

I DELITTI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NEL PIANO DI TORSIONE DELLA GIUSTIZIA PENALE. ASPETTI COSTITUZIONALI E POLITICO-CRIMINALI DELLA “RIFORMA NORDIO”

di Andrea Perin

(*Professore associato di diritto penale,
Università degli Studi di Brescia*)

Sommario. 1. Un contesto preoccupante. – 2. L’abrogazione dell’abuso d’ufficio (art. 323 Cp). – 2.1. Ricapitolando le vicende precedenti. – 2.2. Lo stato attuale. – 2.2.1. L’introduzione della “indebita destinazione di denaro o cose mobili” (art. 314-bis Cp) a cavallo fra peculato (art. 314 Cp) e abuso d’ufficio (abrogato art. 323 Cp). Peculato per distrazione o abuso distrattivo d’ufficio? – 2.2.2. Gli abusi depenalizzati. – 3. Le modifiche al “traffico di influenze illecite” (art. 346-bis Cp). – 4. Profili di legittimità e politico-criminali. – 4.1. Il contrasto con gli obblighi di criminalizzazione (argomento formale e relativo). – 4.1.1. Le questioni di costituzionalità. – 4.1.2. Obblighi di tutela e incostituzionalità da inadempimento sopravvenuto. – 4.1.2.1. L’an degli obblighi di tutela e il perimetro di adempimento. – 4.1.2.2. Ri-allineamento alla legalità convenzionale tramite la Corte costituzionale? – 4.2. Possibili scenari: questioni interpretative e prospettive di politica-penale. – 4.2.1. L’eventuale seconda vita dell’abuso d’ufficio. – 4.2.2. Altre ipotesi *de lege ferenda* (cenni). – 5. In conclusione: irragionevolezza e illiberalismo della riforma.

1. La l. 9.8.2024, n. 114 (cd. “legge Nordio”)¹ ha abrogato il delitto di “abuso d’ufficio” (art. 323 Cp) e riformulato la disciplina del “traffico di influenze illecite” (art. 346-bis Cp), restringendone notevolmente la portata. La retromarcia del penale a tutela della Pubblica Amministrazione (e del singolo di fronte agli abusi della PA) conta anche con un tassello ri-aggiuntivo, data l’introduzione, in via parzialmente sostitutiva della fattispecie eliminata, del nuovo art. 314-bis Cp, che prevede il delitto di “indebita destinazione di denaro o cose mobili” (d.l. 4.7.2024, n. 92, poi convertito – con modificazioni – nella l. 8.8.2024, n. 112).

Al di là delle delicate questioni interpretative, già esaminate in letteratura², e che pure riprenderemo, particolarmente rilevante continua ad essere la riflessione sugli esiti che la

¹ La legge, recante «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all’ordinamento giudiziario e al codice dell’ordinamento militare», è stata pubblicata nella G.U. n. 187 del 10.8.2024 ed è entrata in vigore – salvo quanto disposto dall’art. 9 – il 25.8.2024.

² Per un primo compendio di commenti organici alla complessiva “riforma Nordio”, per lo più critici, oltre a quelli cit. nelle nt. successive, cfr. G.L. 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 *SP* 2024 (7-8), 135 ss.; Id., *La legge Nordio e il “soffocamento applicativo” del traffico di influenze illecite. Tra parziale abolito criminis e profili di illegittimità costituzionale per violazione di obblighi internazionali*, ivi, 145 ss.; E. Mattevi, *L’abuso d’ufficio: considerazioni a margine della sua abrogazione*, in www.lalegislationepenale.eu,

nuova reazione della giurisprudenza potrà avere sull'operato del legislatore, essendo ora in discussione non solo l'opportunità politico-criminale di quegli interventi, ma più radicalmente la loro legittimità costituzionale di fronte agli obblighi eurounitari e convenzionali di criminalizzazione in materia di contrasto alla corruzione in senso ampio³.

Questo aspetto va messo immediatamente in primo piano, posto che il recente e rivitalizzato (ben venga) dibattito dottrinale su scopi e matrici del diritto punitivo si è dedicato a ridiscutere i presupposti e i limiti degli obblighi di tutela penale, specialmente quelli internazionali, rilevanti ai sensi degli artt. 117 e 11 Cost.; un dibattito in cui – schematizzando troppo, ora volutamente – riemergono le ragioni per la riduzione del penale, anche tramite la ricerca di una miglior definizione del concetto di “bene giuridico”, il rispetto delle garanzie e se del caso dei “contro-limiti” nel dare esecuzione agli obblighi di tutela sottoscritti, da un lato; e gli argomenti di chi vede nel diritto penale uno strumento di lotta talvolta irrinunciabile – quindi, entro certi limiti obbligatorio – a tutela di diritti⁴.

Come altri, anche lo studio di questo frangente del sistema penale e della “riforma Nordio” induce però ad articolare quello schema, cogliendo l'opportunità di comprendere, cercando quando possibile di coniugarle, le diverse ragioni in campo⁵.

Qui, in gioco, ci sono interessi generali, beni giuridici (il «buon andamento» e la «imparzialità» della PA, elevati a rango costituzionale dall'art. 97 Cost.⁶), ma anche diritti fondamentali in uno Stato di diritto, pregiudicati gravemente quando l'esercizio delle pubbliche funzioni, offendendo quei medesimi beni, diviene abusivo, arbitrario e, in definitiva, discriminatorio⁷. Da questo punto di vista, è possibile cogliere già *prima facie* che

16.7.2024, 1 ss.; A. Roiati, *Il riassetto dei delitti contro la pubblica amministrazione: la reviviscenza della fattispecie distrattiva, l'abrogazione dell'abuso d'ufficio ed il convalidato di pietra del peculato per appropriazione*, in www.archiviopenale.it, 2024 (3), 1 ss.; V. Mongillo, *Il nuovo traffico di influenze illecite: evoluzione e dilemmi di un nodo irrisolto*, in *DPP* 2024 (9), 1124 ss.

³ Sulle ipotesi di «inadempimento statale sopravvenuto» rispetto ad obblighi UE e sul possibile ruolo della Corte cost., in prospettiva generale, V. Manes, *Il cammino dell'armonizzazione in materia penale*, in *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, a cura di V. Manes, M. Caianiello, Torino 2020, 31, 36 ss.

⁴ Su questo profilo, si rinvia al recente dibattito saggistico e in particolare al confronto fra le tesi di F. Viganò, *Diritto penale e diritti della persona*, in www.sistemapenale.it, 13.3.2023; e di A. Cavaliere, *'Diritti' anziché 'beni giuridici' e 'principi' in diritto penale? A proposito di un saggio di Francesco Viganò*, in *SP* 2023 (10), 63 ss.

⁵ Significativo, in questo senso, il contributo di P.F. Bresciani, *Obblighi costituzionali di tutela e nozione autonoma di materia "penale": come conciliare la lezione liberalpenalista e costituzionalpenalista di Franco Bricola*, in *RIDPP* 2023 (4), 1633 ss.

⁶ V. per es. A. Bondi, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, in A. Bondi, A. di Martino, G. Fornasari, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino 2008, 1, 35 ss.; M. Catenacci, *Considerazioni politico-criminali: il bene giuridico tutelato dagli artt. 314-335 c.p.*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino 2011, 5, 8 ss., spec. 13 ss.

⁷ Rileva M. Catenacci, *op. cit.*, 13-14, individuando nella «imparzialità» della PA il bene giuridico tutelato dal peculato e dal – nel frattempo abrogato – abuso d'ufficio, che la sua violazione lede la «parità di accesso a risorse, benefici ed oneri di fonte pubblica», come tipicamente avviene nelle ipotesi di prevaricazione e/o di ottenimento di un ingiusto privilegio. Diversamente, annota A. Manna, *Profili storico-comparatistici dell'abuso d'ufficio*, in

l'argomento della riduzione del penale come "missione liberale", se utilizzato oltremodo per favorire chi esercita quei poteri, garantendone l'immunità a fronte di severe illiceità, può diventare pretestuoso⁸. Ciò che si ottiene infatti è di indebolire i presidi penalistici contro le prevaricazioni della PA; presidi che sono anzitutto preventivi e quindi, in una certa misura, funzionano persino meglio quando riescono a rimanere lettera morta – senza emergere nelle tanto citate statistiche giudiziarie –, perché evitano sia il danno del reato, sia quello delle indagini, del processo e della pena.

D'altra parte, argomentare in favore del mantenimento di una certa forma di tutela facendo leva sul necessario rispetto di obblighi di incriminazione eurounitari o convenzionali ci pone di fronte ad altre questioni di non facile soluzione. Discutibile, come vedremo, può essere sia l'an dell'impegno di tutela di volta in volta evocato, sia sotto il profilo della sua sostenibilità teorica, in quanto idoneo a porre un limite invalicabile alla valutazione di opportunità politico-criminale del legislatore interno (per quanto si possa trattare di impegni sottoscritti e ratificati); sia in relazione alla sua portata e alle sue implicazioni in ottica di giudizio di costituzionalità ed eventuale reviviscenza *in malam partem* di norme abrogate dal legislatore nel venire (presumibilmente) meno a quegli obblighi.

Questo approccio ci consente di allargare ulteriormente il campo visivo, inserendo il riassetto dei delitti contro la PA, fortemente voluto dall'attuale Governo e dalla relativa maggioranza parlamentare⁹, in una cornice più ampia. Le modifiche che *riducono la portata del penale* in materia – sulle quali ci concentreremo in questa analisi – sono infatti un tassello di una progressiva e, testi alla mano, francamente preoccupante riconfigurazione dell'esercizio della forza punitiva statale.

Basti pensare, fra le iniziative rilevanti sul piano del diritto penale sostanziale, all'immediata introduzione, tramite il d.l. 31.10.2022, n. 162, della «fattispecie poliziesca»¹⁰ di cui all'art. 434-bis Cp (cd. delitto di "rave party"), poi rimpiazzata in sede di conversione dal nuovo art. 633-bis Cp (delitto di organizzazione o promozione di "invasione musicale" pericolosa). È ancora in atto il tentativo di ridurre il delitto di tortura (art. 613-bis Cp) a mera

RIDPP 2001, 1201 ss., 1202, la figura originaria di "abuso innominato", prevista dal Codice Rocco, era «coerente con i nuovi principi dello Stato autoritario», cioè basata sull'idea per cui il disvalore del fatto era dato dalla «violazione del dovere di fedeltà del pubblico funzionario nei confronti dello Stato».

⁸ Sul carattere antiliberalo dell'abrogazione in questione, con chiarezza, già M. Donini, *Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell'abuso di ufficio*, in www.sistemapenale.it, 23.6.2023.

⁹ Il d.d.l. S. 808, di abrogazione dell'art. 323 Cp, presentato su iniziativa governativa (Nordio - Crosetto), recante «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare», è stato approvato dal Senato il 13.2.2024 e definitivamente adottato, senza modifiche, dalla Camera (C. 1718) il 10.7.2024.

¹⁰ L'espressione è di C. Ruga Riva, *Indietro (quasi) tutta. Sulla nuova fattispecie di invasione di terreni o edifici altrui pericolosa per la salute o incolumità pubblica*, in www.sistemapenale.it, 10.1.2023. Relega alle «nebbie dell'insensatezza» la sostitutiva figura di cui all'art. 633-bis Cp, T. Padovani, *Parce sepulto. L'art. 633-bis Cp nato morto e in attesa di pietosa sepoltura*, in www.lalegislazionepenale.eu, 22.2.2023, 1 ss., 6.

circostanza aggravante¹¹. Vi è poi la costellazione di misure inserite nel d.d.l. Sicurezza «S. 1236» (approvato dalla Camera dei deputati il 18.9.2024)¹², che, fra le altre disposizioni in materia di sicurezza e ordine pubblico¹³, prevede l'introduzione del delitto di "rivolta all'interno di un istituto penitenziario" (ipotetico art. 415-bis Cp) e quello di "rivolta in strutture di accoglienza e trattenimento per migranti"¹⁴. Si inserisce in questo quadro repressivo anche la riforma dell'art. 187 C.d.S. («Guida dopo l'assunzione di sostanze stupefacenti»), tecnicamente improponibile, anch'essa intesa a colpire stili di vita e tipi di

¹¹ Recente progetto di legge di abrogazione del delitto di tortura (art. 613-bis Cp): p.d.l. C. 623, del 23.11.2022, il cui art. 1 co. 2 dispone l'abrogazione degli artt. 613-bis e 613-ter Cp, e la sostituzione della fattispecie autonoma con una nuova aggravante comune. Al riguardo, fra gli altri contributi critici già pubblicati basti qui annotare la condivisibile e netta presa di posizione del Gruppo di lavoro della AIPDP: v. la presentazione dal titolo *Articolato e relazione di accompagnamento*, in Aa.Vv., *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP. Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, 2023, 755, spec. 757 ss.

