

ATTUALITÀ

ALESSANDRO ROIATI

Il riassetto dei delitti contro la pubblica amministrazione: la reviviscenza della fattispecie distrattiva, l'abrogazione dell'abuso d'ufficio ed il convitato di pietra del peculato per appropriazione

In relazione al duplice intervento di riforma realizzato, nell'ambito dei delitti contro la pubblica amministrazione, mediante il d.l. n. 92/2024 e la legge n. 114/2024 (c.d. legge Nordio), si registra la tendenza a considerare l'introduzione del nuovo art. 314-*bis* c.p. quale mero contrappeso volto a mitigare gli effetti dell'abolizione dell'abuso d'ufficio.

In realtà l'ibrida morfologia della fattispecie di indebita destinazione e la sua ambivalenza funzionale impongono un raffronto sistematico non limitato al pregresso ambito applicativo dell'art. 323 c.p., ma riferito anche al peculato per appropriazione ed al peculato d'uso.

Infatti, per un verso si può sostenere che l'art. 314-*bis* c.p. non incida sulla casistica attualmente ricondotta dalla giurisprudenza maggioritaria all'art. 314 c.p., ma una lettura del genere porterebbe ad individuare la portata applicativa della nuova norma incriminatrice solo *de residuo* ed in merito ad ipotesi distrattive del tutto marginali. Per l'altro si può essere indotti a ritenere che il reato di indebita destinazione, in virtù della sua specificità contenutistica, assorba in sé tutte le potenziali condotte distrattive, andando così per operare, al pari dell'intervento di riforma attuato con la legge n. 114/2024, verso la contrazione della risposta penalistica e del carico sanzionatorio.

In ultimo, nell'esaminare in una prospettiva funzionalistica le esigenze di tutela che si profilano al di là delle fattispecie distrattive, vengono rapidamente tratteggiati i possibili interventi *a latere* dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio, auspicando in particolare un recupero della dimensione sussidiaria del diritto penale.

The Reorganization of Crimes against Public Administration: the Revival of Distractive Offence, the Abolition of Abuse of Office and the invisible Presence of Embezzlement for Appropriation.

In relation to the dual reform intervention carried out, in the context of crimes against public administration, through Legislative Decree no. 92/2024 and Law no. 114/2024 (the so-called Nordio Law), there is a tendency to consider the introduction of the new art. 314-bis of the Criminal Code as a mere counterweight aimed at mitigating the effects of the abolition of abuse of office.

In reality, the hybrid morphology of the offence of undue destination and its functional ambivalence requires a systematic comparison not limited to the previous scope of application of art. 323 of the Criminal Code, but also extended to embezzlement by appropriation and embezzlement by use.

In fact, on one hand, it can be argued that art. 314-bis of the Criminal Code does not affect the case law currently attributed by most jurisprudence to art. 314 of the Criminal Code, but in this way the scope of the application of the new criminal provision would be derived only from the residue and with respect to completely marginal distracting hypotheses. On the other hand, in the opposite direction, one could be led to believe that, by virtue of its specific content, the crime of undue destination absorbs all potential distracting conduct, thus operating, like the reform intervention implemented with law no. 114/2024,

towards the contraction of the criminal response and the sanctioning burden.

Finally, in examining the residual protection needs from a functionalist perspective, beyond the distracting hypotheses, the possible interventions alongside the repeal of the abuse of office are outlined, in the hope of a recovery of the subsidiary dimension of criminal law.

SOMMARIO: 1. Una riforma di settore realizzata in due momenti diversi per quanto (quasi) simultanei e tra loro funzionalmente collegati. - 2. La necessità di un passo indietro: l'estromissione del peculato per distrazione dall'art. 314 c.p. e le successive oscillazioni interpretative tra peculato per appropriazione ed abuso d'ufficio. - 3. L'ibrida morfologia del nuovo art. 314-bis c.p. e la sua ambivalenza funzionale. - 4. Il nodo interpretativo costituito dal *discrimen* tra peculato per appropriazione e indebita destinazione. - 5. Le incertezze sulla pregressa linea di confine: è sufficiente la presenza della finalità privatistica per trasformare la distrazione in appropriazione? - 6. L'abrogazione dell'art. 323 c.p. ed il compimento definitivo di un processo di svuotamento avvenuto per tappe. - 7. Le residue esigenze di tutela in chiave funzionalistica ed i prospettati profili di incostituzionalità tra obblighi sovranazionali, ragionevolezza e proporzione. - 8. I possibili interventi *a latere* dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la necessità di un recupero della dimensione sussidiaria del diritto penale.

1. *Una riforma di settore realizzata in due momenti diversi per quanto (quasi) simultanei e tra loro funzionalmente collegati.* L'abrogazione della fattispecie di abuso d'ufficio ad opera della legge 10 agosto n. 114/2024 (c.d. legge Nordio), che ha altresì riformulato il traffico di influenze illecite di cui all'art. 346-bis c.p., viene inevitabilmente letta in combinato disposto con la pressoché coeva introduzione dell'art. 314-bis c.p., rubricato come "indebita destinazione di denaro o cose mobili", avvenuta con il d.l. n. 92/2024 (c.d. decreto carceri), convertito in legge 8 agosto n. 112/2024¹.

In effetti i provvedimenti normativi in esame, che rappresentano un rilevante momento innovativo nell'ambito del complessivo assetto dei delitti contro la

¹ Su detto nesso, che trova conferma anche nella Relazione che ha accompagnato l'approvazione del disegno di legge governativo, cfr. in particolare GATTA, *Morte dell'abuso d'ufficio, recupero in zona Cesarini del peculato per distrazione (art. 314-bis c.p.) e obblighi (non pienamente soddisfatti) di attuazione della direttiva Ue 2017/1371*, in *Sist. pen.*, 2024, 7-8, 135 ss.; ID, *Abuso d'ufficio e traffico di influenze illecite dopo la l. 114/2024: il quadro dei problemi di diritto intertemporale e le possibili questioni di legittimità costituzionale*, in *Sist. pen.*, 7-8, 2024, 191; MANNA, *Sull'abolizione dell'abuso d'ufficio e gli ulteriori interventi in tema di delitti contro la p.a.: note critiche*, in www.sistemapenale.it, 6 agosto 2024, par. 5; MATTEVI, *L'abuso d'ufficio: considerazioni a margine della sua abrogazione*, in www.lageleggiolenepenale.eu, 16 luglio 2024; 2; PARODI GIUSINO, *La proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio: discutibili ragioni e dannose conseguenze*, in www.lageleggiolenepenale.eu, 10 maggio 2024, 4 ss.; SEMINARA, *Sui possibili significati del nuovo art. 314-bis c.p.*, in www.sistemapenale.it, 19 luglio 2024, 3, il quale ritiene innegabile la correlazione tra le vicende dell'articolo 323 c.p. e la creazione dell'articolo 314-bis c.p. Ad ulteriore riprova occorre considerare poi che il comma 2 dell'art. 9 del d.l. n.92/2024 ha inserito l'art. 314-bis c.p. all'interno del comma 1 dell'art. 322-bis, in sostituzione del pregresso riferimento all'art. 323 c.p. Sul punto MICHELETTI, *La distrazione gioca brutti scherzi: sulle ricadute intertemporali del nuovo articolo 314-bis c.p.*, in www.discrimen.it, 8 luglio 2024, 5.

pubblica amministrazione, risultano tra loro collegati, non solo a livello temporale, ma anche funzionalmente, posto che convergono sinergicamente nel senso della contrazione degli ambiti di rilevanza penale per quanto, almeno nelle intenzioni, in ossequio agli obblighi sovranazionali esistenti in materia². L’innegabile portata pratica, oltre che simbolica (si pensi allo spesso evocato “blocco della firma” conseguente alla c.d. amministrazione difensiva³), delle due novelle legislative ha suscitato un ampio e diversificato dibattito politico, mediatico e dottrinale, in attesa di valutare il dato più pregnante, ovvero l’effettivo impatto che detto intervento di riforma avrà sulla prassi giudiziaria⁴. Nello specifico del panorama dottrinale prevale l’orientamento critico⁵, volto a sottolineare soprattutto come le modifiche sostanziali introdotte, per un verso lascino spazio a significativi vuoti di tutela, per l’altro rischino di porsi in contrasto, nonostante l’avvenuta introduzione del nuovo art. 314-*bis* c.p., con le indicazioni sovranazionali, con particolare riguardo, ma non solo⁶, agli obblighi

² Su questo specifico aspetto in particolare GATTA, *L’annunciata riforma dell’abuso d’ufficio: tra paura della firma, esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*; in *Sist. pen.*, 5, 2023, 169; ID., *Morte dell’abuso d’ufficio*, cit., 137 ss.; ID., *Abuso d’ufficio e traffico di influenze illecite dopo la l. 114/2024: il quadro dei problemi di diritto intertemporale e le possibili questioni di legittimità costituzionale*, cit., 191.

³ Al riguardo, per tutti, MATTEVI, *L’abuso d’ufficio: considerazioni a margine della sua abrogazione*, cit., 4; MASULLO, *L’equivoca correlazione tra abuso d’ufficio e burocrazia difensiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, 687 ss.; MERLO, *La felicità di Sisifo: a proposito dell’abrogazione dell’abuso d’ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 1120. Il fenomeno della cosiddetta burocrazia difensiva, ben noto, è stato richiamato di recente dalla stessa Corte costituzionale, sent. 18 gennaio 2022, n. 8, in www.sistemapenale.it, 19 gennaio 2022.

⁴ Alcuni passaggi della discussione parlamentare sono riportati in SEMINARA, *Sui possibili significati del nuovo art. 314-bis c.p.*, cit., 1.

⁵ Cfr., tra gli altri, CANTONE, *Ancora in tema di abuso d’ufficio e traffico d’influenze (d.d.l. Nordio)*, in www.sistemapenale.it, 19 settembre 2023; CUPELLI, *Sulla riforma dell’abuso d’ufficio*, in www.sistemapenale.it, 23 gennaio 2023; DONINI, *Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell’abuso di ufficio*, in www.sistemapenale.it, 23 giugno 2023; GATTA, *L’annunciata riforma dell’abuso d’ufficio: tra “paura della firma”, esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, cit., 165; De FRANCESCO, *La riforma della giustizia e gli stratagemmi della politica*, in www.laegislazionepenale.eu, 10 luglio 2023; GAMBARDELLA, *L’abrogazione dell’abuso d’ufficio e la riformulazione del traffico d’influenze nel “disegno di legge Nordio”*, in www.sistemapenale.it, 26 settembre 2023; LATTANZI, *Sulla proposta abolizione del reato di abuso d’ufficio. Note critiche*, in www.sistemapenale.it, 20.09.2023; PARODI GIUSINO, *La proposta di abolizione dell’abuso d’ufficio: discutibili ragioni e dannose conseguenze*, cit.; PELISSERO, *L’instabilità dell’abuso d’ufficio e la lotta di Sumo*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 618 ss.; PELISSERO, *Sulla proposta di abolizione dell’abuso d’ufficio e di riformulazione del traffico di influenze illecite*, in www.sistemapenale.it, 18 settembre 2023.

⁶ In proposito occorre considerare anche la Convenzione del Consiglio d’Europa sulla corruzione, sottoscritta a Strasburgo nel 1999 e, soprattutto, la Convenzione Onu contro la corruzione firmata a Merida nel 2003, in riferimento alla quale sono state già sollevate plurime questioni di legittimità costituzionale,

di incriminazione di cui alla Direttiva UE 2017/1371 del 5 luglio 2017 (c.d. direttiva PIF). Tale direttiva infatti – relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale – menziona anche le ipotesi di «appropriazione indebita di fondi o beni, per uno scopo contrario a quello previsto⁷» e all’art. 4, co. 3, stabilisce che «gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché, se intenzionale, l’appropriazione indebita costituisca reato⁸».

In riferimento all’intervento sull’abuso d’ufficio poi, la stessa dottrina si è mostrata in particolare contraria alla scelta dell’abrogazione *tout court*⁹, in quanto la norma incriminatrice copriva una variegata tipologia di condotte che il nuovo reato di cui all’art. 314-*bis* c.p. può ricomprendere solo in piccola parte, essendo tale fattispecie circoscritta ai casi di indebita destinazione di denaro o cose mobili.

