modificativo di soglie esterne, siano esse contenute in un'altra disposizione di legge ovvero in fonti di rango sublegislativo alle quali la norma incriminatrice faccia rinvio, evoca il tema della successione di norme *lato sensu* integratrici; a fronte infatti dell'esternalizzazione del parametro quantificante, l'eventuale modifica volta ad incidere su quest'ultimo non si riverbera in modo *diretto* sulla struttura della fattispecie incriminatrice, la quale viene piuttosto interessata in via soltanto *mediata*, subendo un vero e proprio "avvicendamento interno" a fronte del quale occorre verificare l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 2 c.p. Il tema delle soglie viene così a intrecciarsi con una questione, quella relativa alla successione mediata di leggi penali, oltremodo complessa, a fronte della quale tuttavia dimostra ancora una volta la sua portata risolutiva l'opzione volta a riconoscere ai limiti ponderali di fattispecie la natura di *essentialia delicti*, compartecipi dell'offesa penale e significanti il disvalore del fatto. In questo senso, nella prospettiva di verificare la sussistenza di un fenomeno effettivamente successorio, si rivela utile indagare i riflessi dell'intervento extrapenale che abbia ad oggetto le soglie in relazione a tre piani distinti, ciascuno dei quali autonomamente valorizzato nelle diverse ricostruzioni ermeneutiche relative alla successione di leggi *lato sensu* integratrici: il piano del *fatto storico*; quello della *ratio di tutela* della norma penale; e quello della *fattispecie astratta* e del *relativo giudizio di disvalore*».

<sup>16</sup> In tale prospettiva, benché il dettato normativo dell'abuso d'ufficio presenti evidenti profili di incertezza polisemica, dovuti ad una formulazione evanescente, sembra comunque potersi riconoscere piena intellegibilità al requisito della "violazione di legge" che va ad integrare il paradigma normativo di cui all'art. 323 c.p., a prescindere che successivamente alla commissione del fatto possa venire in essere una modifica normativa richiamata dalla fattispecie criminosa.

rappresenta un punto di partenza da cui muovere per l'interprete, il quale deve stabilire quale sia il ruolo svolto dalla norma extrapenale, potendo concludere per il fenomeno abolitivo solamente a patto che alla modificazione di tale fonte extrapenale corrisponda "mediatamente" la modificazione della norma astratta, essendo il fatto sotteso (che rileva ai fini abolitivi) esclusivamente quello descritto astrattamente e non quello realizzato concretamente<sup>17</sup>.

3. *Oltre le Colonne d'Ercole: l'abuso d'ufficio ai saluti*. Si potrebbe ipotizzare come possibile chiave di lettura dell'inusuale pronuncia in esame quella della volontà giurisprudenziale di conformarsi all'avvenuta abolizione dell'abuso di ufficio, che si è affacciata tanto cautamente, quanto minacciosamente all'orizzonte e di cui potrebbe essere comunque opportuno tratteggiare le questioni maggiormente rilevanti che ne hanno sancito l'espunzione.

In effetti, la fattispecie criminosa dell'abuso d'ufficio è stata al centro di un fervido dibattito giurisprudenziale e dottrinario che non ha mai accennato a sopirsi, dacché tra i temi più delicati che hanno arrovelato nell'ultimo periodo gli studiosi di diritto penale (e non) è figurata proprio la questione concernente la riforma dell'abuso d'ufficio in un'ottica puramente abrogativa.

Senza entrare nel dettaglio, l'evoluzione normativa che negli anni ha caratterizzato la fattispecie *de qua*, norma di chiusura del sistema dei delitti contro la Pubblica Amministrazione nonché condizione e limite al sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa, non è riuscita nell'intento, tanto auspicato, di arginare la debolezza strutturale che sin dagli albori caratterizza la disciplina<sup>18</sup>.

Come autorevolmente messo in luce dalla dottrina, difatti, ci si trovava dinanzi ad una fattispecie incipite che mostra una fisionomia complessa ed a tratti cangiante, effetto dei continui (a volte eccessivi) interventi legislativi di riforma oltre che di un incessante (spesso tormentoso) tentativo di specificazione da parte del diritto vivente<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Si veda per tutti quanto autorevolmente sostenuto da BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminali. Strumenti e percorsi per uno studio avanzato*, Torino, 2019, 416 ss.