¹² C. 1660, recante «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario». Nel momento in cui si scrive, il testo è in corso di esame in commissione al Senato. V. già l'analisi (tratta dal testo di un'audizione in Commissione Giustizia della Camera dei deputati) di M. Pelissero, *A proposito del disegno di legge in materia di sicurezza pubblica: i profili penalistici*, in www.sistemapenale.it, 27.5.2024.

¹³ L'introduzione dell'art. 270-quinquies.3 e la modifica all'art. 435 Cp, in materia di delitti con finalità di terrorismo e contro l'incolumità pubblica (art. 1); il nuovo art. 634-bis Cp, reato di "occupazione arbitraria di immobile destinato a domicilio altrui" (art. 10); il nuovo numero 11-decies dell'art. 61 Cp, che introdurrebbe l'aggravante comune per aver commesso il fatto «all'interno o nelle immediate adiacenze delle stazioni ferroviarie e delle metropolitane o all'interno dei convogli adibiti al trasporto di passeggeri» (art. 11); modifiche sanzionatorie in ipotesi di impedimento alla libera circolazione su strada (art. 14); quelle agli artt. 146-147 Cp, in materia di esecuzione penale in caso di pericolo, di eccezionale rilevanza, di commissione di ulteriori delitti (art. 15); all'art. 600-octies Cp, in materia di accattonaggio (art. 16); agli artt. 336, 337 e 339 Cp, in materia di violenza o minaccia a un pubblico ufficiale e di resistenza a un pubblico ufficiale (art. 19); all'art. 583-quater Cp, in materia di lesioni personali ai danni di un pubblico ufficiale o agente di polizia giudiziaria o di pubblica sicurezza nell'atto o a causa dell'adempimento delle funzioni o del servizio (art. 20); all'art. 639 Cp, per la tutela dei beni adibiti all'esercizio di funzioni pubbliche (art. 24); inoltre, le modifiche all'art. 14 del t.u. di cui al d.lgs. 25.7.1998, n. 286, per il rafforzamento della sicurezza delle strutture di trattenimento e accoglienza dei migranti (art. 27). V. inoltre la nt. seguente.

Si noti, per inciso, che l'art. 31 del "d.d.l. sicurezza" prevede che i servizi di informazione a tutela della sicurezza nazionale, in base a «convenzioni» da stipulare, fra gli altri soggetti pubblici, con università e centri di ricerca (art. 13 co. 1 della l. 3.8.2007, n. 124), possano ottenere «informazioni» anche «in deroga alle normative di settore in materia di riservatezza».

¹⁴ Il reato di «rivolta all'interno di un istituto penitenziario» (che diventerebbe l'art. 415-bis Cp) sarebbe punibile con pene da 1 a 5 anni (trattandosi di mera partecipazione, anche «resistenza passiva»), e da 2 a 8 anni (in concorso organizzativo), oltre alle altre ipotesi aggravanti. Inoltre, l'art. 34 del d.d.l. prevede l'inclusione degli artt. 415 e 415-bis Cp tra quelli di cui all'art. 4-bis co. 1 ter O.P. (l. 26.7.1975, n. 354). Sulle misure contro il migrante come *tipo di autore*, C. Pasini, *L'impatto del c.d. pacchetto sicurezza sulle persone straniere in Italia e sul fenomeno dell'immigrazione*, in *SP* 2024 (12), 107 ss.

autore¹⁵. Infine, giunge – affatto inattesa – la più beffarda e demagogica delle proposte, quella di introdurre anche nel nostro ordinamento una fattispecie autonoma di “femminicidio”¹⁶.

In ottica strutturale, sul tavolo ci sono la – forse più di tutte – controversa riforma costituzionale della giustizia, che comprenderebbe la separazione delle carriere fra giudici e pubblici ministeri, riconfigurazione i cui ipotetici risvolti liberali, pur autorevolmente argomentati, non sono immuni da implicazioni in senso radicalmente contrario¹⁷; inoltre, la sostanziale inerzia di fronte all’alto numero di suicidi in carcere, fenomeno drammatico che,

¹⁵ Nuovo art. 187, C.d.S., rubricato «Guida dopo l’assunzione di sostanze stupefacenti»: è stato espunto il requisito dello «stato di alterazione psicofisica», con l’obiettivo, palesemente incostituzionale sotto i profili della legalità, dell’offensività e della colpevolezza, di punire il *consumatore* di sostanze psicotrope *in quanto tale*, a prescindere dall’attinenza (nesso di rischio) del pregresso consumo a pericoli/eventi provocati alla guida, per l’attualità dell’effetto derivante dall’assunzione. Salva l’opportunità di riconoscere l’illegittimità cost. dell’attuale redazione, nel frattempo l’unica soluzione costituzionalmente conforme sarà quella intendere la fattispecie come era prima: cfr. al riguardo Cass., sez. IV, 10.11.2020 (dep. 2.2.2021), n. 3900, in cui si rammenta che, già per precedente giurisprudenza della Corte, ai fini della configurabilità del reato di cui all’art. 187 C.d.S. non è sufficiente la positività alla sostanza, dovendo sussistere uno stato di alterazione psico-fisica conclamato e derivante dall’assunzione (§ 4); non basta che l’agente si metta alla guida *dopo* (quanto?) l’uso di una sostanza drogante o psicotropa, ma occorre dimostrarne l’*effetto attuale* (§ 8).

¹⁶ Sul carattere per nulla liberale e men che meno solidaristico di questa figura aggravante, inutile sul piano preventivo-repressivo e paradossale su quello comunicativo, configurata anche nello schema di d.d.l. approvato dal Consiglio dei Ministri n. 117 del 7.3.2025 (nuovo art. 577-bis co. 1 Cp, previsto dall’art. 1), pubblicato in www.giurisprudenzapenale.com, facendo leva su una categoria di motivi abietti («...quando il fatto è commesso come atto di discriminazione o di odio verso la persona offesa in quanto donna o per reprimere l’esercizio dei suoi diritti o delle sue libertà o, comunque, l’espressione della sua personalità»), cioè “motivi di genere” o fini di discriminazione di genere, e punibile con l’ergastolo, sia consentito rinviare alle considerazioni svolte, anche in chiave comparatistica, in A. Perin, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie. Legittimità e limiti della sanzione penale dell’offesa alla pari dignità*, Torino 2024, 7 ss., 20 ss. (sul nesso storico-concettuale fra motivi e pericolosità), 123 ss. (sul cd. “motivo di genere”), 140 ss. (sulle ipotesi aggravate vigenti già riconducibili al medesimo ambito criminologico), 188 ss. (criticamente sulle tesi che giustificano l’effetto aggravante dei motivi sul piano della concezione normativa della colpevolezza), 308 ss., spec. 316-317 (contro la configurabilità di una fattispecie autonoma di omicidio-qualificato aggravata da motivi/fini o da effetti discriminatori).

¹⁷ Sul p.d.l. C. 1917 (Meloni - Nordio, S. 1353), recante «Norme in materia di ordinamento giurisdizionale e di istituzione della Corte disciplinare», cfr., fra le tante, le autorevoli opinioni di G.L. Gatta, *Separazione delle carriere: la riforma costituzionale in pillole e il testo del d.d.l.*, in *SP* 2025 (1), 175 ss., per un’illustrazione schematica; E. Bruti Liberati, *Sulle proposte di riforma costituzionale in tema di ‘separazione delle carriere’*, in *RIDPP* 2024 (3), 115 ss., particolarmente sui rischi di ingerenza, di fatto e di diritto, anche in prospettiva storica e comparatistica, del potere esecutivo e della «cultura di polizia» nell’azione della magistratura inquirente, 130 ss., sulla controversa “parità delle armi” fra accusa e difesa, 142 ss., criticamente sull’attuale d.d.l. C. 1917; N. Zanon, *Separare o sorteggiare?*, in *RIDPP* 2024 (3), 1161, favorevole alla separazione delle carriere come soluzione istituzionale, ma critico sulle condizioni organizzative attualmente proposte per realizzarla, specie quelle relative ai diversi CSM; T. Padovani, *Il problema non consiste nel decidere se è necessario separare le carriere, quanto piuttosto nell’interrogarsi come mai siano unite...*, in www.camerapenalecatanzaro.it, 28.1.2025, sulla ritenuta inconsistenza dei principali argomenti portati contro la separazione.

nonostante gli appelli¹⁸, non solo non riceve opportune risposte, ma nel richiamato “d.d.l. sicurezza” trova elementi idonei, semmai, a produrre un suo ulteriore aggravamento¹⁹.

Sul fronte della legalità internazionale, infine, appare significativo, specie a fronte della crisi di effettività e dei tentativi di delegittimazione che sta attualmente scontando la Corte penale internazionale, l'abbandono del progetto di *Codice dei crimini internazionali* presentato nel 2022 dalla “Commissione Palazzo-Pocar”²⁰; nonché, nella prassi, il contrasto fra Governo e magistratura, fra il resto, sui migranti deportati in Albania e puntualmente ricondotti in Italia²¹.

Circa la “filosofia” che ispirerebbe questo complesso di azioni, tutte volte – parola del Ministro della Giustizia –, a riconfigurare il funzionamento del sistema penale fino all'inquietante obiettivo della «riforma finale»²², è accesa e polarizzata la discussione fra chi, da una parte, ne sostiene come detto la matrice liberale²³, specie trattandosi degli interventi di riduzione del penale a beneficio della PA (e che dire degli altri?) e, sul fronte della geometria processuale, dell'allineamento della pubblica accusa ai ranghi e alle prerogative della difesa; e chi invece, dall'altra, come vedremo, ne risalta il carattere autoritario, provocando un indebolimento degli strumenti di contrasto alla corruzione e di tutela contro gli abusi di potere.

Atteso il quadro generale (tenere a mente il contesto è fondamentale per quanto circoscritto sia l'obiettivo dell'analisi), il contributo si concentra sui profili sostanziali della cd. “riforma Nordio”, con particolare riguardo alla discussione di fondo, da cui dipenderanno

¹⁸ Si v. *Un triste primato del 2024: l'ennesimo record dei suicidi in carcere*, dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (AIPDP) e dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale “G.D.” Pisapia (ASPP), disponibile in www.sistemapenale.it, 27.12.2024.

¹⁹ Si v. il documento di Antigone e di ASGI, *La nuova legge sulla sicurezza è un attacco allo Stato di diritto*, in www.antigone.it, 2.7.2024.

²⁰ Al riguardo, A. Vallini, “Rise and fall” di un codice dei crimini internazionali, Aa.Vv., *Forme, riforme a valori per la giustizia penale futura*, a cura di D. Castronuovo, D. Negri, Napoli 2023, 571, spec. 573 ss., 577 ss.

²¹ Sullo sfondo della diatriba interna, c'è da considerare l'intervento della sent. CGUE, grande sez., 4.10.2024, in C-406/22, sulla definizione dei «paesi sicuri». In argomento, da ultimo, con rinvio anche ad altri precedenti contributi dell'autrice, G. Mentasti, *Centri per migranti in Albania: il punto sui 'paesi sicuri' dopo l'ultima mancata convalida e le recenti pronunce della Cassazione*, in www.sistemapenale.it, 7.2.2025.

²² L'espressione è stata utilizzata dal Ministro Nordio, nel chiudere il proprio intervento alla Camera dei deputati sul noto “caso Almasri”, il 5.2.2025, rivolgendosi esplicitamente alla magistratura: «*Andremo avanti, andremo avanti fino in fondo, senza esitazione e fino alla riforma finale!*».