Non mancano però posizioni di segno opposto volte a sottolineare come detta abrogazione costituisca una scelta di politica criminale riservata al legislatore, il quale, nell’ottica del principio di frammentarietà, ha tenuto in considerazione i dati statistici che «confermano l’allarmante squilibrio esistente in materia tra

oggetto di specifica analisi *infra* par. 7. Nella stessa direzione è opportuno rammentare inoltre la Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, presentata dalla Commissione il 3 maggio 2023 sulla «lotta contro la corruzione, che sostituisce la decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio e la convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell’Unione europea, e che modifica la Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio». L’art. 11 di questa Proposta di Direttiva, rubricato “Abuso d’ufficio”, prevede, tra l’altro, che gli Stati membri «prendono le misure necessarie affinché sia punibile come reato la condotta seguente, se intenzionale: 1. l’esecuzione o l’omissione di un atto, in violazione delle leggi, da parte di un funzionario pubblico nell’esercizio delle sue funzioni al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo; [...]». Al momento però si tratta di una mera proposta e non ancora di un obbligo di incriminazione. Sul punto V. MONGILLO, *Strengths and Weaknesses of the Proposal for a EU Directive on Combating Corruption*, in *www.sistemapenale.it*, 31 luglio 2023.

⁷ GATTA, *Morte dell’abuso d’ufficio*, cit., 137.

⁸ Lo stesso art. 4 definisce l’«appropriazione indebita» come «l’azione del funzionario pubblico, incaricato direttamente o indirettamente della gestione di fondi o beni, tesa a impegnare o erogare fondi o ad appropriarsi di beni o utilizzarli per uno scopo in ogni modo diverso da quello per essi previsto, che leda gli interessi finanziari dell’Unione». Il successivo articolo 7, comma tre, stabilisce inoltre che il reato appena richiamato sia punito con una pena massima di almeno quattro anni di reclusione qualora ne derivino danni o vantaggi considerevoli, ovvero di valore superiore a 100.000 euro.

⁹ Sottolineano in particolare questo aspetto BRUNELLI, *Eliminare l’abuso d’ufficio: l’uovo di Colombo o un ennesimo passaggio a vuoto?*, in *Arch. pen. web.*, 2023, 3, 6; DONINI, *Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell’abuso di ufficio*, cit., rileva che la selezione della gravità dei fatti non può essere affidata ad abrogazioni secche, ma a un *mixtum compositum* di discipline sostanziali e processuali; GATTA, *Morte dell’abuso d’ufficio*, cit., 135 ss.

le iscrizioni della notizia di reato e le decisioni di merito, ma soprattutto segnalano che la forbice resta nel tempo costante a dispetto dei ripetuti interventi modificativi tesi a contenere l'intervento penalistico»¹⁰.

Questo aspetto, si afferma, già di per sé comprova come l'abuso d'ufficio finisse per svolgere, almeno sul piano della effettività sanzionatoria, una funzione fin troppo residuale e tale da prestare il fianco a facili strumentalizzazioni, con particolare riguardo a talune degenerazioni interpretative giurisprudenziali definite come "utilizzo "abusiva" della fattispecie di abuso d'ufficio: «davvero una sorta di "apricatole" per avviare procedimenti e indagini volti a controllare l'operato dei pubblici amministratori, in vista della contestazione di reati più gravi (ad es., la corruzione)»¹¹.

Preso atto delle diverse posizioni risulta opportuno sottolineare, in via preliminare, come la valutazione circa l'effettiva portata degli interventi di riforma in esame sulle norme incriminatrici esistenti non può fermarsi al dato testuale costituito dalle singole fattispecie, essendo necessario condurre l'indagine alla luce di una più ampia visione storica e di sistema, nonché in considerazione della copiosa giurisprudenza esistente in materia.

Nello specifico l'attenzione si è polarizzata essenzialmente sull'abrogazione dell'abuso d'ufficio e, conseguentemente, l'introduzione dell'art. 314-*bis* c.p. è rimasta più nell'ombra, tanto che prevale la lettura secondo cui detta fattispecie finirebbe per svolgere, almeno in relazione alle condotte distrattive, una

¹⁰ Cfr. RAMPIONI, *Il lamento funebre, le prefiche e l'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, in *www.dirdidifesa.eu*, 3. In questa direzione anche ROMANO, *La prospettata abrogazione dell'abuso d'ufficio: più pro che contro*, in *www.lalegislazionepenale*, 12 dicembre 2023, 14-15. Pone l'accento sul numero abnorme di richieste di archiviazione anche SESSA, *Dall'arresto illegale all'abuso d'ufficio "illegale": per la sistematizzazione di un'ipotesi di "eccepibile" prognosi privilegiata statale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, 700. Si tratta di un argomento a cui la stessa Relazione, come noto, ha conferito particolare rilievo e sul quale la dottrina si era già soffermata, cfr., in particolare, PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen. web*, 2020, 7-8, 2. PARODI GIUSINO, *La proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio: discutibili ragioni e dannose conseguenze*, cit., 6, sottolinea però che il documento di accompagnamento non si sofferma sulla causa dello squilibrio tra il numero delle condanne e quello delle iscrizioni nel registro delle notizie di reato.

Oltre a tale dato, nella stessa Relazione, si afferma poi che il sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione costituisce un apparato repressivo molto articolato da affiancare ai reati comuni che comunque sono puniti più gravemente, ex art. 61 n. 9 c.p., se posti in essere con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla pubblica funzione. Inoltre si sottolinea che, al di fuori del ristretto ambito del diritto penale, è stata introdotta, da diversi anni, una disciplina di prevenzione della corruzione - sotto la vigilanza di un'Agenzia indipendente - e, da ultimo con il d.lgs. 10.3.2023 n. 24, di protezione delle sentinelle civiche.

¹¹ Così RAMPIONI, *Il lamento funebre, le prefiche e l'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, cit., 6.

funzione compensativa del vuoto di tutela generato dall'abrogazione della norma incriminatrice sussidiaria.

In realtà tale ricostruzione rischia di mostrarsi riduttiva laddove si consideri l'evoluzione interpretativa della fattispecie di peculato che, a partire dalla riforma attuata con la legge n. 86/90, ha ricondotto al reato di abuso d'ufficio solo un numero limitato di ipotesi "distrattive" di fondi o di beni.

Di conseguenza la portata dell'art. 314-*bis* c.p. non va raffrontata esclusivamente con l'abrogazione dell'abuso d'ufficio, ma anche con il peculato per appropriazione ed il peculato d'uso e, in questa direzione, la nuova norma incriminatrice rischia di assurgere a fattispecie di riferimento delle ipotesi distrattive capace, per un verso di erodere l'ambito applicativo dell'art. 314 c.p., per l'altro di ricomprendere la casistica in precedenza riferita all'abuso d'ufficio¹².

2. La necessità di un passo indietro: l'estromissione del peculato per distrazione dall'art. 314 c.p. e le successive oscillazioni interpretative tra peculato per appropriazione ed abuso d'ufficio. Una breve - e di certo non nuova - indagine storica diventa quindi necessaria per addivenire ad una valutazione del duplice intervento di riforma in esame che tenga in considerazione gli evidenti nessi esistenti tra peculato per appropriazione, peculato per distrazione ed abuso d'ufficio, quantomeno a partire dalla riforma del 1990 in tema di delitti contro la pubblica amministrazione.

In proposito è utile rammentare che il codice Rocco, avendo previsto il peculato per appropriazione e per distrazione «a profitto proprio o di altri» nonché la fattispecie di interesse privato in atti d'ufficio unitamente al c.d. abuso innominato (rubricato come «abuso d'ufficio in casi non preveduti specificatamente dalla legge»), finiva per offrire in questo ambito una tutela penale quasi "a tappeto", in grado dunque di ricomprendere tutti casi in cui l'operato del pubblico ufficiale si fosse distaccato dall'agire conforme alle regole di esercizio della funzione pubblica¹³.

È a tutti noto come la legge n. 86/1990, intervenendo radicalmente nel settore

¹² Rileva la possibilità di questa duplice lettura, di segno opposto, in particolare SEMINARA, *Sui possibili significati del nuovo art. 314-bis c.p.*, cit., 4.

¹³ In proposito ancora attuali le riflessioni di RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1984. Più di recente cfr. la puntuale ricognizione storica svolta da MATTEVI, *L'abuso d'ufficio. Una questione aperta*, Trento, 2022, 19 ss.

in esame, abbia in primo luogo scelto di estromettere l'ipotesi della distrazione dalla descrizione della condotta tipica della fattispecie di peculato. Detta opzione legislativa venne motivata dalla necessità di porre un argine a quel diffuso fenomeno di "supplenza giudiziaria" che aveva portato a ritenere punibili anche condotte contraddistinte dalla mera violazione di irregolarità formali o funzionali al raggiungimento di finalità, diverse sì da quelle indicate, ma comunque di tipo pubblicistico e riconducibili ad interessi della pubblica amministrazione¹⁴.

Con il medesimo intervento di riforma vennero altresì abrogate le fattispecie di interesse privato in atti d'ufficio e di malversazione a danno di privati e si ritenne opportuna una riscrittura del pregresso "abuso innominato d'ufficio", riformulando la fattispecie attraverso la previsione del dolo specifico che però si mostrerà, ben presto, del tutto incapace di svolgere un adeguato filtro selettivo¹⁵. Apparve così sin da subito chiaro che quest'ultima fattispecie, da norma meramente residuale, sarebbe diventata una fattispecie sì di chiusura del sottosistema, ma chiamata a svolgere una funzione di particolare rilevanza, ovvero a sanzionare una pluralità di condotte che continuavano a ritenersi meritevoli di tutela penale, ma che non potevano più essere ricondotte, né alle ipotesi del peculato per distrazione, né a quelle dell'interesse privato in atti d'ufficio.

In un sistema che si vuole improntato alla stretta legalità però, il passaggio da una fattispecie all'altra non può realizzarsi secondo automatismi interpretativi e, a riprova di ciò, si possono portare proprio i rapporti tra l'abrogato peculato per distrazione e l'abuso d'ufficio, i quali risultarono sin da subito controversi, dovendosi considerare che, tra l'altro, il *proprium* dell'art. 323 c.p. non coincide con le condotte distrattive *tout court*.

Nonostante ciò, la scelta di estromettere dal delitto di peculato le forme di distrazione non ha comportato l'irrilevanza penale di queste condotte, bensì il formarsi di indirizzi giurisprudenziali divergenti, alcuni tesi ad interpretare in maniera estensiva il concetto di appropriazione al punto da ricondurre all'art. 314 c.p. talune ipotesi distrattive, altri volti a valorizzare la fattispecie di abuso

¹⁴ Sul punto v., tra gli altri, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna, 2021, vol. I, 184; PELISSERO, *I delitti di peculato*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di Grosso-Pelissero, 2015, Milano, 85. SCORDAMAGLIA, (voce) *Peculato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1982, vol. XXXII, 603.

¹⁵ DI GIOVINE, *Introduzione: tra storia e commemorazione dell'abuso d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, 664.

d'ufficio¹⁶.

Secondo un primo orientamento, infatti, la condotta di distrazione sarebbe ricompresa nell'art. 314 c.p., perché il concetto di appropriazione è un concetto di genere che abbraccia in sé anche quello di distrazione¹⁷. Tale conclusione troverebbe puntuale conferma, sia nell'ampia interpretazione che la giurisprudenza dà al concetto di appropriazione in relazione all'art. 646 c.p.¹⁸, sia in considerazione della fattispecie di peculato d'uso di cui all'art. 314, co. 2, c.p., che espressamente fa rientrare nell'ambito della fattispecie una condotta "distrattiva"¹⁹.

Un diverso orientamento, invece, sosteneva che, poiché la distrazione si realizza ogni qual volta il bene venga destinato a finalità diverse rispetto a quelle a cui era vincolato, non risulterebbe possibile considerare detta condotta come "appropriativa" in senso stretto e, dunque, ricondurla all'art. 314 c.p.,

¹⁶ AMARELLI, *I delitti di peculato*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*², a cura di Fiore-Amarelli, Milano, 2021, 61 ss.

¹⁷ PAGLIARO, *Il peculato prima e dopo la riforma*, in *Atti del primo Congresso Nazionale di diritto penale. I delitti contro la pubblica amministrazione dopo la riforma – Il nuovo codice di procedura penale ad un anno dall'entrata in vigore*, Napoli, 1991, 59 ss., sottolineava come la distrazione continuasse a rappresentare una delle forme tipiche di realizzazione della fattispecie, purché non realizzata in favore di altro interesse sempre riconducibile alla pubblica amministrazione. Il concetto si trova a volte rovesciato, affermandosi che l'appropriazione costituirebbe una specie del genere distrazione, ma anche in detta ipotesi la conclusione non cambia, v. SEMINARA, *Sui possibili significati del nuovo art. 314-bis c.p.*, cit., 4-5.