<sup>18</sup> Per una panoramica, ZANIOLO, *Abuso d'ufficio: a che punto siamo?*, in *Pen. dir. e proc.*, 2024; INFANTE, *L'abuso di ufficio anche in chiave di possibile riforma*, a cura di Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, 2022; in maniera approfondita anche PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in *Leg. pen.*, 2020, 17.

<sup>19</sup> MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, in *Itin. dir. pen.*, Torino, 2019, 1 ss., secondo cui «[...] come tutti i territori di frontiera è dunque quasi fisiologico che esso rappresenti un terreno di contrasti, se non addirittura di scontro. Il problema è, appunto, dove passa il confine, come stabilire fin dove possa spingersi lo scrutinio del giudice penale e dove cominci il limite imposto dal tipo legale. Il problema è

Benché la direzione intrapresa dai diversi legislatori sia sempre stata a senso unico, ovvero quella di “soffocare” progressivamente la latitudine applicativa della fattispecie, è soltanto con l'intervento riformatore del 2020 che lo spazio vitale (quantomeno teorico) della norma ha subito un sensibile ridimensionamento, il cui anelito di fondo, in ossequio ad una vera e propria rivoluzione copernicana, è stato orientato nella pur sempre apprezzabile direzione volta ad arginare eventi paralizzanti inscindibilmente collegati al fenomeno della cosiddetta “amministrazione difensiva”, in netto contrasto con gli obiettivi di matrice comunitaria di ripresa economica del Paese<sup>20</sup>.

Ed è proprio in un contesto sociale ove l'attività amministrativa non si distingue affatto per efficienza e speditezza, che si nota come il dettato legislativo dell'abuso d'ufficio non abbia raggiunto né l'obiettivo di tutelare il funzionario da iniziative giudiziarie pretestuose e imprevedibili né, men che meno, quello di garantire una soglia di tutela dell'azione pubblica quanto più omogenea e compatta possibile, riuscendo così nell'arduo compito non solo di appesantire il sistema giudiziario, ma anche di infliggere un notevole fardello sugli operatori pubblici sempre più di frequente esposti alla gogna mediatica.

Senza contare che non può neppure sottacersi il dato per cui il clima di generale insoddisfazione legato alla recente formulazione è stato reso ancor più teso a causa del rapporto antinomico che vigeva tra il restringimento della tipicità del dettato normativo perseguito dal legislatore, da un lato, e l'ampliamento interpretativo delle maglie che ne ha fatto la giurisprudenza, dall'altro, che ha preparato il terreno per un implicito quanto preoccupante scontro tra titani<sup>21</sup>.

---

aggravato dal fatto che il reato di abuso d'ufficio, nonostante abbia costituito oggetto di ripetuti interventi riformistici, non è a tutt'oggi riuscito ad assumere un volto ben definito, così da consentire una applicazione giudiziaria sufficientemente certa e univoca. Ciò determina incertezze anche nella fase iniziale delle indagini giudiziarie, con la ricorrente emersione della preoccupazione che esso possa essere in alcuni casi impropriamente utilizzato come pretesto per avviare inchieste anche sulla base di sospetti molto labili o per assecondare la tentazione di esercitare forme di indebita ingerenza giudiziaria nell'attività politico amministrativa, che, *a posteriori*, si rilevano non di rado prive di reale giustificazione. Ciò è del resto comprovato dai dati statistici, che attestano un rilevante scarto fra il numero delle denunce presentate e quello delle condanne effettive»; si veda per tutti anche PELISSERO, *L'instabilità dell'abuso d'ufficio e la lotta di sumo*, in *Dir. pen. proc.*, 2023.

<sup>20</sup> D.l. 16 luglio 2020, n. 76, intitolato alle «Semplificazioni», che per mezzo dell'art. 23 ha modificato la norma di cui all'art. 323, comma 1, c.p., già integralmente riformulata dall'art. 1 l. 16 luglio 1997, n. 234. Illuminante in tal senso il contributo di PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen.*, 2020, 12; sul punto anche ROMANO, *Il “nuovo” abuso d'ufficio e l'abolitio criminis parziale*, in *Pen. dir. proc.*, 2021.