²³ Autorevolmente, fra tutti, B. Romano, *La prospettata abrogazione dell'abuso d'ufficio: più pro che contro*, in www.lalegislazionepenale.eu, 12.12.2023, 1, spec. 16-17, il quale, rivolgendosi ai sostenitori del mantenimento dell'abuso d'ufficio, fa notare (non senza ragioni, se si riflette in ottica generale), che troppo spesso ci si dichiara, «in astratto, favorevoli ad uno sfoltimento della foresta penalistica, ma poi – in concreto – non è mai la disposizione “giusta” quella da abrogare». Peraltro – prosegue –, «lunghe ed approfondite riflessioni sul carattere frammentario del diritto penale, e sul suo dover essere *extrema ratio*, dovrebbero semmai dare maggiore spazio e controllo all'apparato amministrativo, perché non tutti gli eventuali illeciti configurabili devono necessariamente essere illeciti penali».

ulteriori sviluppi nel prossimo futuro, inerente al rilievo degli obblighi eurounitari e convenzionali di incriminazione, in ottica costituzionale, e all'indirizzo politico-criminale promosso dall'attuale legislatore nazionale.

2.1. La “legge Nordio”, come detto, abrogando l'art. 323 Cp, ha eliminato il reato di abuso d'ufficio *in quanto tale*. Questa è la quinta volta, se si considera anche la previsione originaria, che il legislatore interviene su quell'articolo²⁴.

Sulla fattispecie di abuso “innominato” del 1930, indeterminata e qualificata da dolo specifico²⁵, ma ancora residuale rispetto alle figure del peculato per distrazione (art. 314 Cp) e dell'interesse privato in atti d'ufficio (art. 324 Cp), intervenne la l. 26.4.1990, n. 86, estendendo la punibilità agli incaricati di un pubblico servizio, ridefinendo il dolo specifico (un vantaggio a sé o ad altri, o un danno ingiusto) e aumentando la pena in ipotesi di fatto commesso per procurare un ingiusto vantaggio di natura patrimoniale. Contestualmente, come vedremo fra poco, con la eliminazione della forma per “distrazione” dal peculato (art. 314 Cp) e l'abolizione dell'interesse privato in atti d'ufficio, l'abuso d'ufficio acquisì un peso maggiore nel sistema dei reati contro la PA.

La terza versione è quella vigente dal 1997 (l. 16.7.1997, n. 234) al 2020: la condotta abusiva a forma vincolata poteva consistere, alternativamente, nella «violazione di norme di legge o di regolamento» oppure nella mancata astensione «in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti», e doveva provocare intenzionalmente un danno ingiusto o un ingiusto vantaggio patrimoniale per sé o terzi (seconda ingiustizia, intrinseca e quindi propria dell'evento, che si aggiunge a quella della condotta). Su questo base, la l. 6.11.2012, n. 190 (nota come “legge Severino”) inciderà sui limiti edittali della reclusione (da 6 mesi a 3 anni), sanzionando il reato con la pena da 1 a 4 anni.

La quarta riscrittura, operata dall'art. 23 del d.l. 16.7.2020, n. 76, e tesa ad arginare ermeneutiche espansive, presumibilmente responsabili della cd. “burocrazia difensiva”²⁶, ha

²⁴ Sull'evoluzione normativa della fattispecie, attraversando la riscrittura operata dalla l. 234 del 16.7.1997, mediante la configurazione di danno data dalla «doppia ingiustizia», fino alla recente soluzione abrogativa, infine adottata, cfr., anche per molti altri riferimenti, gli studi di A. Manna, *op. cit.*, 1201 ss.; A. Merlo, *L'abuso d'ufficio. Tra legge e giudice*, Torino 2019, 1 ss.; ed E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio: una questione aperta. Evoluzione e prospettive di una fattispecie discussa*, Napoli 2022, 6 ss., 30 ss.

²⁵ Si sofferma su struttura e significato dell'originaria fattispecie, di recente, B. Romano, *op. cit.*, 3 ss. Quella figura, pur residuale, era comunque troppo vaga, da cui l'autorevole critica di F. Bricola, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in *RIDPP* 1966, 986, spec. 990, che si esprime affinché la fattispecie fosse riconfigurata per punire la «lesione dei diritti» da parte del pubblico agente; la frammentarietà penale non andava definita mediante un mero dolo specifico (anticipatorio, non selettivo: mero fine), ma richiedendo un evento di danno dolosamente provocato al cittadino dall'atto abusivo della pubblica autorità.

²⁶ Nonostante già la fattispecie del 1997 non soffrisse di un deficit di precisione/determinatezza intollerabile; in questo senso, fra gli altri, A. Pagliaro, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *DPP* 1999, 110; A. Manna, *Profili storico-comparatistici*, cit., 1203; N. Pisani, *Abuso d'ufficio*, in *Manuale di diritto*

portato una modifica in senso ulteriormente restrittivo, sostituendo le parole «di norme di legge o di regolamento» con le seguenti: «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità». Dall'ultima riforma non bastava più una violazione di norme subordinate, ma si richiedeva che si trattasse di regole «specifiche» ed «espressamente previste» da fonti primarie, e che non lasciassero margini di (altrimenti) insindacabile (giudizialmente) discrezionalità.

In verità, come vedremo anche in seguito, la riduzione testuale alle sole regole di legge «dalle quali non residuino margini di discrezionalità» non era idonea ad escludere del tutto la possibilità di sindacare abusi o prevaricazioni realizzati nel corso di procedimenti volti all'adozione di *atti discrezionali*. Infatti, anche l'esercizio della discrezionalità amministrativa può essere disciplinato, in certa misura, da regole vincolanti: vuoi quanto alla selezione del ventaglio delle opzioni possibili, vuoi quanto ai margini esterni dello spazio deliberativo²⁷. Inoltre, continuava a rilevare, inalterata, l'inosservanza dell'obbligo di astensione in situazioni di conflitto di interessi²⁸.

Ad ogni modo, anche dopo l'ultima riforma, la crociata contro l'abuso d'ufficio, norma incriminatrice ritenuta dai critici non effettiva (in termini di condanne) ma anche responsabile di iniziative giudiziarie esse stesse abusive nei confronti dei pubblici funzionari (numerose indagini a vuoto, esse stesse delle pene per cui le subisce) conduce, nell'agosto scorso, all'abrogazione dell'art. 323 Cp e all'affrettata introduzione riparativa – poco prima – dell'art. 314-bis Cp.

2.2.1. Fino alla riforma del 1990, il peculato punisce il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso di denaro o altra cosa mobile, appartenente alla pubblica amministrazione, se ne appropria, ovvero lo distrae a profitto proprio o di altri. Con la l. 26.4.1990, n. 86, che elimina la forma per “distrazione” dal peculato, abolisce l'interesse privato in atti d'ufficio e ridefinisce l'abuso d'ufficio (seconda versione)²⁹, si tratta di stabilire entro che limiti e a che titolo quelle

penale. *Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, Bologna 2015, 257, 263; M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in www.sistemapenale.it, 29.7.2020, 138.

²⁷ A. Perin, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in www.lalegislazionepenale.eu, 23.10.2020, 1, 23 ss.

²⁸ Lo sottolinea S. Tordini Cagli, *Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, in www.penaledp.it, 25.2.2021, 7.

²⁹ Come già ricordato, la l. n. 86 del 1990, oltre ad estendere l'applicazione dell'abuso d'ufficio agli incaricati di un pubblico servizio, ne definisce il dolo specifico – l'abuso doveva essere finalizzato a procurare un ingiusto vantaggio (a sé o ad altri) o un danno ingiusto – e aumenta la pena in ipotesi di fatto commesso per procurare un vantaggio di natura patrimoniale. In virtù della contestuale eliminazione della forma per “distrazione” dal

condotte sono ancora punibili. La loro riconducibilità interpretativa all'abuso d'ufficio viene sostenuta entro margini limitati e comunque controversi: solo se la *finalità perseguita è diversa* da quella prescritta, ma comunque riconducibile a *quelle della PA*, secondo un orientamento; anche in ipotesi di *uso indebito del bene*, ma *senza lesione patrimoniale* dell'ente, secondo altro indirizzo. Mentre le ipotesi propriamente riconducibili all'*appropriazione*, cioè le sottrazioni alla destinazione pubblica e gli impieghi orientati al soddisfacimento di interessi privatistici dell'agente o di terzi, restano comprese nel (più grave) delitto di peculato³⁰. In ipotesi di diversa destinazione tuttavia compatibile con le finalità dell'ente, il fatto è invece penalmente irrilevante³¹.

La riduzione della portata dell'abuso d'ufficio con la riforma del 2020 (quarta versione) – che interviene sulla configurazione a condotta tipica alternativa, di evento e a dolo intenzionale del 1997 (terza versione), cercando di escludere il sindacato giudiziale sugli atti discrezionali e il rilievo delle regole di esercizio vaghe e/o subordinate – ripropone il problema della rideterminazione dei suoi confini con il delitto di peculato (art. 314 Cp). Nei casi di uso indebito del bene non riconducibili alla appropriazione, si ipotizza che possa recuperare spazio, di nuovo, l'art. 314 Cp, sotto l'autonoma ipotesi meno grave di "peculato d'uso" (co. 2)³².

Dare conto di questa sorta di dinamica a vasi comunicanti, spinta da riscritture selettive e reinterpretaioni espansive, fra art. 314 e art. 323 Cp³³, è rilevante in quanto il d.l. 92/2024 (poi convertito, con modifiche, nella l. 112/2024), che ha previsto il nuovo art. 314-bis Cp³⁴, se da un lato è parso voler dirimere la questione relativa alle condotte distrattive, risalente a trentaquattro anni prima³⁵, dall'altro, cercando di giustificare un intervento discutibilmente compatibile con i presupposti dell'art. 77 Cost., indica espressamente che si tratta di definire il reato di indebita destinazione di beni ad opera del pubblico agente, per l'appunto, con «straordinaria necessità e urgenza» «anche in relazione agli obblighi euro-unitari».

peculato (art. 314 Cp) e l'abolizione dell'interesse privato in atti d'ufficio, l'abuso d'ufficio assume un ruolo centrale nel sistema dei reati contro la PA.

³⁰ Cfr. sul punto, anche per altri richiami, E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio: considerazioni a margine*, cit., 32 ss.; A. Roiati, *op. cit.*, 8 ss.

³¹ Di recente, con maggiori dettagli sugli orientamenti interpretativi relativi ai rapporti fra peculato e abuso d'ufficio all'indomani della riforma del 1990, A. Roiati, *op. cit.*, 6 ss.

³² M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 153 s.

³³ Altri riferimenti in argomento, di nuovo, in A. Roiati, *op. cit.*, 6 ss.

³⁴ «Fuori dei casi previsti dall'articolo 314, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, li destina ad un uso diverso da quello previsto da specifiche disposizioni di legge o da atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità e intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. / 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 euro 100.000.»

³⁵ G.L. Gatta, *Morte dell'abuso d'ufficio*, cit., 135; criticamente anche A. Roiati, *op. cit.*, 10.

Il problema dell'esatta collocazione della *distrazione* si ripropone anche fra art. 314 Cp e art. 314-bis Cp, posta la difficoltà, già segnalata in letteratura, di riuscire a trovare una soluzione ottimale: (a) se il nuovo art. 314-bis Cp dovesse "riprendersi" forme di *distrazione* prima ricondotte al *peculato*, riducendo la portata applicativa di quest'ultimo, gli esiti sarebbero «paradossali», sia in riferimento alla comune "appropriazione indebita" (art. 646 Cp), punita con la più elevata pena della reclusione da 2 a 5 anni, sia perché quelle condotte passerebbero dall'essere punite con la reclusione da 4 anni a 10 anni e 6 mesi (art. 314 co. 1 Cp), all'essere sanzionate con la pena della reclusione da 6 mesi a 3 anni³⁶; (b) d'altronde, se si adottasse invece un atteggiamento interpretativo conservativo, la nuova figura, inidonea per sua struttura a configurare un rapporto di specialità con il *peculato*³⁷ e dallo spettro limitato anche come forma residua di "abuso per *distrazione*", rischierebbe di assumere una scarsissima portata applicativa³⁸.

Insomma, all'introduzione dell'art. 314-bis Cp non è apparso sotteso uno scopo di tutela chiaro. Se, da un lato, con l'attenzione rivolta all'art. 314 Cp, si poteva pensare che il legislatore avesse inteso attenuare la sanzione di alcune forme *distrattive* (restringendo il *peculato* per *appropriazione*), dall'altro, volgendo lo sguardo al buco creato dall'abrogazione dell'art. 323 Cp, ci si era evidentemente accorti di dover rimediare mettendo una toppa, perché quel buco potuto comportare una violazione di obblighi di tutela penale rilevanti ai sensi degli artt. 11 e 117 Cost. (*infra*)³⁹.