¹⁸ Si fa riferimento soprattutto alla casistica relativa ai fidi bancari, ricondotta all'art. 646 c.p. a seguito del riconoscimento della natura privatistica della normale attività bancaria. Sul punto cfr. Cass., Sez. un., 23 maggio 1987, in *Cass. pen.*, 1987, 2099. In dottrina FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 126, sottolineano però che, ammesso che sia legittimo interpretare estensivamente la fattispecie in esame, occorre accertare dei requisiti ulteriori rispetto alla semplice distrazione, ovvero che il dipendente non si limiti ad autorizzare il prestito in violazione delle norme statutarie, ma che lo conceda come una sorta di "regalia" al cliente, con la volontà di procurargli un profitto ulteriore rispetto a quello normalmente insito in questo tipo di operazioni e con la consapevolezza che il denaro è sicuramente destinato a non essere restituito.

¹⁹ Secondo PAGLIARO, *Il peculato prima e dopo la riforma*, cit., p. 63, l'introduzione del peculato d'uso di cui all'art. 314, co. 2 c.p. avrebbe inaugurato una interpretazione della nozione di appropriazione molto più ampia anche dell'analogo concetto prospettato in tema di appropriazione indebita. PAGLIARO-PARODI-GIUSINO, *Principi di diritto penale, Pt. spec.*, Milano, 2008, 51. In questa direzione anche ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2019, 37. In senso contrario SCORDAMAGLIA, *L'abuso d'ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di Coppi, Torino, 1993, 212-213, secondo cui non si riesce a comprendere perché il legislatore, pur volendo continuare a punire il peculato per distrazione, avrebbe abolito la corrispondente precisa fattispecie, già presente nell'ordinamento, per devolverne la materia all'ipotesi del peculato per appropriazione; MAUGERI, *Peculato per appropriazione e condotte distrattive*, in *Ind. pen.*, 1993, 720, secondo cui l'uso momentaneo è logicamente incompatibile con l'appropriazione perché quest'ultima comporta la definitività della sottrazione della cosa alla disponibilità del proprietario.

potendosi al più far rientrare nell'ambito applicativo dell'art. 323 c.p., ma solo al ricorrere dei suoi presupposti. In questa direzione, d'altronde, occorre anche prendere atto della scelta del legislatore che, mediante la riforma del '90, aveva chiaramente optato per l'estromissione, dalla descrizione della condotta tipica dell'art. 314 c.p., delle ipotesi distrattive²⁰.

A fronte di queste due tesi contrapposte la giurisprudenza maggioritaria ha finito per adottare una soluzione compromissoria²¹, nel senso di ritenere necessario distinguere a seconda che la distrazione avvenga per profitto proprio o altrui o comunque inconciliabile con quelli istituzionali (riconciliabile all'art. 314 c.p.) o se in funzione della realizzazione di finalità esclusivamente pubbliche o, secondo l'orientamento meno rigoroso, di interessi pubblici obiettivamente esistenti oltre che di indebiti interessi privati (323 c.p.)²².

Il ricorso ad indirizzi interpretativi di compromesso è stato indubbiamente favorito dagli evidenti limiti di tassatività e di determinatezza dell'abuso d'ufficio, dovendosi considerare che la prassi applicativa ha sempre optato per una sua lettura particolarmente allargata, da cui è discesa la possibilità, per il giudice penale, di adattare la fattispecie ad esigenze diverse.

Come può notarsi però, ci troviamo ora in una situazione diametralmente opposta, basti considerare che la fattispecie di abuso d'ufficio è stata abrogata non senza però reintrodurre prima una forma rivisitata di quel peculato per distrazione che, proprio con la riforma del '90, aveva ceduto il passo all'art. 323 c.p., ritenuto maggiormente idoneo a sanzionare dette condotte.

Con ciò, se per un verso trova conferma una certa contiguità contenutistica e funzionale tra le due norme incriminatrici, per l'altro occorre ora domandarsi se l'abrogazione dell'abuso d'ufficio comportasse la necessità di approntare tutela all'indebito utilizzo di fondi o cose mobili con vincolo pubblicistico

²⁰ Nella Relazione Battello n. 2078, che ha accompagnato la riforma della legge n. 86 del 1990, si fa espresso riferimento alla volontà di trasferire «l'ipotesi di distrazione, in quanto rilevante, nel nuovo reato di abuso d'ufficio», rimando storico ripreso di recente da SICIGNANO, *Il peculato mediante distrazione*, in *Arch. pen. web*, 2, 14 ess. e MICHELETTI, *La distrazione gioca brutti scherzi*, cit., 2.

²¹ Sottolinea questo aspetto CATENACCI, *I delitti di peculato*, in *Trattato teorico-pratico di Diritto penale. I delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di CATENACCI, Torino, 2022, 51.

²² V. Cass., Sez. VI, 12 dicembre 2023, n. 49322; Cass., Sez. VI, 22 giugno 2017, n. 41768, Rv. 271283-01; Una casistica paradigmatica in riferimento a detta distinzione è rinvenibile nelle ipotesi in cui il medico ospedaliero utilizzi le apparecchiature del proprio reparto in favore di pazienti privati, dai quali percepisca i corrispondenti onorari, usualmente ricondotta all'art. 314, comma 1, c.p. Sul punto cfr. già Cass., 17 maggio 1965, in *Rep. Foro it.*, 1965, voce *Peculato*, n. 31.

mediante una fattispecie *ad hoc* e, soprattutto, se la nuova disposizione, così come formulata, sia effettivamente idonea a svolgere detta funzione.

3. *L'ibrida morfologia del nuovo art. 314-bis c.p. e la sua ambivalenza funzionale.* Come si è avuto modo di accennare si registra un'ampia convergenza di vedute nel ritenere che la scelta di introdurre il nuovo articolo 314-*bis* c.p. trovi la sua principale ragion d'essere in considerazione della coeva scelta di abrogare l'art. 323 c.p., senonché tale nesso sistematico va poi ulteriormente arricchito mediante il riferimento alla fattispecie di peculato comune ex art. 314 c.p. ed all'ampio formante giurisprudenziale esistente in materia²³.

Proprio la presenza di questa giurisprudenza ormai consolidata solleva non pochi dubbi, in primo luogo in merito alla scelta di introdurre la fattispecie mediante il ricorso allo strumento del decreto legge (oltre che in un ambito facente riferimento essenzialmente alla materia penitenziaria), posto che i presupposti della necessità ed urgenza non possono certo rinvenirsi in una questione dibattuta almeno a partire dalla riforma del 1990, dovendosi più correttamente ricondursi al formale ossequio agli obblighi di tutela sovranazionali conseguenti alla scelta di abrogare l'art. 323 c.p.

Passando poi più nello specifico all'esame del nuovo art. 314-*bis* c.p., balza subito agli occhi come venga in considerazione una fattispecie strutturata secondo una morfologia ibrida, che si colloca a metà tra il vecchio peculato per distrazione e l'ultima versione dell'abuso d'ufficio²⁴.

Nella prima direzione, al di là dell'uso del verbo “destinare” anziché “distrarre”, occorre considerare la collocazione della fattispecie e la sua contiguità con l'incriminazione del peculato di cui all'art. 314 c.p., ulteriormente comprovata dal comune presupposto della condotta costituito dal “possesso o dalla disponibilità” e dal comune oggetto materiale rappresentato dal “denaro o altra

²³ Particolarmente scettico sulla lettura dell'art. 314-*bis* c.p. quale “norma contrappeso” dell'abolizione dell'abuso d'ufficio, SEMINARA, *Sui possibili significati del nuovo art. 314-bis c.p.*, cit., 2 ss.

²⁴ Sottolinea questo aspetto, tra gli altri, GAMBARDILLA, *Peculato, abuso d'ufficio e nuovo delitto di «indebita destinazione di denaro o cose mobili (art. 314-bis c.p.)*. *I riflessi intertemporali del decreto-legge n. 92/2024*, in www.sistemapenale.it, 17 luglio 2024, par. 4, secondo cui non ci sarebbe stato bisogno di introdurre un *hircocervus*, ovvero di una fattispecie per metà peculato e per metà abuso d'ufficio, risultando preferibile l'inserimento di una nuova ipotesi di distrazione nell'ambito dell'art. 314 c.p. ed in un apposito terzo comma.

cosa mobile altrui²⁵”.

Al riguardo occorre precisare che dall’operatività della nuova disposizione finiscono così per risultare esclusi i beni immobili, come segnalato fin da principio da attenta dottrina²⁶, con il rischio, già incidentalmente evidenziato dall’ordinanza con cui il Tribunale di Reggio Emilia ha respinto talune eccezioni di incostituzionalità relative all’abrogazione dell’art. 323 c.p.²⁷, di porsi in contrasto con gli obblighi sovranazionali esistenti in materia che, tuttavia, interessano solo interessi finanziari UE).

Allo stesso modo la specificazione riguardante l’oggetto materiale della condotta sembra escludere la possibilità di ricondurre alla nuova previsione la casistica relativa allo sfruttamento, a fini privati, della forza lavoro appartenente alla pubblica amministrazione, avendo la giurisprudenza da tempo affermato l’impossibilità di ritenere in tali ipotesi configurato il delitto di peculato, in quanto l’energia umana non rientra nel *genus* “cosa mobile”²⁸ (né, a tal fine, potrà più giungere in soccorso l’abrogata fattispecie dell’abuso d’ufficio²⁹).

Nell’altra direzione la norma incriminatrice in esame ha chiaramente mutuato dall’ultima formulazione dell’art. 323 c.p. il vincolante riferimento “alle specifiche disposizioni di legge o atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità”, nonché gli elementi del dolo intenzionale e dell’evento di ingiusto vantaggio patrimoniale o di danno ingiusto già introdotti con la pregressa riforma del 1997.

In questa prospettiva è da segnalare però che la formula utilizzata dal d.l. n. 76/2020 in riferimento all’art. 323 c.p. aveva ad oggetto “specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge”, mentre il nuovo art. 314-*bis* c.p. utilizza una dicitura ancora più stringente, là dove l’indebita destinazione viene qualificata come destinazione “ad un uso diverso da quello previsto da specifiche disposizioni di legge da cui non residuano margini di discrezionalità”.

²⁵ SEMINARA, *Sui possibili significati del nuovo art. 314-bis c.p.*, cit., 3.

²⁶ Cfr. GATTA, *Morte dell’abuso d’ufficio*, cit., 140, che sottolineava come sarebbe stato preferibile sostituire l’espressione “altra cosa mobile” con l’espressione “altri beni”.

²⁷ V. *infra*, par. 7.

²⁸ *Ex plurimis* Cass., Sez. VI, 17 febbraio 2015, n. 18465, Rv. 263939.

²⁹ In questo senso, GAMBARDILLA, *Peculato, abuso d’ufficio e nuovo delitto di «indebita destinazione di denaro o cose mobili (art. 314-bis c.p.)*, cit., par. 3.

Per un verso, quindi, non è stato riprodotto il rimando alle “regole di condotta” che, per quanto necessariamente “specifiche”, consentiva comunque maggiori margini interpretativi³⁰, per l’altro si richiede in maniera esplicita che sia la fonte primaria, e senza residui margini di discrezionalità, ad individuare il corretto uso del denaro o della cosa mobile altrui.

Al riguardo viene in considerazione un requisito che, inevitabilmente, rischia di restringere fin troppo la sfera di operatività della nuova disposizione, soprattutto laddove si ritenga quest’ultima come fattispecie onnicomprensiva delle ipotesi “distrattive”, posto che non sono infrequenti i casi in cui, a disciplinare l’uso del denaro o della cosa mobile altrui, siano fonti secondarie, con il conseguente rischio di torsioni interpretative volte a collegare la fonte secondaria ad una generica fonte primaria.

Da questa ambiguità contenutistica discende inevitabilmente una sorta di “funzione biunivoca” che la fattispecie può essere chiamata a svolgere in concreto, in quanto da un lato l’art. 314-*bis* c.p. sembra destinato a ricomprendere nel proprio ambito operativo solo un numero circoscritto di quelle condotte distrattive in precedenza ricondotte all’abuso d’ufficio, dall’altro però, il novero delle fattispecie ad essa riferibili in concreto può ampliarsi sensibilmente laddove venga considerata quale norma incriminatrice di riferimento delle ipotesi distrattive, incluse quelle, a profitto proprio o altrui, attualmente ricondotte al delitto di peculato.