<sup>21</sup> Per un'icastica immagine, si veda quanto affermato da MANNA, *I continui giri di valzer tra legislatore e giurisprudenza in tema di abuso d'ufficio: un addio alla tassatività?*, in *La riforma dell'abuso d'ufficio. Atti del convegno di Biella del 16 aprile 2021*, cit., 123, secondo cui nel quadro normativo di riferimento

Ciò posto, va da sé che la limitazione di campo dell'abuso d'ufficio ha gettato le basi per esaminare due questioni, la cui risoluzione è divenuta un passaggio imprescindibile sia che si avallasse la soluzione "abrogativa" che quella più propriamente "conservativa": la prima, riguardava il nuovo volto dell'abuso d'ufficio e la sua - residua - utilità pratica nel tessuto politico criminale di riferimento; la seconda, concerneva gli spazi non più ricoperti dal perimetro applicativo dell'abuso d'ufficio e ricadenti sotto la lente di altre - più gravose - fattispecie incriminatrici.

Ora, è di pochi giorni fa la notizia che la Camera ha definitivamente approvato il disegno di legge (d.d.l. n. 808/2023) avente ad oggetto la proposta, a firma del Ministro della Giustizia Carlo Nordio, di abrogazione secca dell'art. 323 c.p., rendendo manifesta la volontà di una risoluzione drastica del fenomeno in esame.

Innanzitutto, disquisire in termini di abrogazione significa fare i conti con gli effetti - diretti ed indiretti - che tale fenomeno genererà sul sistema, per il solo fatto che restituire all'area del penalmente lecito talune condotte precedentemente passibili di sanzione determina, tra le altre cose, un'inesorabile ricaduta pratica che merita di essere attenzionata.

In questo senso, secondo i fautori dell'opzione abrogativa, determinati nel voler porre un freno all'ipertrofia dei confini del diritto penale per mano di un atteggiamento sempre più diffuso di solipsismo giudiziario degli ultimi tempi, l'abuso d'ufficio non esplicava più un'utilità pratica tale da non poter essere sacrificata per altre e più alte esigenze di sistema, quali, ad esempio, il superamento degli effetti devianti legati al fenomeno della famigerata "paura della firma", con la conseguenza che il sistema economico e la macchina giudiziaria correranno più spedito senza l'abuso d'ufficio.

Ciò posto, tra gli argomenti a favore di una abrogazione secca anche quelli che hanno fatto leva sul numero di procedimenti penali che, nonostante le plurime riformulazioni normative, ha continuato ad espandersi a macchia di ghepardo (con tutti i danni collaterali che ha implicato il "can-can" mediatico sia in termini di immagine che di reputazione), specie se rapportato alla marginale (quasi trascurabile) conta delle condanne che ne sono discese, palesando in

---

«i rapporti, in relazione al delitto d'abuso d'ufficio, tra legislatore e giurisprudenza, assomigliano metaforicamente a continui giri di *valzer*, magari in uno stadio del ghiaccio, ove il legislatore rappresenta il ballerino e la giurisprudenza la ballerina, che spesso si allontana, pattinando, dal suo partner, che ogni volta cerca di riprenderla a sé. In questo quadro la dottrina funge paradossalmente da arbitro, per cui talvolta fischia delle irregolarità alla ballerina e, talvolta, invece lo fa nei confronti del ballerino».

definitiva quell'idea secondo cui la fattispecie in esame ha rappresentato un reato "onnivoro" idoneo ad inglobare a sé qualsivoglia devianza del potere pubblico, anche quando assai distante dalla relativa tipizzazione legislativa<sup>22</sup>.

Sotto l'opposto versante, invece, coloro i quali si sono schierati promotori di una visione "conservativa", contrari all'abrogazione del reato per motivi non prescindibili né obnubilabili anche in ragione degli interessi tutelati dalla fattispecie, considerate le poco rassicuranti ricadute pratiche soprattutto in termini di sostanziale impunità.