Di fronte a queste alternative, la prima pronuncia della Cassazione in merito inaugura l'orientamento conservativo, nel senso di non assegnare all'art. 314-bis Cp ipotesi già punibili, a titolo di *peculato*, ai sensi dell'art. 314 Cp⁴⁰. La decisione della Corte dà atto della struttura ibrida della nuova fattispecie⁴¹, recante elementi del *peculato* e dell'*abuso d'ufficio*, e si

³⁶ Sul punto, S. Seminara, *Sui possibili significati del nuovo articolo 314-bis c.p.*, in www.sistemapenale.it, 19.7.2024, 7 ss.; A. Roiati, *op. cit.*, 14 ss.; E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio: considerazioni a margine*, *cit.*, 36. È fatto salvo quanto disposto dall'art. 314-bis co. 2 Cp, introdotto in sede di conversione, che aumenta la pena (da 6 mesi a 4 anni) quando «il fatto offende gli interessi finanziari dell'Unione europea e l'ingiusto vantaggio patrimoniale o il danno ingiusto sono superiori ad euro 100.000».

³⁷ S. Seminara, *op. cit.*, 6-7.

³⁸ Ancora A. Roiati, *op. cit.*, 15, secondo il quale la «soluzione conservativa» (nel frattempo adottata dalla Cassazione, *infra*, nt. 40), problematica in quanto «sterilizzante» la portata della novella e discutibile sul piano dell'interpretazione del concetto di "appropriazione" (per l'autore, «non è difficile rilevare l'inevitabile forzatura argomentativa insita nel continuare a ricondurre il concetto di indebita destinazione in quello di appropriazione, pur a fronte di due specifiche previsioni normative, eterogenee tra loro, che poggiano il loro *discrimen* proprio sulla scissione contenutistica tra condotta *distrattiva* e condotta *appropriativa*»), attenuerebbe i «profili di incostituzionalità» dell'articolo 314-bis Cp, per «violazione dei principi di ragionevolezza, uguaglianza e proporzionalità della pena».

³⁹ Al riguardo, fra i primi interventi, ancora S. Seminara, *op. cit.*, 5 ss., 12 s.

⁴⁰ Cass. pen., sez. VI, 23.10.2024 (dep. 4.2.2025), n. 4025, con nota di G.L. Gatta, *La Cassazione sul nuovo art. 314 bis c.p.: continuità normativa con l'abuso d'ufficio distrattivo e nessuna interferenza con il peculato*, in www.sistemapenale.it, 13.2.2025.

⁴¹ Aspetto già evidenziato da M. Gambardella, *Peculato, abuso d'ufficio e nuovo delitto di «indebita destinazione*

sofferma sia sul ricorso del legislatore alla clausola di riserva⁴², sia sull'utilizzo del verbo «destina» per descrivere la condotta tipica e, secondo i giudici, «al fine di evitare equivoci in ordine alla volontà di reintrodurre una distinzione tra peculato per appropriazione e per distrazione non più contemplata nel codice penale dal 1990»⁴³.

La Sesta sezione stabilisce che il reato di “indebita destinazione di denaro o cose mobili”, lasciando «inalterato l'ambito applicativo del delitto di peculato» – che resta circoscritto alle condotte che integrano «un'effettiva appropriazione perché la *res* è sottratta in modo definitivo dalla finalità pubblica per conseguire finalità private proprie o altrui» –, interviene a sanzionare penalmente le condotte distrattive che la giurisprudenza riferiva all'abuso di ufficio⁴⁴.

In definitiva: l'ambito del vecchio art. 323 Cp ancora penalmente rilevante, quale ipotesi di «abuso distrattivo» di beni pubblici⁴⁵, è quello dato dalle condotte di «“mero mutamento della destinazione di legge del denaro o delle cose mobili pubbliche”, pur sempre compatibili con i fini istituzionali dell'ente di appartenenza dell'agente pubblico»⁴⁶ (ipotesi invero, quando il fine fosse *compatibile*, talvolta opportunamente escluse anche dal previgente art. 323 Cp). E rispetto ad esse si applicherà, in forza dell'art. 2 co. 4 Cp, «la *lex mitior* costituita dalla nuova cornice edittale»⁴⁷.

Anche la sentenza rileva che, in realtà, più che ridefinire il confine fra appropriazione (art. 314 Cp) e distrazione (ora art. 314-bis Cp), il fine perseguito dal legislatore è stato quello di «evitare il contrasto con gli obblighi di criminalizzazione derivanti dal diritto dell'Unione europea»⁴⁸; scelta che appare in effetti riflessa dalla sostituzione del riferimento all'art. 323 Cp con quello all'art. 314 bis Cp, quale abuso residuo, nell'art. 322-bis Cp. (delitti dei membri delle Corti internazionali o degli organi delle Comunità europee o di assemblee parlamentari

di denaro o cose mobili (art. 314-bis c.p.). I riflessi intertemporali del decreto-legge n. 92/2024, in *www.sistemapenale.it*, 17.7.2024, § 4, secondo il quale sarebbe stato meglio non introdurre «un *hircocervus*», una figura «per metà peculato e per metà abuso d'ufficio», risultando preferibile, secondo l'autore, l'inserimento di una nuova ipotesi di distrazione nell'ambito dell'art. 314 Cp e in un apposito co. 3.

⁴² Clausola con cui, secondo la Corte, «il legislatore ha inteso escludere un'incidenza della nuova fattispecie sull'ambito applicativo dell'art. 314 c.p., per come interpretato dal diritto vivente» (Cass. pen., sez. VI, 23.10.2024 (dep. 4.2.2025), n. 4025, cit., § 4.2.5 (25)).

⁴³ Cass. pen., sez. VI, 23.10.2024 (dep. 4.2.2025), n. 4025, cit., § 4.2.5 (25).

⁴⁴ Cass. pen., sez. VI, 23.10.2024 (dep. 4.2.2025), n. 4025, cit. (25-26).

⁴⁵ Accoglie l'espressione anche G.L. Gatta, *La Cassazione sul nuovo art. 314 bis c.p.: continuità normativa con l'abuso d'ufficio distrattivo e nessuna interferenza con il peculato*, 13.2.2025, in alternativa a quella, che sarebbe stata più adatta all'esito interpretativo opposto, di «peculato per distrazione»; cfr. al riguardo anche S. Seminara, *op. cit.*, 4 ss.

⁴⁶ Cass. pen., sez. VI, 23.10.2024 (dep. 4.2.2025), n. 4025, cit., § 4.2.5 (26).

⁴⁷ Cass. pen., sez. VI, 23.10.2024 (dep. 4.2.2025), n. 4025, cit., § 4.2.5 (26), in virtù della «continuità normativa» tra art. 323 e art. 314-bis Cp, quanto all'ipotesi di «abuso distrattivo».

⁴⁸ Cass. pen., sez. VI, 23.10.2024 (dep. 4.2.2025), n. 4025, cit., § 4.2.5 (26).

internazionali o di organizzazioni internazionali e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri).

Questo indirizzo interpretativo, che protegge l'ambito applicativo del peculato e restituisce all'ordinamento un pezzo di abuso d'ufficio, andrà tenuto a mente nel valutare le questioni di legittimità costituzionale per violazione di vincoli eurounitari e internazionali nel frattempo sollevate; questioni rispetto alle quali è dirimente stabilire l'area lasciata scoperta dal diritto penale interno (non solo sulla carta, ma anche nella prassi) rispetto ai – presumibilmente più ampi – contorni degli obblighi di tutela.

Per comprendere allora in che termini si può porre il problema dell'inadempimento sopravvenuto, andiamo a definire meglio il perimetro dell'*abolitio criminis parziale* derivante dall'abrogazione dell'art. 323 e dall'introduzione dell'art. 314-bis Cp.

2.2.2. La questione interpretativa principale, utile a valutare il risultato dell'operazione legislativa, non solo sul piano analitico-interpretativo, ma anche su quello politico-criminale, concerne la definizione delle ipotesi di prevaricazione *non più penalmente rilevanti*.

Prima dell'abrogazione, l'abuso d'ufficio copriva le seguenti categorie di fatti: favoritismi (abuso di vantaggio patrimoniale intenzionale *a sé o a terzi*), eventualmente con pregiudizio *di terzi* (abuso di vantaggio patrimoniale intenzionale e danno indiretto *a terzi*), anche in ipotesi di mancata astensione in conflitto di interessi; prevaricazioni in senso stretto (abuso con danno intenzionale *a terzi*).

Dalla riforma del 2020, però, il sindacato giudiziale non avrebbe più potuto raggiungere gli atti discrezionali (secondo l'interpretazione generale), salvo che (secondo una lettura forse più precisa) il soggetto attivo incorresse in violazione di regole legali "rigide" di esercizio (cioè dei *limiti interni* o dei *perimetri esterni* entro i quali *qualunque atto o decisione* è legittima espressione del potere discrezionale), sul presupposto che la funzione pubblica preordinata all'adozione di *atti* discrezionali può essere disciplinata da tali regole "rigide"⁴⁹.

Tuttavia, la giurisprudenza successiva all'intervento del 2020 è andata oltre al consentire l'operatività della fattispecie nei casi in cui l'attività, pur astrattamente discrezionale, fosse in concreto vincolata. Infatti, sul piano delle fonti rilevanti, qualche sentenza ha recuperato la tesi, non accettabile, che, già da prima, voleva riconoscere effetto integrativo diretto all'art. 97 co. 2 Cost.⁵⁰, e comunque rilievo anche a violazioni regolamentarie quando si trattasse di fonti richiamate dalla legge, oppure quando mancassero i presupposti per l'esercizio di azioni

⁴⁹ A. Perin, *L'imputazione per abuso d'ufficio*, cit., 23 ss., con altri riferimenti.

⁵⁰ Per richiami e considerazioni critiche, A. Perin, *L'imputazione per abuso d'ufficio*, cit., 9 ss., 18-19, 23 ss., 29-30; più di recente, E.M. Ambrosetti, *La giurisprudenza in materia dei delitti contro la pubblica amministrazione come osservatorio privilegiato per una verifica della discussa "interpretazione creativa" della Corte di Cassazione*, in *disCrimen*, 11.12.2024, 10 ss.

discrezionali; inoltre, è stata valorizzata l'ipotesi alternativa della mancata astensione in conflitto di interessi, modalità tipica di abuso non toccata da quella riforma⁵¹.

Ora, con la "riforma Nordio", che recupera solo la specifica forma dell'abuso d'ufficio consistente nella "indebita destinazione" (esclusa quella su beni immobili), tutto il resto diventerebbe, *prima facie*, penalmente irrilevante. E il resto comprende *tutti* gli atti di strumentalizzazione dell'ufficio a fini privati (atti di favoritismo, con evento di vantaggio patrimoniale, per sé o per altri) e quelli di prevaricazione (abusi di danno) commessi con consapevole violazione di specifiche regole modali e che non implicino, avendone il possesso o la disponibilità, la distrazione di denaro o beni mobili⁵².

Peraltro, il nuovo art. 314-bis Cp ricorre alla tecnica selettiva mutuata dall'art. 323 Cp (versione 2020), qualificando la *distrazione* come destinazione «ad un uso diverso da quello previsto da specifiche disposizioni di legge o da atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità», con conseguente irrilevanza penale anche di molte distrazioni di denaro o beni mobili⁵³.

È fatta salva, comunque, per quanto a rigore *fuori* dall'ambito prima coperto dall'art. 323 Cp, l'applicabilità di altre figure, più o *meno gravi*: quali per es. delitti di corruzione, concussione, falso⁵⁴; oppure di omissione o di rifiuto di atti d'ufficio⁵⁵.

⁵¹ Per puntuali riferimenti, O. Di Giovine, *Introduzione. Tra storia e commemorazione dell'abuso d'ufficio*, in *RIDPP* 2024 (2), 663, 665 ss.; E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio: considerazioni a margine*, cit., 18 ss.; G. Fiandaca, A. Merlo, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio: una vittoria simbolica nell'ambito di un'ostinata guerra tra poteri?*, in *disCrimen*, 23.2.2025, 3.