Già da queste primissime annotazioni si comprende dunque come il futuro assetto delle fattispecie in esame dipenderà soprattutto da come verranno intesi i rapporti sistematici esistenti tra l’art. 314 e l’art. 314-*bis* c.p., nesso ben chiaro anche al legislatore, il quale ha ritenuto opportuno inserire, nella nuova disposizione, un’apposita clausola di sussidiarietà (fuori dei casi previsti dall’art. 314 c.p.), che però non sembra risultare di per sé idonea a dirimere la questione. Laddove, infatti, quest’ultima verrà intesa quale disposizione volta a salvaguardare l’ambito operativo dell’art. 314 c.p., incluse le estensioni interpretative invalse nella giurisprudenza maggioritaria, la portata applicativa della nuova norma incriminatrice sarà assai limitata e circoscritta alle residue distrazioni, ferma restando l’impunità delle condotte non vincolate dalla legge.

³⁰ Sul punto MATTEVI, *L’abuso d’ufficio: considerazioni a margine della sua abrogazione*, cit., 36.

Qualora invece si dovesse ritenere che, in virtù della sua specificità contenutistica, la fattispecie di indebita destinazione assorba in sé tutte le potenziali ipotesi distrattive, lasciando all'art. 314 c.p. le sole condotte appropriative in senso stretto, il delitto di nuovo conio finirebbe per assumere particolare rilievo, andando ad iscriversi, al pari dell'altro intervento di riforma, nel paradigma della contrazione della risposta penalistica e del carico sanzionatorio.

Entrambi gli esiti possono dirsi almeno in certa parte paradossali in quanto, nel primo caso sarebbe stata introdotta, con decretazione d'urgenza, una fattispecie che nasce quasi esangue al pari dell'abrogato abuso d'ufficio nella sua ultima versione e che è destinata a svolgere una funzione tanto residuale da sconfinare nell'irrilevanza; nell'ipotesi opposta la norma incriminatrice, lungi dal costituire un effettivo contrappeso dell'abrogazione dell'art. 323 c.p., contribuirebbe ulteriormente a ridurre l'ambito del penalmente rilevante nella materia in esame.

4. *Il nodo interpretativo costituito dal discrimen tra peculato per appropriazione e indebita destinazione.* L'interpretazione del rapporto sistematico che avvince il delitto di peculato e la nuova fattispecie di omessa destinazione si rivela essere decisivo, non solo per gli esiti applicativi di quest'ultima norma incriminatrice, ma anche per il complessivo assetto di questa cospicua parte dei delitti contro la pubblica amministrazione, per cui occorre soppesare con attenzione gli argomenti che possono essere spesi al riguardo.

La tesi secondo cui, anche in virtù dell'espressa clausola di sussidiarietà³¹, la portata applicativa dell'art. 314 c.p. è destinata a rimanere invariata, andando a ricomprendere le ipotesi distrattive realizzate a esclusivo profitto privato, proprio o altrui, passa essenzialmente attraverso tre argomenti: l'accezione più invalsa del concetto di appropriazione, supportata dal dato interpretativo-sistematico riferibile all'art. 646 c.p., il raffronto strutturale tra le due fattispecie, l'irrazionalità delle differenze sanzionatorie che si verrebbero altrimenti a

³¹ SEMINARA, *Sui possibili significati del nuovo articolo 314-bis c.p.*, cit., 6, sostiene che detta clausola «adempie ad una funzione essenziale in quanto esclude ogni incidenza della nuova incriminazione sul delitto di peculato, per cui quest'ultimo mantiene i suoi contenuti e l'art. 314-bis va ad operare sulle condotte finora sussunte all'interno dell'articolo 323 c.p., cioè le distrazioni compatibili con i fini istituzionali dell'ente». In termini simili GAMBARDILLA, *Peculato, abuso d'ufficio e nuovo delitto di «indebita destinazione di denaro o cose mobili (art. 314-bis c.p.)*, cit., par. 3, secondo cui la clausola di sussidiarietà prevista per il nuovo art. 314-bis c.p. fa sì che quando il fatto storico sia sussumibile in entrambe le norme incriminatrici si applicherà soltanto il peculato comune ex art. 314 c.p.

determinare.

In primo luogo si sottolinea che l'appropriazione penalmente rilevante, come si evincerebbe anche dall'articolo 646 c.p., il quale non menziona la distrazione, consiste nel disporre della cosa come propria, anche imprimendo ad essa una nuova destinazione che neghi la titolarità del bene in capo all'avente diritto e che risulti incompatibile con i suoi interessi. Detta concezione costituirebbe ormai *ius receptum*, essendo sostenuta da pressoché unanime giurisprudenza, non solo in relazione alla condotta che caratterizza l'appropriazione indebita, ma anche, per l'appunto, dalla prassi giurisprudenziale maggioritaria formatasi sull'art. 314 c.p.³².

A ciò si aggiunge il dato costituito dall'eterogeneità delle fattispecie, l'una costruita come reato di condotta e caratterizzata dalla presenza di un dolo generico e l'altra come reato di evento nonché sorretta da dolo intenzionale, che risulterebbe ostativo alla possibilità di una conversione della clausola di sussidiarietà in clausola di specialità³³.

Occorre inoltre prendere in considerazione i modesti livelli sanzionatori del nuovo art. 314-bis c.p. che, laddove inteso nella prospettata ottica ommnicomprensiva delle ipotesi distrattive, condurrebbe ad esiti paradossali, sia in riferimento alla comune appropriazione indebita, che è punita con la più elevata pena della reclusione da due a cinque anni³⁴, sia in relazione alle fattispecie distrattive per fini esclusivamente personali che, sottratte al genere delle condotte appropriative di cui all'art. 314 c.p.³⁵, passerebbero dall'essere punite con la pena della reclusione da quattro anni a dieci anni e sei mesi all'essere sanzionate con la pena della reclusione da sei mesi a tre anni³⁶.

³² SEMINARA, *Sui possibili significati del nuovo articolo 314-bis c.p.*, cit., 5. Sul reato di appropriazione indebita, tra gli altri, BARTOLI, *Delitti contro il patrimonio*, in BARTOLI-PELISSERO-SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2022, 292; MANTOVANI, *Dir. pen. Pt. Spec.*, Milano, 2021, vol. II, 125-126, ritiene però che nulla vieta che il concetto di appropriazione possa essere interpretato restrittivamente nel peculato ed estensivamente nell'appropriazione indebita.

³³ SEMINARA, *Sui possibili significati del nuovo articolo 314-bis c.p.*, cit., 6.

³⁴ Al riguardo però si consideri Corte cost., 22 marzo 2024, n. 46, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 646, co. 1 c.p., nella parte in cui prevede la pena della reclusione da due a cinque anni anziché fino a cinque anni.

³⁵ SEMINARA, *Sui possibili significati del nuovo articolo 314-bis c.p.*, cit., 7.

³⁶ Con l'unica eccezione della previsione di cui al comma 2 dell'art. 314-bis c.p., introdotta dalla legge di conversione n. 112/2024, secondo la quale «la pena è della reclusione da sei mesi a quattro anni quando il fatto offende gli interessi finanziari dell'Unione europea e l'ingiusto vantaggio patrimoniale o il danno ingiusto sono superiori ad € 100.000».

A conclusioni simili porta il raffronto con il peculato d'uso, punito con gli stessi livelli sanzionatori, ma la cui dimensione offensiva degli interessi pubblici appare significativamente diversa, quantomeno in considerazione del requisito della "immediata restituzione". Il discorso non muta se si prende in considerazione l'articolo 316-*bis* c.p., il quale poggia, al pari del nuovo articolo 314-*bis* c.p., sul concetto di "indebita destinazione", sanzionando però, con la reclusione da sei mesi a quattro anni e dunque con una pena maggiore rispetto a quella che caratterizzerebbe la condotta del pubblico ufficiale, il soggetto, "estraneo alla pubblica amministrazione", il quale non destini alle finalità previste contributi o sovvenzioni pubbliche³⁷. Infine, dato forse ancor più rilevante, le condotte distrattive a fini privatistici diventerebbero punibili solo a condizione che siano state violate disposizioni di legge vincolanti e che vi sia stato un evento intenzionalmente causato, poiché in assenza di detti presupposti il fatto diverrebbe penalmente irrilevante.

L'insieme di questi elementi, per un verso evidenzia possibili profili di incostituzionalità dell'articolo 314-*bis* c.p. per violazione dei principi di ragionevolezza, uguaglianza e proporzionalità della pena³⁸, per l'altro suggerirebbe di giungere ad una soluzione conservativa rispetto all'assetto interpretativo attuale della fattispecie di peculato, quale rimedio agli esiti paradossali della conclusione opposta. Non può negarsi però che, in tal modo, si finirebbe per privilegiare il formante giurisprudenziale e le sottese istanze di tutela, rispetto ai vincoli derivanti dall'osservanza del principio di stretta legalità, sterilizzando così la portata della novella legislativa.

Nella direzione opposta, infatti, non è difficile rilevare l'inevitabile forzatura argomentativa insita nel continuare a ricondurre il concetto di indebita destinazione in quello di appropriazione, pur a fonte di due specifiche previsioni normative, eterogenee tra loro, che poggiano il loro *discrimen* proprio sulla scissione contenutistica tra condotta distrattiva e condotta appropriativa.

Appropriazione e indebita destinazione, infatti, in linea di principio differiscono sensibilmente anche a livello semantico, posto che il primo termine – dal latino "*proprius*" – postula uno spossessamento che sia conseguente all'utilizzo della risorsa *uti dominus* e che determini una fuoriuscita dalla sfera di

³⁷ SEMINARA, *Sui possibili significati del nuovo articolo 314-bis c.p.*, cit., 8

³⁸ Su tale ultimo profilo in particolare anche MANNA, *Sull'abolizione dell'abuso d'ufficio*, cit., par. 5.

disponibilità del titolare, mentre la condotta distrattiva si realizza con il mero utilizzo del bene posseduto per una finalità diversa da quella individuata, a prescindere dallo scopo ultimo che sorregge la condotta³⁹.

Al riguardo anche la dottrina, d'altronde, afferma che la condotta appropriativa presenterebbe due aspetti, uno di "espropriazione", teso a negare il diritto altrui sulla cosa, ed uno positivo di definitiva impropriazione, volto ad istituire un nuovo e diverso rapporto di fatto con la cosa attraverso *l'interversione possessio-nis*⁴⁰. Allo stesso modo la Cassazione, in relazione ad una pluralità di casi tra cui quelli di peculato commesso dal notaio che non versi all'erario le somme riscosse a titolo di imposte, ribadisce il principio generale secondo cui la interversione del titolo del possesso si realizza allorquando al compimento di un atto di dominio sulla cosa si accompagni *la volontà espressa o implicita di tenere questa come propria*⁴¹.

Al di là del dato semantico-letterale e della distinzione contenutistica esistente tra appropriazione e indebita destinazione, anche prendendo come riferimento la *voluntas legis* pare difficile negare che il legislatore, collocando la nuova fattispecie a ridosso dell'articolo 314 c.p., nonché prevedendo un'apposita clausola di riserva, abbia inteso inserire la nuova norma nel previgente campo applicativo del peculato⁴², prima ancora che a parziale compensazione dell'abrogazione dell'articolo 323 c.p.

Da questa lettura inevitabilmente discendono però una serie di conseguenze di portata dirimpante in quanto, riconoscendo all'art. 314-*bis* c.p. la funzione di "nuovo" presidio penale delle distrazioni punibili, con ciò espungendole (per

³⁹ Sul punto FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Pt. Spec.*, cit., 184, secondo cui «distrarre significa, nel suo significato minimo, deviare dallo scopo originariamente preso di mira»; SICIGNANO, *Il peculato mediante distrazione*, cit., 27, ribadisce che la distrazione esprime un concetto più ampio di quello di distrazione indicando qualsiasi violazione del vincolo di destinazione, mentre l'appropriazione consiste nella impropria destinazione della cosa all'esercizio di fatto, da parte dell'agente, del diritto di proprietà.

⁴⁰ Si tratta di una specificazione riconducibile a PAGLIARO, *Il peculato prima e dopo la riforma*, cit., 63, nonché a ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2019, 34, secondo cui si può negare il diritto di terzi sulla cosa, senza ancora per questo appropriarsene, ma non ci si può appropriare della cosa altrui senza, negato il diritto altrui, affermare il proprio. Detta distinzione, ripresa da buona parte della dottrina, viene declinata in diversi modi, alcune volte ritenendo indifferente che l'impropriazione sia voluta come permanente o come momentanea, altre volte ritenendo necessaria la creazione di una situazione con i caratteri della definitività.

⁴¹ In questo senso Cass, Sez. VI, 15 giugno 2023, n. 25844; Cass., Sez. VI, 2 febbraio 2021, n. 16786, Rv. 281335-02.