Sul piano evolutivo, secondo tale orientamento, l'abolizione del reato di abuso d'ufficio determinerà concrete frizioni operative sul piano della lotta alla corruzione secondo quanto disposto in ambito sovranazionale e pattizio<sup>23</sup>, rappresentando l'abuso d'ufficio una norma miliare a tutela dell'integrità e del buon andamento della pubblica amministrazione in numerosi altri ordinamenti europei.

In aggiunta a tali rilievi, l'opzione abrogativa presta il fianco ad uno spinoso vuoto di tutela in grado di determinare, oltre alla veicolazione di un messaggio concettualmente effimero, la reviviscenza di fattispecie penali più gravi che andranno a sopperire all'espunzione dell'abuso d'ufficio per cui, a volersi porre nell'ottica dei fautori dell'abolizione, la toppa rischierebbe di essere peggiore del buco<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> In questi termini, ZANIOLO, *Abuso d'ufficio: a che punto siamo?*, in *Pen. dir. proc.*, 2024, il quale criticamente osserva che «[...] taluni studiosi, tuttavia, interpretano questi dati in senso positivo, evidenziando che la discrepanza fra il numero dei procedimenti e le relative condanne sia sintomo di una nuova effettiva capacità di filtro da parte del giudice penale e delle procure, sulla scorta della recente formulazione del reato. Tale considerazione non è da ritenersi del tutto condivisibile, anzi, è smentita dal dato aritmetico sul rapporto procedimenti-condanne, che è rimasto invariato *ante* e *post-riforma*. Oggi, come allora, il numero dei procedimenti che si concludono con una sentenza di condanna è estremamente esiguo, si tratta di un rapporto di 1 a 100 circa. Questo rapporto, più che essere «prova di una capacità della giurisprudenza di selezionare rigorosamente gli abusi penalmente rilevanti», come sostenuto in dottrina, è sintomo di una perpetua tendenza della magistratura inquirente ad avviare procedimenti penali ancorché, all'evidenza, non ricorrano gli elementi costitutivi del reato di abuso d'ufficio. Del resto, ieri, come oggi, tale fattispecie è utilizzata, più o meno esplicitamente, come "reato spia" di altri reati ovvero per sopperire alle carenze probatorie di fatti ascrivibili ad altre fattispecie».

<sup>23</sup> Proposta di Direttiva n. 2023/234 sulla lotta alla corruzione avanzata dalla Commissione europea, il cui art. 11, intitolato "Abuso d'ufficio", è costruito sulla falsariga dell'omonimo interno. Per quanto riguarda l'ambito pattizio, il riferimento è all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite riunitasi a Merida, in Messico, che il 31 ottobre 2003 ha adottato la Convenzione contro la corruzione.

<sup>24</sup> Così RAVENNA, *L'omicidio (tentato?) del delitto di abuso d'ufficio*, in *Pen. dir. proc.*, 2024; sul punto anche GAMBARDILLA, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel "disegno di legge Nordio"*, in *www.sistemapenale.it*, 2023. Sull'opportunità di introdurre strumenti analoghi alle linee guida di ambito sanitario per misurare i comportamenti dei funzionari delle singole PA si veda COLLAZZO, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio: la metamorfosi del gattopardo*, in *Pen. dir.*

Ebbene, nonostante l'abolizione del reato sia divenuta oggi realtà, le riflessioni sin qui svolte ci inducono comunque a prediligere una terza via mediana.

Difatti, se è vero che l'opzione di natura abolitiva, oltre alle pressanti inquietudini legate al possibile effetto espansivo delle altre più gravose fattispecie e al temuto contrasto con l'arsenale normativo sovranazionale, dà vita a dei rischi di cui, allo stato, è impossibile poterne prevedere delle effettive conseguenze, è altrettanto vero che la fattispecie dell'abuso d'ufficio sarebbe dovuta essere ricalibrata non solo alla luce delle attuali esigenze di sistema, ma soprattutto degli obiettivi di tutela perseguiti<sup>25</sup>.