⁵² Ambito già definito, come visto, dalla prima sentenza di legittimità nel frattempo intervenuta, nel rilevare che, oltre alle condotte distrattive aventi ad oggetto beni immobili, un'ulteriore riduzione dello spazio di rilevanza delle condotte in precedenza riconducibili all'abuso di ufficio «si realizza in relazione al presupposto della condotta: il possesso o la disponibilità della *res* (...) è, infatti, presupposto più stringente, e quindi maggiormente selettivo, rispetto a quello allora previsto dall'art. 323 cod. pen., che utilizzava la formula "nello svolgimento delle funzioni o del servizio"» (Cass. pen., sez. VI, 23.10.2024 (dep. 4.2.2025), n. 4025, cit., § 4.2.5 (27). Fra gli abusi commessi mediante sfruttamento dell'ufficio e non più punibili, S. Seminara, *op. cit.*, 3, e A. Roiati, *op. cit.*, 11, segnalano la casistica relativa allo sfruttamento, a fini privati, della forza lavoro appartenente alla pubblica amministrazione (ipotesi non coperta dal peculato, in quanto l'energia umana non è riducibile a «cosa mobile»).

⁵³ A. Roiati, *op. cit.*, 11-12, il quale rileva il conseguente rischio di nuove «torsioni interpretative» volte a collegare la fonte secondaria che disciplino l'uso di quei beni pubblici «ad una generica fonte primaria».

⁵⁴ Avverte E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio: considerazioni a margine*, cit., 41 ss., che la eliminazione dell'art. 323 Cp non dovrebbe comportare la riespansione applicativa di altre figure più gravi; riespansione che, appunta l'autrice, potrebbe essere arginata anche da alcune novità introdotte dal d.lgs. 10.10.2022 n. 150 (cd. "riforma Cartabia"), operanti sul piano processuale, idonee a evitare iscrizioni strumentali (art. 335 co. 1 Cpp) e a favorire le archiviazioni (art. 408 Cpp).

⁵⁵ Segnala l'irragionevolezza dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio, a fronte del fatto di continuare invece a punire il meno grave fatto di rifiutare od omettere di compiere un atto d'ufficio (art. 328 Cp), G.L. Gatta, *Abuso d'ufficio e traffico d'influenze*, cit., 190.

La monolitica cesura operata dal legislatore potrà essere comunque “smussata” anche dall’adattamento o dal recupero da parte della giurisprudenza di altre figure esistenti (come era avvenuto anche in passato, specie all’indomani delle riforme del 1990 e del 2020⁵⁶).

Con l’entrata in vigore della “legge Nordio”, si era osservato che non sarebbe stata più punibile, fra le altre, l’ipotesi di *abuso di favoritismo* in concorsi pubblici per l’assunzione di personale, posto che, in casi di questo genere, le figure della turbativa d’asta e del procedimento di scelta del contraente (artt. 353 e 353-bis Cp), secondo un recente e «forse col senno di poi “intempestivo” orientamento» della Cassazione⁵⁷, che si rivolgeva all’abuso d’ufficio, non sarebbe configurabile⁵⁸.

Si poteva spesso trattare, in verità, di ipotesi di abuso sub-specie di *eccesso cd. intrinseco di potere*, discutibilmente idonee a integrare il requisito della “doppia ingiustizia” richiesto dall’abrogato art. 323 Cp, specie dopo la riforma del 2020, che aveva ristretto alle «specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità» il novero delle norme di esercizio la cui violazione poteva integrare la prima classe di condotta tipica (salva l’ipotesi alternativa, della violazione dell’obbligo di astensione). A rigore, infatti, questo elemento di tipicità avrebbe richiesto una duplice – quindi autonoma – valutazione in ordine alla (consapevole) illegittimità della condotta, rispetto a regole modali specifiche e di rango primario, e alla (intenzionale) ingiustizia dell’evento, non potendosi far discendere l’ingiustizia della condotta dall’ingiustizia dell’evento e neppure, a maggior ragione, dall’ipotetica – pur se manifesta – intenzione del pubblico agente di strumentalizzare lo spazio di discrezionalità attinente al merito valutativo a fini di favoritismo⁵⁹; né, viceversa, l’ingiustizia dell’evento avrebbe potuto discendere soltanto da quella della condotta. Non sarebbe quindi bastato sindacare l’opportunità della condotta senza una chiara violazione di una regola rigida, essendo necessaria la *fuoriuscita* dell’azione pubblica dal novero di tutte le opzioni possibili in base alle regole di disciplina di rango primario (vigente l’ultima configurazione dell’art. 323

⁵⁶ V. i riferimenti indicati da E. Mattevi, *L’abuso d’ufficio: considerazioni a margine*, cit., 16 ss.

⁵⁷ V. per es. Cass. pen., sez. VI, 24.5.2023 (dep. 18.9.2023), n. 38127, che stabilisce (dando seguito ad altre decisioni precedenti) l’impossibilità di ricomprendere nell’ambito di applicazione degli artt. 353 e 353-bis Cp le procedure che abbiano oggetto diverso dalla fornitura di beni o dalla prestazione di servizi, per cui l’ipotesi configurabile per le procedure di reclutamento era quella prevista dall’art. 323 Cp, già ristretto nel 2020 ed ora eliminato.

⁵⁸ G.L. Gatta, *Morte dell’abuso d’ufficio*, cit., 141 ss.; sul punto, nel dettaglio, anche E. Mattevi, *L’abuso d’ufficio: considerazioni a margine*, cit., 39 ss. Cfr., sugli effetti dell’abrogazione dell’abuso d’ufficio in materia di concorsi pubblici, a commento di T. Milano, 11.9.2024 (dep. 11.11.2024), M.C. Ubiali, *Concorso pubblico truccato anticipando i temi delle prove: non potendo più ricorrere alla turbativa d’asta e all’abuso d’ufficio, il Tribunale di Milano condanna per rivelazione di segreti d’ufficio*, in *SP* 2024 (12), 83 ss., vicenda che testimonia il possibile ricorso ad altre fattispecie – per es. il delitto di “rivelazione di segreto d’ufficio” (art. 326 Cp) – in alcune ipotesi in cui l’abuso d’ufficio – preferito alla turbativa d’asta dalla recente giurisprudenza (a partire da Cass. pen., sez. VI, 10.5.2023, n. 26225: *Ibid.*, 84 ss.), ma poi abrogato dal legislatore – non è pertanto più applicabile.

⁵⁹ A. Perin, *L’imputazione per abuso d’ufficio*, cit., 25 ss.

Cp)⁶⁰. Il mero “sviamento”, pur percepibile, ancorché antecedente a un evento ingiusto o la cui ingiustizia fosse ricavabile da indici di atteggiamenti finalistici (propositi di prevaricazione o di favoritismo), sarebbe stato comunque penalmente irrilevante.

Così, per es., tornando alle ipotesi di *favoritismo* (abuso di vantaggio patrimoniale intenzionale ed eventuale danno indiretto *a terzi*), una valutazione comparativa dei titoli dei candidati, nell’ambito di un concorso universitario, palesemente insensata (per es. “sviata” da propositi discriminatori occulti) in base a parametri qualitativi *oggettivi* ma *non vincolanti*, non avrebbe integrato un abuso penalmente rilevante per l’art. 323 Cp, in quanto non contraria a una regola esplicita e specifica di esercizio di rango primario.

Il *limite invalicabile* dal giudice, nello svolgimento del sindacato sull’attività discrezionale del pubblico agente, s’identificava con la illegittimità oggettiva della condotta, in “nesso di rischio” con l’evento ingiusto e intenzionale tipico⁶¹.

In definitiva, già prima – ma, ancor più chiaramente, all’esito – della riforma del 2020, simili ipotesi di *abuso di favoritismo* in concorsi pubblici avrebbero dovuto generalmente ricadere fuori dalla portata della fattispecie di cui all’art. 323 Cp. Ciò nonostante, restava uno spazio applicativo idoneo a coprire altre ipotesi di *eccesso*, pur trattandosi di potere discrezionale, quando si fosse trattato di violazione di specifiche regole di esercizio inerenti all’uso di tale potere. Così, permaneva anche un ragionevole (magari non ottimale, ma tant’era...) spazio di tutela preventiva e se del caso repressiva⁶².

3. Oltre ad aver abolito l’art. 323 Cp, la l. 114/2024 (art. 1, lett. e) ha anche inciso sull’art. 346-bis Cp⁶³, restringendo notevolmente l’ambito applicativo della fattispecie introdotta dalla l.

⁶⁰ Quando il pubblico agente «*eccede*» il potere discrezionale, ne sta al di fuori. Quello che esercita è un potere di fatto, che affonda le sue radici nel potere discrezionale, ma non è più tale»: con chiarezza, A. Pagliaro, *op. cit.*, 110 s.

⁶¹ Cfr. con ulteriori annotazioni problematiche E. Mattevi, *L’abuso d’ufficio: considerazioni a margine*, cit., 17 ss., spec. 23-25; e, volendo, A. Perin, *L’imputazione per abuso d’ufficio*, cit., spec. 13 ss., sulla “proposta Castaldo-Naddeo”, che prevedeva l’inserimento del requisito del “nesso di rischio” fra disvalore della condotta ed evento, come elemento esplicito della fattispecie obiettiva di abuso d’ufficio («*Il danno o il vantaggio ingiustamente prodotti devono costituire la concretizzazione di quanto la norma violata intende prevenire*»).

⁶² Anche su questo punto, cfr. le precise osservazioni di E. Mattevi, *L’abuso d’ufficio: considerazioni a margine*, cit., 24-25.

⁶³ L’attuale formulazione è la seguente (art. 346-bis Cp): «*Chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319 e 319-ter e nei reati di corruzione di cui all’articolo 322-bis, utilizzando intenzionalmente allo scopo relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all’articolo 322-bis, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità economica, per remunerare un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all’articolo 322-bis, in relazione all’esercizio delle sue funzioni, ovvero per realizzare un’altra mediazione illecita, è punito con la pena della reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni e sei mesi. / Ai fini di cui al primo comma, per altra mediazione illecita si intende la mediazione per indurre il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all’articolo 322-bis a compiere un atto contrario ai doveri d’ufficio costituente reato dal quale possa derivare un vantaggio indebito. / La stessa pena si applica a chi indebitamente dà o promette denaro*

190/2012 (la già richiamata “legge Severino”)⁶⁴ e poi ritoccata, in senso estensivo, dalla l. 9.1.2019, n. 3 (cd. “legge spazza-corrotti”)⁶⁵.

Ora, all’esito della terza riformulazione⁶⁶, avvenuta mediante sostituzione, per l’integrazione del reato (art. 346-bis co. 1 Cp): (1) le relazioni del “mediatore” con il pubblico agente (pubblico ufficiale, incaricato di un pubblico servizio o altro soggetto di cui all’art. 322-bis Cp) devono *esistere* (non possono essere meramente asserite) ed essere effettivamente *utilizzate* (non meramente vantate); (2) l’utilizzo deve avvenire con *dolo intenzionale* “allo scopo” – s’intende, ma non è chiaro, di remunerare il funzionario pubblico –; (3) facendo dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o *altra utilità economica* (non più quindi anche *altri vantaggi*)⁶⁷; (4) con il fine (quel medesimo scopo) di remunerare il pubblico agente in relazione all’esercizio delle *funzioni* (non anche i suoi *poteri*), ovvero di realizzare un’*altra mediazione illecita*, (5) cioè, ai sensi del co. 2, «*la mediazione per indurre il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all’articolo 322-bis a compiere*

o altra utilità economica. / La pena è aumentata se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità economica riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio o una delle qualifiche di cui all’articolo 322-bis. / La pena è altresì aumentata se i fatti sono commessi in relazione all’esercizio di attività giudiziarie o per remunerare il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all’articolo 322-bis in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d’ufficio o all’omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio».

⁶⁴ Art. 346-bis Cp (versione originaria): «*Chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319 e 319-ter, sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all’omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio, è punito con la reclusione da uno a tre anni. / La stessa pena si applica a chi indebitamente dà o promette denaro o altro vantaggio patrimoniale. / La pena è aumentata se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio. / Le pene sono altresì aumentate se i fatti sono commessi in relazione all’esercizio di attività giudiziarie. / Se i fatti sono di particolare tenuità, la pena è diminuita».*

⁶⁵ Queste le modifiche apportate nel 2019 dall’intervento “spazza-corrotti”: 1) Il primo comma è sostituito dal seguente: «*Chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319, 319-ter e nei reati di corruzione di cui all’articolo 322-bis, sfruttando o vantando relazioni esistenti o asserite con un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all’articolo 322-bis, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all’articolo 322-bis, ovvero per remunerarlo in relazione all’esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, è punito con la pena della reclusione da un anno a quattro anni e sei mesi*». / 2) Al secondo e al terzo comma, le parole: «*altro vantaggio patrimoniale*» sono sostituite dalle seguenti: «*altra utilità*». / 3) al quarto comma sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «*o per remunerare il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all’articolo 322-bis in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d’ufficio o all’omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio*».