⁴² Cfr. MICHELETTI, *La "distrazione"*, cit., 1 ss., che riporta anche le dichiarazioni rilasciate dal ministro Nordio in questa direzione.

la seconda volta) dal paradigma dell'articolo 314 c.p.⁴³, la nuova fattispecie, come già affermato da parte della dottrina, finirebbe per approfondire ed ampliare gli effetti derivanti dall'abrogazione dell'abuso d'ufficio⁴⁴, basti pensare al duplice effetto intertemporale che ne deriverebbe⁴⁵.

Il primo è da individuare nell'efficacia retroattiva, ai sensi dell'art. 2, comma quattro, c.p., del nuovo trattamento sanzionatorio, più favorevole rispetto alla precedente condotta di distrazione; il secondo, alla luce del principio di uguaglianza che ispira e sorregge l'operatività della retroattività favorevole, comporta la necessità di applicare la disciplina dell'*abolitio criminis*, prevista dall'art. 2, comma due, c.p., in riferimento alle distrazioni commesse antecedentemente e prive dei caratteri ora richiesti dall'articolo 314-*bis* c.p.⁴⁶.

Nella contrapposizione tra i due possibili scenari futuri la giurisprudenza sarà chiamata dunque a dirimere il nodo interpretativo del rapporto tra art. 314 c.p. e art. 314-*bis* c.p. e, al riguardo, se da un lato è assai probabile che finirà per privilegiare la soluzione "conservativa"⁴⁷, dall'altro, per arrivare a ciò, dovrà inevitabilmente passare attraverso una riperimetrazione del confine tra appropriazione ed indebita destinazione. Quest'ultima, infatti, rispetto a quanto avvenuto finora, dovrà essere riletta alla luce del nuovo assetto normativo, caratterizzato dalla presenza di un'apposita fattispecie "distrattiva" che, dunque, non potrà più essere equiparata *tout court* alla condotta appropriativa.

*5. Le incertezze sulla pregressa linea di confine: è sufficiente la presenza della finalità privatistica per trasformare la distrazione in appropriazione?*² Come si è già avuto modo di accennare, a seguito della riforma del '90 ed in assenza della espressa previsione di una fattispecie distrattiva, una parte della giurisprudenza

⁴³ SEMINARA, *Sui possibili significati del nuovo articolo 314-bis c.p.*, cit., 5, che però prende le distanze da questa possibile interpretazione.

⁴⁴ Così MICHELETTI, *La "distrazione"*, cit., 3. SEMINARA, *Sui possibili significati del nuovo articolo 314-bis c.p.*, cit.5, afferma che, se così fosse, verrebbe chiusa a doppia mandata la soppressione del reato di abuso d'ufficio, ribadendo l'impunità delle condotte non vincolate dalla legge.

⁴⁵ MICHELETTI, *La "distrazione"*, cit., 3 ss.

⁴⁶ MICHELETTI, *La "distrazione"*, cit., 4-5.

⁴⁷ In proposito, nel momento in cui si scrive, si registra la notizia di decisione n. 13 del 23 ottobre 2024, secondo cui la Sesta sezione della Cassazione, all'esito dell'udienza del 23 ottobre 2024, ha stabilito che «il nuovo reato di indebita destinazione di denaro o cose mobili di cui all'art. 314-*bis* cod. pen. sanziona le condotte distrattive che la giurisprudenza di legittimità riferiva all'abrogata fattispecie di abuso di ufficio».

si è spinta a semplificare l'accertamento della condotta appropriativa poggiando sulla finalità che sorregge la condotta, là dove, in una prospettiva funzionalistica, si è affermato che le ipotesi di utilizzo indebito vanno ricondotte nella fattispecie di peculato allorquando caratterizzate da uno scopo di tipo esclusivamente o prevalentemente privatistico⁴⁸, mentre, nei casi di realizzazione di un interesse pubblico diverso da quello individuato o di coesistenza tra interesse del singolo e interesse pubblico, può trovare applicazione la fattispecie di abuso d'ufficio, al ricorrere dei relativi presupposti⁴⁹.

A questo punto occorre però precisare che detto indirizzo coesiste con una cospicua giurisprudenza che muove da un diverso criterio discretivo, in virtù del quale il *proprium* della condotta appropriativa non va tanto individuato nella natura dell'interesse sotteso all'utilizzo improprio, quanto nella definitività o meno dell'interversione nel possesso⁵⁰ o, secondo un orientamento che si potrebbe definire "intermedio", nell'esercizio di un potere *uti dominus* tale da realizzare l'espropriazione, ovvero l'uscita del bene dalla disponibilità della pubblica amministrazione che ne è titolare⁵¹.

In proposito basti pensare alla ben nota sentenza della Cassazione a sezioni

⁴⁸ V. Cass., Sez. VI, 13 settembre 2017, n. 41768, Rv. 271283, che così individua il discrimine tra la fattispecie di peculato e la meno grave di abuso d'ufficio nelle finalità cui viene destinato il denaro pubblico: «è configurabile il reato di abuso d'ufficio, qualora l'atto di destinazione della *res* pubblica sia funzionale alla realizzazione, oltre che di interessi privati, anche di interessi pubblici obiettivamente esistenti; viceversa, si perfeziona il più grave reato di peculato, laddove l'atto di disposizione del denaro sia compiuto per finalità esclusivamente private ed estranee a quelle istituzionali dell'ente»; Cass., Sez. VI, 4 giugno 2014, n. 25258, Rv. 260070, secondo cui «imprimere alla cosa una destinazione diversa da quella consentita dal titolo del possesso significa esercitare su di essa poteri tipicamente proprietari e, quindi, impadronirsene».

⁴⁹ In termini simili ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 38-39, secondo cui, muovendo dall'interpretazione soggettiva del legislatore, che aveva inteso impedire dilatazioni estreme della distrazione, resterebbero escluse dall'art. 314 c.p. le condotte del soggetto pubblico che destini il denaro o la cosa in suo possesso verso finalità pur diverse da quelle istituzionali, ma pur sempre ponendosi dalla parte della p.a., rispettandone i diritti sul denaro o la cosa mobile.

⁵⁰ In questa direzione già Cass., Sez. VI, 12 dicembre 2000, n. 381, in *Cass. pen.*, 2002, 1040, secondo cui «anche a seguito della legge n. 86 del 1990, l'elemento oggettivo del reato di peculato è, in ogni caso, costituito esclusivamente dall'appropriazione, la quale si realizza con una condotta del tutto incompatibile con il titolo per cui si possiede, da cui deriva una *estromissione totale* del bene dal patrimonio dell'avente diritto con il conseguente incameramento dello stesso da parte dell'agente. Sul piano dell'elemento soggettivo si realizza il mutamento dell'atteggiamento psichico dell'agente nel senso che alla rappresentazione di essere possessore della cosa per conto di altri succede quella di possedere per conto proprio». Sul punto v. GAMBARDELLA, *Art. 314. Peculato*, in *Codice penale*, Lattanzi-Lupo, Milano, 2022, 253.

⁵¹ Cass., Sez. VI, 21 marzo 2013, n. 16381, Rv. 254709; Cass., Sez. VI, 10 marzo 2016, n. 13038, in *Dejure*.

unite che, nel ricondurre le ipotesi di indebito utilizzo del telefono di servizio al peculato d'uso anziché al peculato comune, ha espresso il principio di diritto secondo cui "l'uso momentaneo, seguito dall'immediata restituzione della cosa, non integra un'autentica appropriazione, realizzandosi quest'ultima, solo con la *definitiva soppressione della destinazione originaria della cosa*", affermando altresì che "l'abuso del possesso non si traduce, e non può mai per definizione tradursi, nella sua *stabile inversione in dominio*"⁵².

Dette affermazioni vengono d'altronde sostenute anche dalla stessa giurisprudenza che è stata chiamata a distinguere tra peculato ed abuso d'ufficio, dove si è affermato: «è configurabile l'abuso d'ufficio quanto si sia in presenza di una distrazione che, seppur finalizzata a profitto proprio, si concretizzi in un *uso indebito del bene che non ne comporti la perdita* e la conseguente lesione patrimoniale a danno dell'ente cui appartiene»⁵³. Di conseguenza, si legge in un'altra pronuncia, il limite alla configurabilità del delitto di peculato nelle ipotesi di distrazione, con conseguente possibile applicazione dell'abuso di ufficio, è individuato nell'ipotesi in cui «il pubblico agente destini il denaro o la cosa nella sua diponibilità a finalità diverse da quelle istituzionali, ma senza che l'uno o l'altra *abbandonino radicalmente il loro rapporto con gli interessi pubblici*»⁵⁴.

Questa compresenza di indirizzi che poggiano l'elemento discrezionale tra appropriazione e distrazione, per un verso sulla natura dell'interesse caratterizzante l'uso indebito della risorsa e, per l'altro, sulla definitività o meno della rottura del vincolo pubblicistico, ha portato a non poche oscillazioni interpretative.

In alcune fattispecie, infatti, le due valutazioni coincidono, come avvenuto ad esempio in relazione ad un caso in cui la Corte ha ritenuto sussistente il reato di peculato a fronte della condotta del direttore di una società incaricata dello svolgimento di un pubblico servizio, che aveva utilizzato denaro dell'ente per lo svolgimento di attività di ricerca i cui proventi – brevetti e prototipi – erano rimasti nell'esclusiva titolarità dell'agente e di altri privati, anziché dell'ente che aveva finanziato la ricerca. In detta evenienza si è dunque potuto riscontrare,

⁵² Cfr. Cass., Sez. un., 20 dicembre 2012, n. 19054, con note, tra gli altri, di BENUSSI, *Il pubblico funzionario che fa uso del cellulare di servizio per fini privati risponde di peculato d'uso*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 maggio 2013.

⁵³ *Ex plurimis*, Cass., Sez. VI, 23 gennaio 2018, n.19484, Rv. 273783.

⁵⁴ Cass., Sez. VI, 22 giugno 2017, n. 41768, Rv. 271283.

sia il fine privatistico, sia la definitiva appropriazione realizzata con l'intestazione dei brevetti, con conseguente affermazione del principio di diritto secondo cui «integra il reato di peculato la condotta distrattiva del denaro o di altri beni che realizzi la sottrazione degli stessi alla destinazione pubblica e l'utilizzo per il soddisfacimento di interessi privatistici dell'agente»⁵⁵.

Il discorso si fa più complesso in riferimento alla diffusa casistica dell'utilizzo dell'auto di servizio da parte del pubblico ufficiale per esigenze personali, in riferimento alla quale la stessa giurisprudenza parla di «ampio e variegato, diritto vivente»⁵⁶, laddove non vi è appropriazione in senso stretto, posto che il bene resta di proprietà della pubblica amministrazione, ma certamente sussiste un'indebita utilizzazione per fini propri anziché per fini istituzionali.

In assenza di una norma incriminatrice *ad hoc* per l'indebito utilizzo, la Cassazione finora ha tendenzialmente ricondotto detta ipotesi all'art. 314, comma 1, c.p., ricavando la condotta appropriativa dalla reiterazione dell'uso improprio “per un consistente lasso di tempo”, valutazione effettuata in negativo rispetto all'art. 314, co. 2 c.p., che invece postula un utilizzo momentaneo ovvero temporalmente limitato⁵⁷. È di tutta evidenza come, in questa prospettiva, venga in considerazione un parametro di giudizio – l'apprezzabile arco temporale – caratterizzato da elevati margini di discrezionalità e che, in realtà, non pare idoneo, di per sé, a trasformare la condotta da distrattiva ad appropriativa⁵⁸.

Le incertezze e le incongruenze sul punto sono ulteriormente comprovate dalla parallela giurisprudenza formatasi sull'utilizzo improprio del cellulare di servizio e poi, più in generale, sull'utilizzo improprio di computer, tablet o della linea internet, che, a seguito dell'intervento delle sezioni unite a cui si è già fatto breve cenno, vengono ricondotte con una soluzione compromissoria al peculato d'uso, pur presentando la condotta caratteristiche simili, se non identiche,

⁵⁵ Cass., Sez. VI, 23 gennaio 2018, n.19484, cit.

⁵⁶ Così letteralmente Cass., Sez. VI, 10 marzo 2016, n. 13038, in *Dejure*, la quale ripercorre quattro diversi indirizzi interpretativi, uno teso a ricondurre al peculato comune l'uso costante ed abusivo del veicolo, un altro volto a configurare una pluralità di reati ex art. 314, co. 2 c.p. in ipotesi di reiterato uso per brevi tragitti, un terzo finalizzato a ritenere configurato l'abuso d'ufficio in caso di ingiusto vantaggio procurato a sé stessi ma in assenza di danno alla p.a., un ultimo, infine, spintosi ad affermare l'irrelevanza penale di detta condotta distrattiva.