Ad ogni modo, mai come ora il dibattito circa l'opportunità di aver espunto il reato *de quo* dall'ordinamento andrebbe inserito in un contesto di più ampio respiro che metta in luce, attraverso una riorganizzazione strutturale e sistematica dei pubblici uffici, l'assoluta necessità di procedere ad una suddivisione dei poteri e delle responsabilità che caratterizzano l'agire amministrativo di riferimento, specificando, per il tramite di una normazione chiara, regole ed eccezioni, ma anche competenze e gerarchie delle fonti, posto che in mancanza di un complesso intervento normativo *a latere* che ricada sulle procedure amministrative esistenti è difficile che maturino i frutti sperati<sup>26</sup>.

Ciò beninteso, la possibilità per il legislatore poteva essere davvero quella di individuare un parametro selettivo, non più per catalogazioni di condotta ma per catalogazioni procedimentali, rilevando con lo strumento penale unicamente quelle forme di estrinsecazione delle funzioni pubbliche più delicate<sup>27</sup>.

D'altronde, la strada imporrebbe di selezionare quei settori in cui, in virtù della loro rilevanza, il sindacato sull'operato amministrativo meriti una norma incriminatrice a tutela come l'abuso d'ufficio che, al contempo, sia in grado di prevenire qualsivoglia deriva personalistica oltre che condotte arbitrarie e contrarie alla gestione della cosa pubblica<sup>28</sup>, allorché come sovente insegna l'esperienza

---

*proc.*, 2021.

<sup>25</sup> RICCIARELLI, *Il nuovo abuso d'ufficio: un difficile punto di equilibrio*, in *Arch. pen. web*, 2021, 2. Sul punto anche MUSOLINO, *Prospettive per una nuova riforma dell'abuso d'ufficio: è l'abrogazione dell'art. 323 c.p. la soluzione definitiva per superare la "paura della firma"?*, in *Pen. dir. proc.*, 2023.

<sup>26</sup> Per un complessivo quadro di interventi volti a conformare l'agire amministrativo ai canoni di snellezza, trasparenza ed efficienza, si veda ZACCARO, *Il problema non è l'abuso d'ufficio ma le norme poco chiare per i sindaci*, in *www.editorialedomani.it*, 2023.

<sup>27</sup> Per un'approfondita disamina sul tema si veda per tutti BRUNELLI, *Eliminare l'abuso d'ufficio: l'uovo di Colombo o un ennesimo passaggio a vuoto?*, in *Arch. pen. web*, 2023, 3.

<sup>28</sup> In questi termini si veda quanto acutamente affermato da SALCUNI, *Abuso d'ufficio ed eccesso di potere: "fine di un amore tormentato"?*, in *Arch. pen. web*, 2021, 3, 28, secondo cui «la soluzione in favore di una abolizione totale dell'art. 323 c.p. per superare la burocrazia difensiva ed allo stesso tempo

pratica deve essere insegnamento imperituro quello secondo cui «quando soffia il vento del cambiamento, alcuni costruiscono muri, altri mulini a vento». Non ci resta ora che attendere gli sviluppi intertemporali che l'operazione abolitiva determinerà nel futuro prossimo, auspicando che le criticità a cui si è voluto far fronte che oggi sono uscite dalla porta non rientrino – per il tramite di fattispecie più insidiose – dalla finestra (volutamente) lasciata aperta.

**OLIMPIA GALLORI**

---

deflazionare anche le procure da un numero considerevole di denunce che realisticamente non si tradurranno in condanne, non è obbligata. [...] Sulle ragioni culturali che a volte portano ad un aumento esponenziale delle denunce per abuso d'ufficio pretestuose, è più difficile incidere. È una battaglia culturale che coinvolge anche il modo di intendere la legalità, spesso percepita come bisogno incondizionato di punizione, più che come rispetto delle regole, in primo luogo la tipicità della fattispecie penale. La pubblica amministrazione dovrebbe riacquistare fiducia e credito nei confronti dei cittadini, ma si tratta di operazione lunga e difficoltosa, soprattutto perché screditare la P.A. porta consenso e attenzione massmediatica».