⁶⁶ Per ulteriori dettagli sull’evoluzione della disciplina dell’art. 346-bis Cp, dalla “legge Severino” alla “legge Nordio”, V. Mongillo, *Il nuovo traffico di influenze*, cit., 1125 ss.

⁶⁷ Su questo, G.L. Gatta, *La legge Nordio e il “soffocamento applicativo”*, cit., 147.

un atto contrario ai doveri d'ufficio costituente reato dal quale possa derivare un vantaggio indebito»⁶⁸.

In definitiva, come è stato osservato, perdono rilevanza penale lo sfruttamento, da parte del mediatore, di relazioni meramente *asserite o millantate*⁶⁹; le ipotesi in cui la contropartita della mediazione illecita *non sia una utilità economica*⁷⁰; le mediazioni finalizzate ad atti solo anti-doverosi, ma non penalmente rilevanti. E, su questo piano, un ulteriore ritaglio deriva proprio dall'esclusione dell'abuso d'ufficio tra i possibili reati-scopo in seguito all'abrogazione dell'art. 323 Cp; fatto salvo però quello "distrattivo", se verrà confermato l'orientamento inaugurato dalla Cassazione⁷¹, oltre ad altri possibili delitti-scopo dei pubblici ufficiali (quali, fra gli altri, rivelazioni di segreti d'ufficio, ritardi od omissioni di atti dovuti, turbative d'asta)⁷².

Meno impattanti, sul piano pratico, appaiono le modifiche relative all'elemento soggettivo (l'inedita intenzionalità di dolo specifico, ambigua e superflua), comunque difficile da accreditare, e quella che escluderebbe l'esercizio dei *poteri* dei soggetti rivestiti di qualifiche pubblicistiche⁷³.

⁶⁸ La modifica riprende, oggettivizzandola, la nozione *finalistica* adottata dalla Cassazione nel definire «mediazione illecita» quella «finalizzata alla commissione di un "fatto di reato" idoneo a produrre vantaggi per il privato committente»: Cass. pen., sez. VI, 14.10.2021 (dep. 13.1.2022), n. 1182, § 3.6 (10); Cass. pen., sez. VI, 8.7.2021 (dep. 9.11.2021), n. 40518, § 4.1 (19).

⁶⁹ Sulla esclusione della *venditio fumi* dal "traffico di influenze" (vantate), attraverso le controverse vicende segnate dalla riforma "spazza-corrotti" del 2019 e dalla successiva giurisprudenza di legittimità, fino al «colpo d'accetta» della "legge Nordio", V. Mongillo, *Millantato credito e traffico di influenze illecite dalle Sezioni unite alla legge Nordio: un tramonto parallelo?*, in *Giur. it.* 2025 (1), 169 ss., spec. 175 ss.: ora, «tutte le vanterie non veritiere di ingerenze o entrate privilegiate presso pubblici ufficiali, inclusa l'ostentazione o amplificazione maliziosa di rapporti di conoscenza effettivi ma avulsi da un credito reale, così come tutte le condotte tendenti ad abusare della fiducia dell'interlocutore (compresa la falsa prospettazione di dover corrompere)» sono state escluse dalla di tipicità dell'art. 346-bis c.p.». Mentre «le costellazioni casistiche prima riconducibili al millantato credito (1° comma e 2° comma) potranno ora essere punite, al più, a titolo di truffa ex art. 640, 1° comma, c.p. (o eventualmente aggravata), in presenza dei medesimi presupposti fattuali che un tempo portavano la giurisprudenza a ritenere possibile un concorso formale eterogeneo tra i due reati».

⁷⁰ Cfr. già M. Pelissero, *Sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio e di riformulazione del traffico d'influenze illecite*, in *www.sistemapenale.it*, 18.9.2023, § 4.

⁷¹ Che è quanto, dopo la sent. cit. *supra* (Cass. pen., sez. VI, 23.10.2024 (dep. 4.2.2025), n. 4025), ha ribadito anche Cass. pen., sez. I, 10.1.2025 (dep. 7.2.2025), n. 5041, che rigetta un'istanza di revoca di una sentenza di condanna, identificando il reato-fine del traffico di influenze accertato con un «abuso distrattivo», cioè l'ipotesi di abuso rimasta penalmente rilevante dopo la "legge Nordio", in quanto coperta dall'art. 314-bis Cp. V. §§ 4.3 ss. (10 ss.) della sentenza, che accoglie il precedente; inoltre, la nota di G.L. Gatta, *Traffico di influenze finalizzato all'abuso d'ufficio distrattivo: nessuna abolitio criminis. La Cassazione conferma il rigetto dell'istanza di revoca della condanna dell'ex Sindaco di Roma Alemanno*, in *sistemapenale.it*, 13.2.2025.

⁷² V. Mongillo, *Il nuovo traffico di influenze*, cit., 1135.

⁷³ Aspetto tecnicamente problematico ma risolvibile per irrilevanza: cfr. G.L. Gatta, *La legge Nordio e il "soffocamento applicativo"*, cit., 147; V. Mongillo, *Il nuovo traffico di influenze*, cit., 1134.

Allo stato, nonostante questo svuotamento⁷⁴, che in un certo senso aggrava la sua fumosità costitutiva⁷⁵, il “traffico illecito” dovrebbe comunque poter assumere due forme tipiche: a) l’impegno a remunerare il pubblico agente («traffico corruttivo»), quale atto anticipatorio rispetto alle fattispecie di corruzione richiamate nella clausola di riserva (artt. 318, 319, 319-ter, 322-bis); b) la mediazione illecita non corruttiva («traffico clientelare»)⁷⁶.

La riforma ha esteso l’applicabilità al “traffico di influenze illecite” della circostanza attenuante del ravvedimento operoso (art. 323-bis co. 2 Cp) e della causa di non punibilità della denuncia volontaria del fatto (art. 323-ter Cp); in questo modo, ferme le questioni sostanziali e processuali sollevate specie dalla previsione del secondo istituto, si rimedierebbe comunque alla «singolare esclusione di un delitto caratterizzato dalla struttura bilaterale tipica dei reati-contratto dal novero di quelli per i quali l’autodenunciante può ottenere l’esenzione da pena»⁷⁷, assecondando ulteriormente la *ratio* preventiva sottesa all’obiettivo di stroncare sul nascere e di far emergere i comportamenti illeciti *lato sensu* corruttivi.

Sul piano sanzionatorio, vi è un aumento di sei mesi della pena minima edittale della reclusione prevista al co. 1, ora da 1 anno e 6 mesi a 4 anni e 6 mesi (alzando il massimo a 5 anni si raggiungerebbe la soglia che consente le intercettazioni, ai sensi dell’art. 266 Cpp).

Anche con riguardo a questo secondo versante del riassetto dei delitti contro la PA, come stiamo per vedere, in letteratura e in giurisprudenza sono stati sollevati da subito dubbi di costituzionalità; questioni che, quindi, invocano di nuovo un intervento *in malam partem* della Consulta volto a restaurare, in ottemperanza agli obblighi convenzionali sottoscritti, quanto ora la “legge Nordio” ha reso penalmente irrilevante⁷⁸.

4.1.1. L’operazione che dà la “spallata” all’art. 323 Cp (e al relativo presidio di tutela dell’imparzialità della PA, quindi anche del singolo di fronte ad essa) è apparsa problematica, anzitutto, sotto il profilo dell’adempimento agli impegni eurounitari di incriminazione, rilevanti ai sensi degli artt. 11 e 117 Cost.; obblighi che, per sua stessa ammissione, hanno spinto

⁷⁴ «Ridotto così il traffico di influenze a poco più di una norma ancillare a indagini sulla corruzione già abbondantemente possibili», osserva M. Donini, *Abuso di ufficio ultimo atto. Una abolitio criminis per limitare i processi, non gli illeciti*, in www.diariodidirittopubblico.it, 3.11.2024, se ne ricava che anche questa norma «non ha un *ubi consistam* sostanziale, ma (...) solo di continenza processuale: non si cominceranno indagini anticipate, basate solo sul reato di abuso (ora che non c’è più), per cercare altro».

⁷⁵ R. Alagna, *Il racconto dell’ancella: note critiche sul traffico di influenze illecite*, in *RIDPP* 2024 (2), 627, 629 ss.

⁷⁶ V. Mongillo, *Il nuovo traffico di influenze*, cit., 1130, con annotazioni problematiche specie sulla seconda ipotesi, quando si tratti di mediatori privati che si muovono sull’incerto confine fra *lobbying* e intermediazione illecita. Critica l’autore, in particolare, a fronte della vaghezza del co. 2, la perdurante assenza di una regolamentazione extrapenale dell’attività di *lobbying* (*ibid.*, 1133 ss.). Sul punto, anche con elementi propositivi, R. Alagna, *op. cit.*, 631 ss.

⁷⁷ V. Mongillo, *Il nuovo traffico di influenze*, cit., 1132.

⁷⁸ Cfr. V. Mongillo, *Splendore e morte del traffico di influenze illecite. Dalle Sezioni Unite alla Riforma Nordio*, in www.sistemapenale.it, 22.3.2024; G.L. Gatta, *La legge Nordio e il “soffocamento applicativo”*, cit., 145 ss.

il legislatore, senza però risolvere il problema, a ripiegare parzialmente introducendo l'art. 314-bis Cp (il residuo di abuso d'ufficio rinato come "abuso per distrazione").

L'abuso d'ufficio ha sempre scontato dubbi di costituzionalità: inizialmente, quello "innominato", perché indeterminato, benché residuale; poi, specie dopo la riforma del 1997, al contrario, secondo alcuni perché troppo selettivo. Con l'ulteriore ritaglio del 2020, l'esclusione del sindacato sugli atti discrezionali aveva sollevato ulteriori perplessità di fronte ai principi di uguaglianza e ragionevolezza, imparzialità e buon andamento della PA⁷⁹; irragionevolezza che, come vedremo, riemergerebbe a maggior ragione al cospetto dell'abrogazione (ma *abolitio criminis* solo parziale).

La novità riguarda ora la natura dei profili di incostituzionalità segnalati sia in dottrina che in giurisprudenza, che risiederebbero nell'inadempimenti degli obblighi convenzionali di tutela.

La questione rileva a sua volta su due piani consequenziali:

(1) quello prettamente sostanziale, relativo alla definizione della quota di tutela "scoperta" rispetto all'area di intervento richiesta da quegli impegni;

(2) quello relativo alle conseguenze, sul piano del giudizio di illegittimità *ex art. 11 e 117 Cost.*, di quell'inadempimento.

Partiamo dal primo profilo.

L'impegno di criminalizzazione di cui all'art. 4 co. 3 della Direttiva (UE) 2017/1371 (PIF) non sarebbe soddisfatto dalla norma che incrimina il peculato (art. 314 Cp), perché, come detto, essa si riferisce alle sole ipotesi di *appropriazione* e non anche di *distrazione*, ricondotte precedentemente, in parte, e in via interpretativa, all'abuso d'ufficio (da cui la fretta di intervenire per decreto-legge)⁸⁰. Tuttavia, neanche la previsione "riparativa" dell'abuso distrattivo (art. 314-bis Cp) sarebbe idonea a soddisfare quell'impegno, specie laddove la nuova figura non copre le ipotesi di distrazione su *beni immobili* (mentre l'art. 4 co. 3 della citata Direttiva (UE), ma con riferimento agli interessi finanziari dell'UE, non discrimina)⁸¹.

Ulteriormente, prima della legge di conversione, ma ai margini dell'area virtualmente coperta da obblighi di tutela vincolanti, cioè sul piano "disponibile" della valutazione di

⁷⁹ G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'. Il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in www.sistemapenale.it, 17.7.2020, che, circa l'esclusione dalla tipicità dell'abuso d'ufficio delle ipotesi di violazione delle regole a disciplina dell'attività amministrativa realizzate con l'intento di perseguire un ingiusto vantaggio patrimoniale o di recare un danno ingiusto, osservava come l'esito della riforma del 2020 non fosse «ragionevole, in chiave di prevenzione e repressione delle offese ai beni, di rango costituzionale, del buon andamento e dell'imparzialità».