⁵⁷ In questa direzione v. Cass., Sez. VI, 21 maggio 2019, n. 26330, in *Dejure*.

⁵⁸ Sul punto MATTEVI, *L'abuso d'ufficio. Una questione aperta*, cit., 336, ritiene opportuno mettere l'accento essenzialmente sulla lesione o meno al patrimonio, bene giuridico più afferrabile di quello dell'imparzialità e del buon andamento e punto di riferimento decisivo per l'interprete.

rispetto all'utilizzo improprio e reiterato dell'auto di servizio.

Di conseguenza si ritiene che continuare ora a ricondurre, alla luce dell'intervenuta novella legislativa, una siffatta casistica al peculato comune ex art. 314 c.p., in presenza di un'altra norma incriminatrice limitrofa, sia a livello topografico che a livello contenutistico, ed incentrata sul concetto di indebita destinazione, costituirebbe un'evidente forzatura interpretativa, posto che la diversità oggettiva delle due condotte dovrebbe necessariamente prevalere sulle ulteriori valutazioni relative alla finalità che caratterizza l'utilizzo⁵⁹.

Quest'ultima, dunque, potrà indiziare verso il peculato comune anziché verso l'indebita utilizzazione, solo nei casi in cui risulti accompagnata da una interversione del possesso tale da recidere in maniera definitiva la destinazione originaria della cosa o comunque tale da esplicitare la volontà di tenere la cosa come propria impedendo, attraverso l'uso esclusivo, alla pubblica amministrazione di utilizzare la cosa per il perseguimento dei suoi fini⁶⁰.

Al contrario, in riferimento alle ipotesi di uso improprio ma non idoneo a recidere il nesso funzionale pubblicistico, si potrà al più distinguere tra 314, comma 2, c.p. e 314-*bis* c.p. in virtù dell'immediata restituzione o meno della cosa mobile, aspetto che indubbiamente lascia scorgere possibili profili di incostituzionalità, quanto meno sul fronte della ragionevolezza e dell'osservanza del principio di uguaglianza sostanziale. In proposito occorre infatti considerare che i livelli sanzionatori delle due fattispecie, con l'unica eccezione della previsione di cui al comma 2 dell'art. 314-*bis* c.p., coincidono nonostante la nuova norma incriminatrice, oltre a non richiedere l'immediata restituzione, preveda in positivo che l'uso sia individuato da specifiche disposizioni di legge da cui non residuino margini di discrezionalità, unitamente alla causazione, intenzionale, di un ingiusto vantaggio patrimoniale o di un danno ingiusto.

⁵⁹ Al riguardo, prima dell'intervento di riforma, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 189, sostenevano come fosse più conforme allo spirito della riforma «ricondurre ogni ipotesi di distrazione - non importa se a profitto di altri o dello stesso soggetto agente - alla fattispecie di abuso d'ufficio».

⁶⁰ Situazione che potrebbe rinvenirsi, ad esempio, in riferimento ad un caso giurisprudenziale in cui l'auto di servizio era risultata a completa disposizione dell'imputata, la quale aveva venduta la propria auto privata per usare l'auto in dotazione come veicolo personale, consentendone anche l'utilizzo a terzi per finalità estranee a quelle istituzionali ed utilizzando, per la sosta, il proprio parcheggio privato. V. Cass., Sez. VI, 10 marzo 2016, n. 13038. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 34, sostiene che il fare propria la cosa «implica se non proprio e necessariamente l'idea di definitività, di sicuro una proiezione cronologica, una qualche durata nel tempo».

6. *L'abrogazione dell'art. 323 c.p. ed il compimento definitivo di un processo di svuotamento avvenuto per tappe.* Nel valutare l'effettiva portata dell'abrogazione della fattispecie di abuso d'ufficio, al di là dei riflessi già esaminati in riferimento alle ipotesi distrattive, occorre inevitabilmente partire dalla considerazione secondo cui il succedersi degli interventi di riforma della norma incriminatrice, culminati da ultimo con l'approvazione del d.l. n. 76/2020, rende indubbiamente assai difficile rimpiangere una fattispecie ormai svuotata di significato⁶¹.

Come noto infatti il pregresso intervento di modifica, nel riformulare l'art. 323 c.p., aveva inteso circoscrivere la sua portata ai soli casi di attività vincolata della pubblica amministrazione, con ciò espungendo, almeno nelle intenzioni, il tratto maggiormente caratterizzante la norma incriminatrice, ovvero quello riferibile al sindacato del magistrato penale sul corretto esercizio dei poteri discrezionali attribuiti dal legislatore all'amministratore pubblico, in particolare attraverso il ricorso al grimaldello del vizio di potere⁶².

Una descrizione del tipo legale così stringente sul piano della tassatività ha però portato la giurisprudenza a ricorrere a talune evidenti torsioni interpretative volte a restituire efficacia alla fattispecie incriminatrice, in particolare sostenendo che anche l'attività discrezionale è soggetta ad un principio di finalizzazione e destinata a rilevare penalmente in presenza di interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali il potere discrezionale è attribuito⁶³. Nello specifico la prassi giudiziaria, se per un verso ha finito per disconoscere, almeno tendenzialmente⁶⁴, la possibilità di rinvenire una valenza generalizzata ai canoni del buon andamento e dell'imparzialità di cui all'articolo 97, comma 2, Cost., per l'altro ha valorizzato l'ambito dell'obbligo di astensione, l'unico rimasto intaccato dalla riforma del 2020, nonché ritagliato ulteriori spazi di operatività nei casi in cui l'attività, pur nascendo discrezionale, divenga, in concreto, vincolata. Oltre a ciò ha aggirato il riferimento alle specifiche disposizioni

⁶¹ MANNA, *Sull'abolizione dell'abuso d'ufficio*, cit., par. 2; MATTEVI, *L'abuso d'ufficio: considerazioni a margine della sua abrogazione*, cit., 6 ss.

⁶² MASULLO, *L'equivoca correlazione tra abuso d'ufficio e burocrazia difensiva*, cit., 693, sottolinea come con la riforma del 2020 il legislatore avesse costruito un "modello normativo a rime obbligate", facendosi interprete della precedente formulazione legislativa.

⁶³ Sul punto DI GIOVINE, *Introduzione: tra storia e commemorazione dell'abuso d'ufficio*, cit., 668.

⁶⁴ In via di eccezione v. ad esempio Cass., Sez. VI, 6 dicembre 2021, n. 2080, Rv. 285184.

di legge ritenendo che la violazione di regolamenti potesse integrare il tipo penale quando richiamata dalla legge (ad esempio in riferimento al codice dell'ambiente ed al TU edilizio), nonché considerando integrata la violazione di legge – *sub specie* di sviamento di potere – per le ipotesi di assenza di presupposti dell'esercizio del potere discrezionale⁶⁵, posto che detto potere non può trasmodare in una vera e propria distorsione funzionale dei fini pubblici⁶⁶, come nel caso di preordinata sottostima dell'appalto per procedere ad affidamento diretto⁶⁷.

È chiaro, dunque, che con la recente abrogazione il legislatore abbia inteso chiudere definitivamente in suo favore la partita da tempo aperta con il formante giurisprudenziale⁶⁸, spesso spintosi in una prospettiva *praeter legem*, non solo collocandosi in linea di continuità con il precedente intervento di riforma, ma portando a definitivo compimento il lungo processo di contrazione e di svuotamento della fattispecie.

In questa direzione, preso atto del brusco arresto della frenetica rincorsa tra normazione mediante legge e normazione giurisprudenziale per la “cessata materia del contendere”⁶⁹, non resta che collocarsi in una prospettiva di sistema, nonché alla luce del bene giuridico costituzionale del buon andamento e della imparzialità della pubblica amministrazione, per cercare di comprendere quale sorte possa avere l'ampia casistica delle condotte lesive di tali interessi, realizzate mediante l'esercizio dolosamente distorto di poteri e funzioni pubbliche da parte di pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio.

7. Le residue esigenze di tutela in chiave funzionalistica ed i prospettati profili di incostituzionalità tra obblighi sovranazionali, ragionevolezza e proporzione. Le sotto-fattispecie diverse dalle condotte “distrattive” ma comunque riconducibili alla pregressa formulazione dell'art. 323 c.p., ovvero gli abusi “di

⁶⁵ DI GIOVINE, *Introduzione: tra storia e commemorazione dell'abuso d'ufficio*, cit., 666.

⁶⁶ Cass. sez. VI, 9 dicembre 2020, n. 442, Rv. 280296.

⁶⁷ V. Cass., Sez. VI, 28 gennaio 2021, n. 8057, Rv. 280965.

⁶⁸ MASULLO, *L'equivoca correlazione tra abuso d'ufficio e burocrazia difensiva*, cit., 694, sottolinea che l'abrogazione della fattispecie può considerarsi come una sorta di sanzione per una giurisprudenza mostrata nel tempo resistente ad ogni spinta riduzionista.

⁶⁹ BRUNELLI, *Eliminare l'abuso d'ufficio: l'uovo di Colombo o un ennesimo passaggio a vuoto?*, cit., 4, utilizza in proposito la metafora del porre fino al gioco con la prepotenza di chi può portarsi a casa il pallone.

vantaggio o di danno” e gli abusi commessi in presenza di un conflitto di interessi, in mancanza di dazione o promessa di denaro o di altra utilità, non sembrano riconducibili ad alcuna norma incriminatrice, con ciò venendosi a determinare taluni significativi vuoti di tutela nella rilevata ottica funzionalistica⁷⁰.

Al riguardo basti pensare alle ipotesi, già segnalate in dottrina, di abuso del proprio potere cui seguano, in via meramente esemplificativa: l’assunzione presso un ente pubblico di un soggetto che non ne abbia i requisiti, la stipula di un contratto di servizi in assenza di apposito bando, il rilascio di un permesso in sanatoria in assenza dei presupposti, oppure, ancora, un pregiudizio economico arrecato ad un singolo nei cui confronti si abbia una qualsivoglia rivalità o inimicizia⁷¹. Allo stesso modo risultano sprovviste di tutela le fattispecie in cui il pubblico funzionario, in presenza di un conflitto di interessi o comunque trovandosi in una situazione di oggettiva parzialità, non si astenga dall’agire e produca a sé o ad altri un ingiusto vantaggio o danno; si pensi all’ampia casistica del medico specialista che, dopo la visita ambulatoriale, dirotti il paziente presso il proprio laboratorio privato anziché presso i contigui presidi ospedalieri, oppure del funzionario che, omettendo di astenersi, si attribuisca il bene di un’asta pubblica da lui gestita, sia pur per interposta persona⁷².

A tal proposito se è vero che l’abrogazione *tout court* dell’abuso d’ufficio ha finito per comportare la creazione di irragionevoli aree di impunità in riferimento ad un’ampia gamma di condotte, incluse ipotesi del tutto estranee alla cosiddetta paura della firma⁷³, è altrettanto vero che proprio l’ampiezza di questa casistica dimostra che la fattispecie in esame, a partire dalla riforma del 1990, è stata gravata di una serie di funzioni e di ambiti di tutela insostenibili per una singola norma incriminatrice.

In merito, preso atto della fin troppo manifesta volontà del legislatore, non pare auspicabile un recupero delle esigenze di tutela attraverso una via “interpretativa di sistema” volta ad estendere il perimetro applicativo di altre fattispecie, posto che detto ampliamento passerebbe inevitabilmente attraverso torsioni

⁷⁰ L’unica parziale eccezione potrebbe essere rinvenuta nell’art. 328 c.p., che, come noto, si caratterizza per una cornice edittale inferiore a quella prevista per l’abrogato art. 323 c.p.

⁷¹ GATTA, *Morte dell’abuso d’ufficio*, cit., 141-142; MASULLO, *L’equivoca correlazione tra abuso d’ufficio e burocrazia difensiva*, cit., 691.

⁷² DONINI, *Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell’abuso di ufficio*, cit.

⁷³ Cfr. MASULLO, *L’equivoca correlazione tra abuso d’ufficio e burocrazia difensiva*, cit., 689 ss.

interpretative tali da porsi in palese contrasto con i canoni della stretta legalità e della proporzione⁷⁴.

Parimenti poco praticabile risulta essere poi l'ipotesi di una riscrittura dell'art. 323 c.p. finalizzata a circoscrivere ulteriormente l'area di tipicità della fattispecie, dovendosi in proposito considerare le difficoltà che si rinvencono anche solo nell'immaginare una nuova e più stringente formulazione di detta norma incriminatrice⁷⁵.

A fronte di tale *impasse* la giurisprudenza pare aver imboccato l'impervia via volta ad investire la Corte costituzionale di plurime questioni di legittimità, specie in riferimento all'osservanza di obblighi di natura sovranazionale, tese ad imporre un obbligo di criminalizzazione che vada a contrastare la scelta di abrogare o di ulteriormente circoscrivere le norme incriminatrici su cui è intervenuta la riforma di settore in esame.

Si tratta di un'opzione in parte già praticata da due ordinanze del Tribunale di Firenze⁷⁶ e da un'ordinanza del Tribunale di Locri⁷⁷, convergenti nel sollevare

⁷⁴ Si soffermano su questo rischio in particolare GATTA, *L'annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: tra "paura della firma", esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, cit., 170; GAMBARDELLA, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel "disegno di legge Nordio"*, cit., par. 1.1; BRUNELLI, *Eliminare l'abuso d'ufficio: l'uovo di Colombo o un ennesimo passaggio a vuoto?*, cit., 5 ss., ritiene che, trattandosi di norma residuale non dovrebbe venire in considerazione un rischio consistente, pur potendosi pronosticare una reazione dei p.m. direzionata verso un preoccupante rigonfiamento estensivo delle fattispecie di contorno rispetto all'abuso d'ufficio.

⁷⁵ MATTEVI, *L'abuso d'ufficio: considerazioni a margine della sua abrogazione*, cit., 26-27; MASULLO, *L'equivoca correlazione tra abuso d'ufficio e burocrazia difensiva*, cit., 694, rileva che, nell'immaginare una proposta di riforma «la prima sensazione è di smarrimento nell'intravedere una strada davvero nuova e utile che prometta la costruzione di una fattispecie al contempo credibile nei risultati applicativi in senso delimitativo e capace di cogliere i reali bisogni di pena». FIORE, *Abuso d'ufficio*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 289, ritiene preferibile l'opzione abrogativa rispetto a rimaneggiamenti della fattispecie mal progettati e male eseguiti. A favore dell'abrogazione, richiedendo un parallelo intervento di "ristrutturazione" dei controlli extra-penali, si era già espresso A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, Torino, 2019, 124, il quale riteneva preferibile l'ablazione della fattispecie rispetto all'ennesima riformulazione legislativa. Per un'ulteriore opzione di riscrittura dell'art. 323 c.p., in termini di "abuso d'ufficio illegale", cfr. infine SESSA, *Dall'arresto illegale all'abuso d'ufficio "illegale"*, cit., 708 ss.

⁷⁶ Sulla prima, del 24 settembre 2024, v. GATTA, *Abolizione dell'abuso d'ufficio: a Firenze una prima ordinanza di remissione alla Consulta. Esiste un obbligo convenzionale di non decriminalizzazione (o di stand-still)?*, in *www.sistemapenale.it*, 25 settembre 2024, secondo cui un obbligo espresso di incriminazione non è previsto nella Convenzione di Merida, che all'art. 19 vincola il legislatore a considerare di adottare una disciplina che incrimini l'abuso d'ufficio ("shall consider adopting") e non ad adottare *tout court* una simile disciplina ("shall adopt"). Sulla seconda, del 3 ottobre 2024, ID., *Abuso d'ufficio (e concorsi universitari): a Firenze una seconda ordinanza di remissione alla Corte costituzionale*, in *www.sistemapenale.it*, 5 ottobre 2024.

⁷⁷ Tribunale Locri, ord. del 30 settembre 2024, in *www.sistemapenale.it*, 14 ottobre 2024, relativa al solo

la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 1, lett. b) della l. n. 114/2024 (c.d. legge Nordio), nella parte in cui abroga l'art. 323 c.p., ritenendo rilevante e non manifestamente infondata detta questione per violazione degli artt. 11, 117, co. 1 e 97 Cost⁷⁸. In proposito, da un lato si evidenzia il mancato rispetto dei vincoli derivanti dal diritto internazionale e, in particolare, dalla Convenzione ONU contro la corruzione del 2003 (Convenzione di Merida)⁷⁹, dall'altro si sottolineano i gravi vuoti di tutela che detta abrogazione determina in riferimento al buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione⁸⁰.

A tal riguardo viene in considerazione una soluzione che, oltre ad iscriversi nel già tracciato paradigma dell'aperto contrasto tra potere legislativo e potere giudiziario⁸¹, si scontra inevitabilmente con le difficoltà sottese ad un intervento che andrebbe ad operare *in malam partem*, e che, dunque, per costante giurisprudenza della Corte costituzionale, potrebbe eventualmente fondarsi solo sull'esistenza di un obbligo internazionale di incriminazione⁸².

profilo della violazione dell'art. 117, co. 1 Cost. in riferimento agli artt. 7, co. 4 e 19 della Convenzione di Merida.

⁷⁸ Per l'esattezza la seconda ordinanza del 3 ottobre 2024 ha eccepito anche il contrasto con l'art. 3 Cost.

⁷⁹ Per quanto riguarda questo aspetto viene eccepita la violazione degli artt. 11 e 117, co. 1 Cost., in relazione agli artt. 7, co. 4, 19 e 65, co. 1, della Convenzione delle Nazioni unite del 2003 contro la corruzione, da cui discenderebbe l'esistenza di un vincolo a mantenere in vita il reato: «un obbligo internazionale di *stand-still*, cioè l'obbligo internazionale di mantenere le cose come sono».

⁸⁰ In merito a tale profilo si rileva, tra l'altro, che la riforma abroga la fattispecie di cui all'art. 323 c.p., sia in relazione all'abuso "per violazione di legge" che "per omessa astensione", per cui le uniche condotte finora incriminate *sub* art. 323 c.p. a rimanere sanzionate penalmente sono costituite dal c.d. peculato per distrazione (limitato alla distrazione di denaro o cose mobili), in forza della quasi contestuale (ma antecedente) introduzione dell'art. 314-*bis* c.p. e dalle forme di abuso d'ufficio per omissione, tutt'ora incriminato *ex* art. 328 c.p.

⁸¹ In proposito si veda anche la memoria della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Foggia relativa alla riformulazione del delitto di traffico di influenze illecite in *www.sistemapenale*, 1 ottobre 2024.

⁸² Cfr. Corte costituzionale, sent. 18 gennaio 2022, n.8, in *www.sistemapenale*, 19 gennaio 2022, in cui la Corte, con riferimento proprio alla parziale *abolitio criminis* della fattispecie di abuso d'ufficio conseguente alla riforma approvata con d.l. 76/2020, riprende la distinzione tra norme penali di favore e norme penali favorevoli, già affrontata in precedenza, e chiarisce che «per norme penali di favore debbono intendersi quelle che stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni compresenti nell'ordinamento. [...] La qualificazione come norma penale di favore non può essere fatta, di contro, discendere, come nel caso di specie, dal raffronto tra una norma vigente e una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale». La distinzione conduce a diverse conclusioni in punto di ammissibilità *ex* art. 25 Cost. di una sentenza dichiarativa di illegittimità costituzionale, atteso che l'effetto in *malam partem*, conseguente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme penali di favore, «non vulnera la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione, rappresentando

Anche in questo caso poi è l'abrogazione dell'abuso d'ufficio a catalizzare le possibili questioni di legittimità costituzionale, mentre consistenti profili di incostituzionalità possono prospettarsi, più che in relazione alla scelta di abrogare l'art. 323 c.p., in riferimento all'ambito particolarmente circoscritto del nuovo art. 314-*bis* c.p. ed alla particolare mitezza dei suoi livelli sanzionatori⁸³, profili che potrebbero ridimensionarsi solo laddove prevalga l'opzione conservativa dell'attuale assetto interpretativo in tema di distrazioni riconducibili al peculato comune, opzione che però rischia di porsi in contrasto con le istanze sottese al principio di tassatività.

In proposito è opportuno menzionare l'ordinanza con la quale il Tribunale di Reggio Emilia ha respinto le eccezioni di illegittimità costituzionale sollevate dalla Procura nell'ambito della vicenda di Bibbiano e relative, in particolare, all'avvenuta abrogazione dell'art. 323 c.p.

Detta ordinanza, nel ritenere manifestamente infondate perché inammissibili nel giudizio di legittimità costituzionale le questioni relative agli artt. 3, 24 e 97 Cost., posto che la reviviscenza del delitto di abuso d'ufficio produrrebbe effetti *in malam partem*, ha ritenuto invece astrattamente ammissibile, ma infondata nel merito, la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento all'art. 117 Cost. in relazione all'art. 19 della Convenzione di Merida, in quanto tale disposizione convenzionale non contempla un obbligo di incriminazione dell'abuso d'ufficio, né risulta possibile ricavare da detta disposizione un "divieto di regresso".

Ha ritenuto infine ammissibile ed "in parte non manifestamente infondata" la questione di legittimità costituzionale sollevata per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., in riferimento alla Direttiva 2017/1371 sulla protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea ed all'obbligo di incriminazione ivi contenuto nell'art. 4, in considerazione dell'avvenuta cancellazione, all'interno dell'art. 322-*bis* c.p., del riferimento all'art. 323 c.p., sostituito mediante il richiamo al

una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di ingiustificata disciplina derogatoria»; mentre laddove sia censurata sul piano della legittimità costituzionale una norma penale favorevole (categoria in cui di regola si iscrive una disposizione abolitiva - in misura totale o parziale - di una fattispecie incriminatrice) «la richiesta di sindacato *in malam partem* non mira a far riespandere una norma tuttora presente nell'ordinamento, ma a ripristinare la norma abrogata, espressiva di una scelta di criminalizzazione non più attuale: operazione preclusa alla Corte».

⁸³ V. *supra*, par. 4.

nuovo art. 314-*bis* c.p.

Secondo il Tribunale di Reggio Emilia infatti, «rispetto a condotte distrattive che abbiano ad oggetto immobili, l'intervenuta abrogazione dell'abuso d'ufficio determinerebbe un inadempimento sopravvenuto all'obbligo di incriminazione sovranazionale», in quanto la fattispecie di indebita destinazione, attualmente richiamata dall'art. 322-*bis* c.p., è circoscritta alle distrazioni su denaro o cose mobili. Ferma restando tale indicazione, da tenere in considerazione in prospettiva futura, anche detta questione di legittimità è stata ritenuta irrilevante nel caso di specie, non potendosi considerare la distrazione in esame come lesiva degli interessi finanziari della UE.

8. *I possibili interventi a latere dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la necessità di un recupero della dimensione sussidiaria del diritto penale.* Se dunque, come qui si ritiene, le principali difficoltà del reato di abuso d'ufficio risalgono al momento in cui questo è divenuto onnicomprensiva norma di chiusura del sistema, a fronte della contestuale estromissione del peculato per distrazione e della fattispecie di interesse privato in atto d'ufficio, una soluzione alle questioni aperte dalla sua abrogazione parrebbe potersi rintracciare proprio nel convogliare, in diverse norme incriminatrici, le fattispecie storicamente ricondotte all'art. 323 c.p.

Ed infatti, preso atto del fallimento delle diverse formulazioni dell'abuso d'ufficio, le perplessità della riforma attengono non tanto all'abrogazione della fattispecie, quanto alla sua abrogazione in mancanza di interventi *a latere*⁸⁴, salvo il discutibile portato dell'art. 314-*bis* c.p.⁸⁵.

In questa direzione, a prescindere da necessità derivanti da vincoli sovranazionali, per recuperare la penale rilevanza di talune condotte si può in primo luogo ipotizzare, come suggerito da parte della dottrina, il ricorso ad una fattispecie di evento strutturata secondo le cadenze dell'infedeltà patrimoniale e da

⁸⁴ Cfr., tra gli altri, ROMANO, *La prospettata abrogazione dell'abuso d'ufficio: più pro che contro*, cit., 21, il quale afferma che «ove mai l'abrogazione del delitto di abuso di ufficio lasciasse limitati vuoti di tutela in settori ancora meritevoli dell'intervento del diritto penale, si potrebbe intervenire selettivamente».

⁸⁵ In proposito occorre considerare che lo stesso legislatore, nella già citata Relazione al disegno di legge governativo, ha incidentalmente specificato che «rimane ferma la possibilità di valutare in futuro specifici interventi additivi volti a punire condotte "circoscritte e precise" in ottemperanza di eventuali indicazioni di matrice euro-unitaria che dovessero essere introdotte in futuro».

incentrare sulla situazione di conflitto di interessi⁸⁶, in modo da sanzionare «comportamenti riconducibili ad una base semantica sufficientemente stabilizzata – in norme penali ed extrapenali – in grado di garantire la prevedibilità della risposta giudiziaria»⁸⁷.