⁸⁰ G.L. Gatta, *Morte dell'abuso d'ufficio*, cit., 138.

⁸¹ La norma convenzionale è riprodotta *infra*, nt. 118. Per quanto considerato, appunta G.L. Gatta, *La Cassazione sul nuovo art. 314 bis c.p.*, cit., § 3.2., questioni di legittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 11 e 117 co.1 Cost., potrebbero essere sollevate «solo nei procedimenti in cui vengano in rilievo condotte offensive di interessi finanziari dell'UE».

opportunità politico-criminale, si era suggerito di intervenire sull'art. 314-bis Cp, eliminando l'espressione che circoscrive la tipicità a violazioni relative a «specifiche disposizioni di legge» o «atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità», quale «improprio lascito del moribondo abuso d'ufficio», in favore dell'avverbio «indebitamente»⁸². Questa soluzione, oltre a non sembrare obbligata, riproporrebbe però problemi del passato, specie rispetto alla criminalizzazione di violazioni di regole di esercizio nascoste fra i mille rivoli della normativa secondaria (criminalizzazione, comunque, almeno riducibile in pratica, se l'elemento soggettivo dell'abuso d'ufficio – dolo pieno sulla condotta e intenzionale sull'evento – fosse sempre stato preso sul serio⁸³).

Anche sul fronte del “traffico d'influenze illecite”, la reazione quasi immediata, sia in dottrina che in giurisprudenza, chiama in causa la Consulta, a cui si chiede di rilevare il sopravvenuto inadempimento dell'obbligo individuato nell'art. 12 dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla corruzione (Strasburgo, 1999)⁸⁴. L'obbligo di criminalizzazione, in questo caso, sarebbe violato dalla “legge Nordio” rispetto al sezionato rilievo di relazioni anche solo millantate o supposte, laddove l'art. 12 si riferisce alle condotte di «(...) chiunque afferma o conferma di essere in grado di esercitare un'influenza (...) indipendentemente dal fatto che l'influenza sia o meno effettivamente esercitata oppure che la supposta influenza sortisca l'esito ricercato»⁸⁵; inoltre, all'irrilevanza di qualsiasi altro «vantaggio indebito»; comunque, al più ampio concetto sovranazionale di “mediazione illecita” a fronte di quanto ora dispone l'art. 346-bis Cp⁸⁶.

Attesa la (comunque discutibile) definizione del perimetro dell'area di tutela “scoperta” dagli art. 314-bis e 346-bis Cp, rispetto a quella che si ritenga imposta dagli obblighi pattizi

⁸² G.L. Gatta, *Morte dell'abuso d'ufficio*, cit., 139 ss.

⁸³ Prendere sul serio la colpevolezza – e questa è responsabilità esclusiva di *chi applica le leggi* – avrebbe aiutato ad evitare l'abrogazione dell'art. 323 Cp: A. Perin, *L'imputazione per abuso d'ufficio*, cit., 30 ss., 37.

⁸⁴ Art. 12 (Traffico d'influenza), nella versione tradotta reperita nel sito del Consiglio d'Europa: «Ciascuna Parte adotta le necessarie misure legislative e di altra natura affinché i seguenti fatti, quando sono commessi intenzionalmente, siano definiti reati penali [sic] secondo il proprio diritto interno: il fatto di promettere, offrire o procurare, direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio indebito, per sé o per terzi, a titolo di remunerazione a chiunque afferma o conferma di essere in grado di esercitare un'influenza sulla decisione di una persona di cui agli articoli 2, 4-6 e 9-11, così come il fatto di sollecitare, ricevere o accettarne l'offerta o la promessa a titolo di remunerazione per siffatta influenza, indipendentemente dal fatto che l'influenza sia o meno effettivamente esercitata oppure che la supposta influenza sortisca l'esito ricercato».

⁸⁵ Anche la Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, presentata dalla Commissione il 3.5.2023 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», all'art. 10 (*Trading in influence*), adotta l'espressione «*real or supposed influence*». Le note preliminari specificano che la fattispecie è punibile «*regardless of whether the influence is exerted or whether it's supposed exercise leads to results*».

⁸⁶ Cfr. Mongillo, *Millantato credito*, cit., 177; Id., *Il nuovo traffico di influenze*, cit., 133; già M. Pelissero, *Sulla proposta di abolizione*, cit., § 5.

(non configurabili per l'abuso d'ufficio *tout court*, in quanto non previsto come tale, allo stato, da alcuna fonte europea o sovranazionale⁸⁷), si pone poi, come detto, il problema relativo alle eventuali conseguenze, sul piano del giudizio di legittimità costituzionale, di quell'inadempimento: si tratta cioè di valutare se l'inadempimento statale sopravvenuto di un obbligo di tutela penale possa consentire alla Corte cost., per contrasto con gli artt. 11 e 117 Cost., di dichiarare illegittima (*in malam partem*) una legge di depenalizzazione totale o parziale sopravvenuta, facendo rivivere la figura abrogata, parti di essa, oppure comunque la fattispecie precedente al ritaglio contestato.

In passato, l'orientamento della Consulta – proprio in materia di abuso d'ufficio – è apparso restrittivo di fronte alle questioni tese a sostenere la sussistenza di obblighi costituzionali di tutela penale *contro scelte legislative di depenalizzazione* anche parziale (C. cost. 28.12.1998, n. 447⁸⁸, e C. cost. 18.1.2022, n. 8)⁸⁹. Nella seconda sentenza richiamata, in particolare, sono dichiarate in parte inammissibili e in parte infondate questioni di legittimità costituzionale sollevate in rapporto alla riforma restrittiva del 2020. Inammissibili vengono giudicate le questioni riguardanti la sostenuta violazione dei principi di cui agli artt. 3 e 97 Cost., in quanto viene preclusa la possibilità di procedere a dichiarazioni di incostituzionalità *in malam partem* trattandosi di una «norma penale favorevole», che cioè preveda una totale o parziale *abolitio criminis*, poiché da ciò deriverebbe il ripristino della fattispecie abrogata, espressione di una «scelta di criminalizzazione non più attuale» (diversamente, trattandosi di «norme penali di favore», 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 Corte stabilisce che l'eventuale effetto *in malam partem* di una sua decisione «non vulnera la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione, rappresentando una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di ingiustificata disciplina derogatoria»)⁹⁰.

⁸⁷ Vi è però ancora da considerare la cit. Proposta di Direttiva sulla lotta alla corruzione (*supra*, nt. 85). Il testo finale potrebbe prevedere un obbligo di incriminazione (...*shall take the necessary measures... as a criminal offence*) dell'abuso d'ufficio (*Abuse of functions*) all'art. 11(1): al riguardo, M. Gambardella, *La "Proposta di Direttiva in materia di lotta alla corruzione" al vaglio del Parlamento: qualche riflessione sui reati di abuso d'ufficio e traffico di influenze*, in www.sistemapenale.it, 27.7.2023; V. Mongillo, *Strengths and Weaknesses of the Proposal for a EU Directive on Combating Corruption*, in www.sistemapenale.it, 31.07.2023; E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio: considerazioni a margine*, cit., 29 ss. Tuttavia, è in ballo una proposta di modifica dell'art. 11 della Direttiva, che trasformerebbe l'obbligo in una mera facoltà (cfr. B. Romano, *op. cit.*, 16).

⁸⁸ Qui la Consulta dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 323 Cp, come sostituito dall'art. 1 della l. 16.7.1997, n. 234.

⁸⁹ Entrambe richiamate, in argomento, da V. Manes, *Introduzione ai principi costituzionali in materia penale*, Torino 2023, 25 ss.

⁹⁰ C. cost. 2022/8, cit., § 7.

Nondimeno, pur a fronte di questa regola generale di inammissibilità rispetto alle «norme penali favorevoli», la Consulta ha anche in più occasioni individuato, tra le eccezioni a quel divieto di sindacato *in malam partem*, proprio «la contrarietà della disposizione censurata a obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117, primo comma, Cost.» (C. cost. 23.1.2019, n. 37, § 7.1)⁹¹.

E a ciò si aggiunge che la Corte ha dichiarato inammissibili referendum su discipline penali per evitare l'inosservanza di obblighi di incriminazione⁹². In questo senso, merita di essere segnalata la sentenza sul quesito referendario relativo al delitto di «omicidio del consenziente» di cui all'art. 579 Cp (C. cost., 2.3.2022, n. 50)⁹³, decisione in cui la questione dell'esistenza di obblighi costituzionali di incriminazione emerge in modo più «nitido» rispetto al passato⁹⁴. Infatti, nel ricevere e respingere un quesito che aveva il proposito di estendere le condizioni di liceità dell'aiuto al suicidio (in base alla sent. C. cost. 242/2019, di sostanziale conferma dell'ordinanza 207/2018) alle ipotesi affini di omicidio del consenziente, ma che avrebbe avuto l'effetto di eliminare la norma incriminatrice (per la natura abrogativa del referendum), con il risultato di «rendere penalmente lecita l'uccisione di una persona con il consenso della stessa, fuori dai casi in cui il consenso risulti invalido per l'incapacità dell'offeso o per un vizio della sua formazione» (§ 3.2), la pronuncia qualifica la fattispecie in questione come «normativa costituzionalmente necessaria» (§ 5)⁹⁵. La Corte vede nel *diritto alla vita* «il primo dei diritti inviolabili dell'uomo, in quanto presupposto per l'esercizio di tutti gli altri», sostenendo che da esso discenderebbe «il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni

⁹¹ Con richiamo a due precedenti: C. cost. 2010/28; e C. cost. 2014/32, la quale, in materia di stupefacenti, procede – mediante dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge di conversione di un decreto-legge – al ripristino di disposizioni penali sostituite, con effetti in parte *in malam partem* rispetto alla disciplina intervenuta ma dichiarata illegittima; la Corte motiva la decisione rilevando che, altrimenti, «resterebbero non punite alcune tipologie di condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione» (decisione-quadro n. 2004/757/GAI), con conseguente «violazione del diritto dell'Unione europea, che l'Italia è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.» (§ 5). Rammenta peraltro la stessa sent. (§ 6) che, secondo giurisprudenza della Corte, «sin dalla sentenza n. 148 del 1983, si è ritenuto che gli eventuali effetti *in malam partem* di una decisione (...) non precludono l'esame nel merito della normativa impugnata, fermo restando il divieto per la Corte (in virtù della riserva di legge vigente in materia penale, di cui all'art. 25 Cost.) di «configurare nuove norme penali» (sentenza n. 394 del 2006), siano esse incriminatrici o sanzionatorie (...)» (eventualità non rilevata in quel giudizio, posto che la decisione non fece «altro che rimuovere gli ostacoli all'applicazione di una disciplina stabilita dal legislatore»).

⁹² Per analoghe sottolineature, volte a sostenere il cammino delle questioni di costituzionalità nel frattempo sollevate contro la «legge Nordio», G.L. Gatta, *La legge Nordio e il «soffocamento applicativo» del traffico di influenze*, cit., 150.

⁹³ Nella stessa direzione, in materia di stupefacenti, C. cost. n. 51 del 2022, spec. § 9.2.

⁹⁴ Per quanto, come rileva L. Masera, *Tutela della vita e obblighi di incriminazione. Brevi riflessioni a partire dalla sentenza della Corte costituzionale sull'inammissibilità del referendum in materia di omicidio del consenziente*, in *Fundamental rights* 2023 (1), 74 ss., la Corte non vi faccia esplicito riferimento; v. anche F. Diamanti, *Liberté chérie. Sull'inammissibilità del referendum in materia di omicidio del consenziente*, in www.lalegislationepenale.eu, 15.4.2022, 19 ss.

⁹⁵ Per altri riferimenti, L. Masera, *op. cit.*, 78.

individuo: non quello – diametralmente opposto – di riconoscere all’individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire» (§ 5.2).