Allo stesso modo, in riferimento a settori specifici⁸⁸, quali i contratti pubblici ed i concorsi pubblici, si potrebbe intervenire sui limiti applicativi che attualmente incontrano le due fattispecie della turbata libertà degli incanti e del procedimento di scelta del contraente (artt. 353 e 353-*bis* c.p.), le quali richiederebbero un adeguamento del tipo legale che tenga conto dell'evoluzione della normativa amministrativa in materia⁸⁹, anche in considerazione del fatto che la giurisprudenza più recente si è mostrata meno incline a forzature interpretative dal dato testuale delle fattispecie⁹⁰.

Al riguardo si consideri, ad esempio, l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui, in tema di turbativa d'asta, le procedure concorsuali per l'assunzione di personale da parte dello Stato e delle sue articolazioni – ivi comprese le procedure di concorso per il reclutamento di professori universitari – non possono essere ricondotte alla nozione di “gara” di cui la pubblica amministrazione si avvale per l'acquisizione di beni e servizi. Si tratta di una conclusione imposta dalla formulazione dell'art. 353 c.p., che si riferisce alle gare nei “pubblici incanti e

⁸⁶ Così MANNA, *Sull'abolizione dell'abuso d'ufficio*, cit., par. 4, secondo cui la situazione di conflitto di interessi «non dovrebbe essere qualificata solo in chiave omissiva, ma caratterizzare l'abuso a livello di condotta attiva, cui dovrebbe poi seguire, con relativo nesso causale, l'evento di danno patrimoniale, oppure non patrimoniale». MASULLO, *L'equivoca correlazione tra abuso d'ufficio e burocrazia difensiva*, cit., 696-697, ipotizza una riforma della fattispecie incentrata sul conflitto di interessi e la violazione dell'obbligo di astensione, esplicitando con maggior rigore il nesso di strumentalità tra la condotta e l'ingiusto vantaggio patrimoniale o il danno ingiusto, oltre l'opportunità di definire la nozione di ingiustizia prevedendo che, in assenza di danno per la pubblica amministrazione, non sia configurabile il reato, al pari di quanto già sperimentato all'interno della fattispecie di infedeltà patrimoniale con riferimento all'ingiustizia del profitto.

⁸⁷ MASULLO, *L'equivoca correlazione tra abuso d'ufficio e burocrazia difensiva*, cit., 696.

⁸⁸ In proposito BRUNELLI, *Eliminare l'abuso d'ufficio: l'uovo di Colombo o un ennesimo passaggio a vuoto?*, cit., 9, ritiene che la strada più convincente sia esplorare un criterio selettivo non più per tipologie di condotta, ma per tipologie procedimentali, marcando con lo strumento penale le funzioni pubbliche maggiormente delicate perché più esposte al favoritismo e alla prevaricazione.

⁸⁹ CONSULICH, *Appalti, pubblica amministrazione e concorrenza: le tre dimensioni dell'inerzia penalistica nel settore del Public Procurement*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, 651 ss.; PENCO, *I delitti di turbativa, tra immobilismo legislativo e supplenza giurisprudenziale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 15 aprile 2023, 3 ss. Sottolinea incidentalmente questo aspetto anche PELISSERO, *Introduzione ai lavori: la tutela penale della pubblica amministrazione nell'intrico della disciplina amministrativa e dei controlli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, 538-539.

⁹⁰ MATTEVI, *L'abuso d'ufficio: considerazioni a margine della sua abrogazione*, cit., 39.

nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni”, e, dunque, dall’osservanza del divieto di analogia *in malam partem*⁹¹, ma che potrebbe essere superata attraverso una ponderata riscrittura della fattispecie.

Allo stesso modo, nel settore degli appalti, l’attuale formulazione dell’art. 353-*bis* c.p. sembra impedire di ricorrere al reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente quando i soggetti pubblici hanno fatto ricorso all’affidamento diretto in maniera distorta, ad esempio eludendo l’indizione di una gara. Da qui, allora, il legislatore sarebbe dovuto ripartire, modificando il testo della fattispecie di cui all’art. 353-*bis* c.p. e stabilendo che la norma non riguarda soltanto le ipotesi di “inquinamento” volto a condizionare la gara, e quindi le modalità di scelta del contraente, ma anche quelle di “inquinamento del procedimento finalizzato ad evitare la gara”⁹², con ciò ovviando *ab origine* al rischio di ricorrere a quelle torsioni interpretative che avevano portato a ricondurre questa casistica nell’alveo dell’art. 323 c.p.

A chiusura della disamina finora effettuata si ritiene poi opportuno, in estrema sintesi, rivolgere lo sguardo in una prospettiva più ampia, che parta dagli innumerevoli interventi legislativi che si sono registrati nel settore in esame a partire dalla prima riforma del 1990.

A tal proposito viene in considerazione una sorta di bulimia riformistica che, per un verso riflette l’eccessiva enfasi che si ripone sullo strumento penalistico, gravato di un eccesso di funzioni che per sua stessa natura non può svolgere, per l’altro risente di evidenti connotazioni ideologiche tali da iscriversi nel paradigma del c.d. populismo penale⁹³. Ne deriva ulteriormente che, ad ogni cambio di maggioranza, il legislatore finisce per mandare messaggi di segno diametralmente opposto e privi di una visione di sistema; si pensi al repentino passaggio che ha portato dapprima all’equiparazione, su più fronti, dei delitti contro la pubblica amministrazione ai fenomeni associativi di stampo mafioso⁹⁴, per poi passare alla profusione di rassicurazioni rivolte agli amministratori pubblici, a cui è stata garantita una minore esposizione al rischio di intervento del

⁹¹ Cass., Sez. VI, 10 maggio 2023, n. 26225 in *Dejure*. Sul tema in particolare cfr. PENCO, *I delitti di turbativa, tra immobilismo legislativo e supplenza giurisprudenziale*, cit. 21 ss.

⁹² Così MATTEVI, *L’abuso d’ufficio: considerazioni a margine della sua abrogazione*, cit., 46.

⁹³ MANNA, *Sull’abolizione dell’abuso d’ufficio*, cit., par. 7.

⁹⁴ Cfr. al riguardo SCALFATI, *Il “binario” processuale per i reati contro la pubblica amministrazione*, in *Il processo penale per i delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di Scalfati, Bari, 2024, 1 ss.

diritto penale⁹⁵.

I continui aggiustamenti normativi comportano poi inevitabilmente il sorgere di delicate questioni intertemporali, basti pensare che, in relazione ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 76/2020, l'abolizione dell'abuso d'ufficio va valutata tenendo conto degli effetti di due leggi in successione, quella del 2020 e quella del 2024 e che, soprattutto, detta conclusione va ora estesa anche al nuovo art. 314-*bis* c.p. in quanto, da un lato la perdurante rilevanza penale delle fattispecie distrattive presuppone che i fatti commessi antecedentemente alla riforma del 2020 fossero ancora riconducibili all'art. 323 c.p., dall'altro alcune classi di condotte, a seguito dell'abrogazione di detta fattispecie, sono da considerare definitivamente abolite, non rientrando nel perimetro applicativo del nuovo delitto di indebita destinazione⁹⁶.

A ciò si aggiunge la pervicace rivendicazione dei rispettivi ambiti applicativi che vede da tempo contrapposti il potere politico ed il potere giudiziario⁹⁷ e, sullo sfondo, le istanze della tassatività da una parte e le esigenze di tutela dall'altra, capitolo di certo non nuovo, ma che di recente si sta direzionando nella ricerca di un arbitro terzo da rinvenire tra il diritto sovranazionale e la Corte costituzionale, con la reiterata richiesta di un intervento *in malam partem*.

Ne deriva la necessità di trovare un nuovo equilibrio del sistema, non solo mediante interventi selettivi volti a compensare in certa parte l'abrogazione dell'abuso d'ufficio, ma, prima ancora, al di fuori del circuito penalistico, affinché questo possa recuperare quel carattere di sussidiarietà sotteso all'*extrema ratio* della pena⁹⁸.

⁹⁵ In proposito v. MERLO, *La felicità di Sisifo: a proposito dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, cit., 1113.

⁹⁶ Sul punto, in particolare, GATTA, *Abuso d'ufficio e traffico di influenze illecite dopo la l. 114/2024: il quadro dei problemi di diritto intertemporale e le possibili questioni di legittimità costituzionale*, cit., 189 ss.; GAMBARDELLA, *Peculato, abuso d'ufficio e nuovo delitto di "indebita destinazione di denaro o cose mobili" (art. 314-bis c.p.)*, cit., par. 3, il quale sottolinea come le condotte distrattive sussunte sotto l'abuso d'ufficio, dopo la sua abrogazione, saranno solo in parte riconducibili al nuovo art. 314-*bis* c.p., dovendosi considerare l'insussistenza di una relazione normativa di genere a specie tra le due norme incriminatrici.

⁹⁷ BRUNELLI, *Eliminare l'abuso d'ufficio: l'uovo di Colombo o un ennesimo passaggio a vuoto?*, cit., 3, sottolinea che la politica criminale non può ridursi ad una sfida della legge al giudice, tra chi ha più cocciutaggine o abilità. Sul punto v. anche MERLO, *La felicità di Sisifo: a proposito dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, cit., 1114.

⁹⁸ In questa direzione, tra gli altri, Cfr. FORTI, *Relazione di sintesi (in sette parole)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, 764 ss.; MATTEVI, *L'abuso d'ufficio. Una questione aperta*, cit., 315 ss. In una prospettiva non solo sostanzialistica DONINI, *Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell'abuso di ufficio*, cit., ritiene che la magistratura debba applicare il principio di sussidiarietà anche nell'esercizio dell'azione penale. Sul rapporto tra prevenzione e repressione v. BUSIA, *I limiti del diritto penale e il rapporto tra*

In questa direzione si potrebbe operare, per un verso implementando gli strumenti sanzionatori ad esso alternativi, quali l'ambito disciplinare⁹⁹ e quello erariale¹⁰⁰, per l'altro attraverso un recupero della legalità amministrativa in senso ampio¹⁰¹, che porti la normativa di settore a predeterminare i fini per cui il potere pubblico è conferito affinché risulti poi possibile, su questa base ed entro questi ben definiti limiti, l'intervento penalistico¹⁰².

prevenzione e repressione nei reati contro la pubblica amministrazione, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, 713 ss.

⁹⁹ Già PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 79, sottolineava che le misure disciplinari sarebbero in molti casi più adeguate di quelle penali per assicurare una valida tutela, se solo non fossero inconsistenti. Più di recente CARLONI, *L'abuso di potere, tra contrasto penale e contrasto amministrativo: i limiti dell'anticorruzione amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, 637 ss., secondo cui le traiettorie del diritto amministrativo e del diritto penale vanno pensate in termini di complementarità e di integrazione.

¹⁰⁰ MATTEVI, *L'abuso d'ufficio: considerazioni a margine della sua abrogazione*, cit., 44, rileva che «la responsabilità contabile è molto temuta dai pubblici agenti e, quindi, a maggior ragione se si assiste all'arretramento della tutela penale, irrinunciabile. Non si può assolutamente condividere allora la decisione del legislatore italiano di prorogare, come ha fatto, oltre giugno 2024 una scelta, già discutibile, che era stata effettuata con il d.l. n. 76/2020 (art. 21), convertito nella legge n. 120/2020, con la limitazione di questa responsabilità ai soli casi di dolo (con esclusione della colpa grave), sempre che non si tratti di danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente».

¹⁰¹ RAMPIONI, *Il lamento funebre, le prefiche e l'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, cit., 7, secondo cui a tutela del cittadino deve essere sufficiente la garanzia di legalità dell'azione amministrativa, fissando «quei modelli preventivi di organizzazione, di funzionamento e di controlli interni alla pubblica amministrazione, rimasti nel tempo lettera morta: introdurre, in altri termini, codici di comportamento e la responsabilità disciplinare del pubblico agente». In proposito DI GIOVINE, *Introduzione: tra storia e commemorazione dell'abuso d'ufficio*, cit., 667, sottolinea la diversa accezione della legalità amministrativa rispetto a quella penalistica.

¹⁰² Sul punto, avendo come riferimento le peculiarità del concetto amministrativistico di discrezionalità, v. CUDIA, *Appunti su abuso d'ufficio e discrezionalità amministrativa: un'alternativa (interpretativa) all'abrogazione dell'articolo 323 sarebbe stata possibile*, in www.sistemapenale.it, 29 luglio 2024, 7 ss.