Quindi: pur non essendo «legge a contenuto costituzionalmente vincolato», l’art. 579 Cp non potrebbe venir semplicemente abrogato. Il legislatore potrebbe prevedere una disciplina diversa, a condizione di «preservare il livello minimo di tutela richiesto dai referenti costituzionali ai quali esse si saldano» (§ 5.3). Dunque, al di là di ulteriori considerazioni di merito (inerenti all’utilizzo argomentativo del *diritto* alla vita per imporre un *divieto* all’autodeterminazione), che in questa sede non importa approfondire, la Corte, pur implicitamente, afferma l’esistenza di un obbligo di tutela di rilievo costituzionale⁹⁶.

Atteso questo rilievo acquisito dagli obblighi di tutela, costituzionali e convenzionali, possiamo ora illustrare come la giurisprudenza successiva alla “riforma Nordio” cerca di percorrere quel sentiero, “battendolo” ulteriormente.

Ad oggi, rispetto all’eliminazione dell’abuso d’ufficio (art. 1 co. 1 lett. b, l. 114/2024), al netto dell’introduzione parzialmente riparativa dell’art. 314-bis Cp⁹⁷, questioni di costituzionalità sono state sollevate sia per violazione degli artt. 11 e 117 co. 1 Cost., sia anche per inosservanza dell’art. 97 Cost.⁹⁸

L’argomento che fa leva sull’inosservanza dell’art. 97 Cost. appare tuttavia, non da oggi, troppo debole⁹⁹. È vero che la riforma Nordio ha creato vuoti di tutela rispetto al buon andamento e all’imparzialità della PA, specie perché la retromarcia del penale non è stata «compensata» dall’introduzione di illeciti amministrativi. Ma una cosa è la base costituzionale che una norma incriminatrice può trovare a proprio supporto, così legittimandosi (come ci ha insegnato *Franco Bricola*)¹⁰⁰, altra cosa è ricavare da quella base un *dover-essere punitivo*. In questo secondo senso, peraltro, l’art. 97 Cost. recherebbe tutt’al più un obbligo di tutela *implicito*, cioè in definitiva un obbligo *a piacere* del quale non sarebbe comunque possibile definire il perimetro. Quindi, non si vede come si possa metterlo a raffronto, in termini di inadempimento, con l’assetto normativo vigente.

⁹⁶ L. Masera, *op. cit.*, 81.

⁹⁷ Operazione che, come visto, la Cassazione ha nel frattempo interpretato in modo “conservativo”, cioè ritenendo invariato l’ambito di applicazione del peculato (art. 314 Cp) e collocando l’attuale art. 314-bis Cp nell’ambito di tutela precedentemente coperto dall’abuso d’ufficio (v. *supra*, Cass. pen., sez. VI, 23.10.2024 (dep. 4.2.2025), n. 4025, cit.)

⁹⁸ La prima è stata sollevata da T. Firenze, sez. III, ord. 24.9.2024, con nota di G.L. Gatta, *Abolizione dell’abuso d’ufficio: a Firenze una prima ordinanza di rimessione alla Consulta. esiste un obbligo convenzionale di non decriminalizzazione (o di stand-still)?*, in *SP* 2024 (9), 71 ss. Seguono le questioni sollevate dal medesimo T. Firenze, ord. 3.10.2024 e ord. 25.10.2024; dal T. Locri, ord. del 30.9.2024; dal T. Busto Arsizio, ord. 21.10.2024; e dal T. Bolzano, ord. 11.11.2024. Da ultimo, sulla stessa linea, interviene Cass. pen., sez. VI, ord. 21.2.2025 (dep. 7.3.2025), n. 9442, in *www.sistemapenale.it*, 7.3.2025 (v. *infra*, nt. 103).

⁹⁹ Cfr., anche per altri richiami sull’ancoraggio dell’abuso d’ufficio all’art. 97 Cost., B. Romano, *op. cit.*, 5 ss.

¹⁰⁰ V. *infra*, § 4.1.2.1 e nt. 111.

Sul fronte dei vincoli derivanti dal diritto internazionale e, in particolare, dalla Convenzione ONU contro la corruzione del 2003 (Convenzione di Mérida), è stato chiarito che l'art. 19 si limita ad invitare il legislatore interno ad adottare una disciplina che incrimini l'abuso d'ufficio (*shall consider adopting*), ma non lo obbliga in tal senso (non ricorre l'espressione *shall adopt*)¹⁰¹.

Tuttavia, già secondo la prima ordinanza, gli Stati-parte che al momento della ratifica prevedevano l'abuso d'ufficio sarebbero soggetti ad un vincolo a mantenere in vita il reato: un obbligo di «*stand-still*», cioè «l'obbligo internazionale di mantenere le cose, così come sono»¹⁰². Anche questa però è una via quantomeno discutibile, sia sul piano della sostenibilità di un simile obbligo, sia su quello delle sue eventuali implicazioni.

Sempre con riguardo alla Convenzione di Mérida, un'ulteriore tesi – emersa in dottrina e ora articolata anche dalla prima ordinanza della Cassazione intervenuta in questo nuovo campo di battaglia – sostiene che la norma di matrice convenzionale, con riguardo agli artt. 7 co. 4 e 65, «se applicata in buona fede, forse, potrebbe implicare se non un obbligo di criminalizzazione, uno di *stand-still* o quanto meno una sorta di standard *de minimis* di criminalizzazione al fine di tutelare una certa stabilità del regime di lotta alla corruzione»¹⁰³.

¹⁰¹ Art. 19: «*Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, the abuse of functions or position, that is, the performance of or failure to perform an act, in violation of laws, by a public official in the discharge of his or her functions, for the purpose of obtaining an undue advantage for himself or herself or for another person or entity*». Lo rileva per es. B. Romano, *op. cit.*, 16.

¹⁰² T. Firenze, sez. III, ord. 24.9.2024, cit., § III.1 (11). La questione sarebbe fondata, si legge nell'ordinanza, anche sull'art. 7 co. 4 della Convenzione di Mérida, che vincolerebbe gli Stati contraenti a «mantenere e rafforzare i sistemi che favoriscono la trasparenza e prevengono i conflitti di interesse» (15). La disposizione convenzionale prevede che: «*Each State Party shall, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, endeavour to adopt, maintain and strengthen systems that promote transparency and prevent conflicts of interest*». V. *infra* anche la nt. seguente.

¹⁰³ In termini prudentemente dubitativi, G.M. Ruotolo, *L'abrogazione del reato di abuso d'ufficio alla luce della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione*, in www.sistemapenale.it, 19.12.2024, il quale, se da un lato esclude l'esistenza di un obbligo di *stand-still* ai sensi del diritto internazionale generale, dall'altro rileva che l'abrogazione dell'abuso d'ufficio «potrebbe comportare una violazione sia dell'art. 65 sia dell'art. 7.4 della Convenzione, rilevanti ai sensi del vincolo di rispetto degli obblighi internazionali che l'art. 117 Cost. impone». L'art. 65 prevede una «clausola di esecuzione o di implementazione», che aggiunge all'obbligo di rispettarlo sul piano internazionale «anche quello, parimenti internazionale, di conformarvi il proprio ordinamento interno»; l'art. 7 co. 4 della Convenzione (cit. *supra*, nt. 102) impegna invece lo Stato-parte «ad adoperarsi per adottare, rafforzare e (...) mantenere sistemi che promuovano la trasparenza e prevengano i conflitti di interessi, come effettivamente il reato abrogato faceva». Contrari, invece, G. Fiandaca, A. Merlo, *op. cit.*, 5-6, per i quali esisterebbe soltanto un più limitato «obbligo per lo Stato italiano di prendere seriamente in considerazione l'opportunità di introdurre o mantenere fattispecie volte a sanzionare l'abuso funzionale».

Questa impostazione è seguita e sviluppata da Cass. pen., sez. VI, ord. 21.2.2025 (dep. 7.3.2025), n. 9442, cit., la quale, ritenendo la questione ammissibile in virtù della giurisprudenza della Consulta cit. *supra*, nt. 91 (§ 3, 4 ss.), argomenta la possibile incostituzionalità dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio ad opera della l. 114/2024 alla luce degli artt. 1, 7 co. 4, 19 e 65 della Convenzione di Mérida (§§ 6 ss.); al § 9 si legge che la convenzione pone «non solo obblighi di criminalizzazione, ma anche di efficace persecuzione, di perseguimento e di mantenimento

In merito alle predette questioni, va peraltro ricordato l'intervento in senso parzialmente contrario con cui il Tribunale di Reggio Emilia ha invece respinto le eccezioni di illegittimità costituzionale sollevate dalla Procura nell'ambito della cd. "vicenda di Bibbiano". Il tribunale giudica astrattamente ammissibile, ma infondata nel merito, la questione posta, con riferimento all'art. 117 Cost., in relazione all'art. 19 della Convenzione di Mérida, mancando un obbligo di incriminazione dell'abuso d'ufficio, e non essendo nemmeno sostenibile l'esistenza di un «divieto di regresso»; tuttavia, si ritiene ammissibile e «in parte non manifestamente infondata» la questione sollevata per violazione dell'art. 117 co. 1 Cost., in riferimento alla Direttiva 2017/1371 quanto all'obbligo dell'art. 4, in attenzione alla cancellazione del riferimento all'art. 323 Cp nell'art. 322-bis Cp, sostituito solo con il richiamo al nuovo art. 314-bis Cp: «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», essendo la fattispecie di indebita destinazione, attualmente richiamata dall'art. 322-bis c.p., circoscritta alle distrazioni di denaro o cose mobili¹⁰⁴.

Quanto alla parziale *abolitio criminis* dell'art. 346 Cp, la prima iniziativa adottata con possibilità di successo¹⁰⁵ viene dalla Procura di Roma¹⁰⁶, che, riprendendo argomento avanzati in dottrina, in una memoria poi sostanzialmente fatta propria dal G.u.p.¹⁰⁷, lamenta una «totale asfissia applicativa» della figura, «tale da portare in concreto all'ineffettività di ogni profilo sanzionatorio»; insomma, una «*fictio* incriminatrice, dotata di un elevatissimo tasso di ineffettività, che *disvuole ciò che vuole*», anche in ragione dell'abolizione del reato-scopo dell'abuso d'ufficio¹⁰⁸ (abolizione che, ricordiamolo, attesa la giurisprudenza di Cassazione nel frattempo intervenuta, è parzialmente emendata dall'art. 314-bis, la cui previsione – una specie di minimo ravvedimento con un occhio rivolto all'UE – ci restituisce, anche ai fini dell'art. 346 Cp, un piccolo pezzo di abuso d'ufficio).

degli *standard* di efficacia stabiliti nella prevenzione della corruzione». La penalizzazione dell'abuso d'ufficio non rilevarebbe soltanto per l'art. 19 (*supra*, nt. 101), ma anche «quale strumento normativo specificamente destinato a rendere efficace ed effettivo il sistema di prevenzione della corruzione, favorendo la trasparenza e prevenendo i conflitti di interessi». L'abrogazione dell'abuso d'ufficio, «non compensata dall'adozione di meccanismi preventivi o repressivi» alternativi, avrebbe dunque violato l'obbligo di «adoperarsi per "mantenere" gli *standard* di tutela raggiunti nell'efficace prevenzione della corruzione» (§ 10, con richiamo dell'art. 7 co. 4 della convenzione).

¹⁰⁴ V. al riguardo A. Roiati, *op. cit.*, 27-28.

¹⁰⁵ Il primo tentativo era stato fatto dalla Procura di Foggia: v. la scheda di G.L. Gatta, *Abolizione parziale del traffico di influenze illecite: la procura di foggia chiede di sollevare questione di legittimità costituzionale*, in www.sistemapenale.it, 1.10.2024.

¹⁰⁶ Procura di Roma, memoria del 2.12.2024, disponibile in www.sistemapenale.it, con nota di G.L. Gatta, "Asfissia applicativa" e "ineffettività" del riformato reato di traffico di influenze illecite: la Procura di Roma chiede di sollevare questione di legittimità costituzionale (processo sulle mascherine – covid), in *SP* 2024 (12), 75 ss.

¹⁰⁷ G.u.p. Roma, ord. 31.1.2025, in www.sistemapenale.it, con nota di G.L. Gatta.

¹⁰⁸ Procura di Roma, memoria cit., § 3.

In questo caso, il risultato di un intervento *in malam partem* della Consulta per violazione di un obbligo convenzionale – rinvenuto nell'art. 12 della Convenzione di Strasburgo¹⁰⁹ – dovrebbe consistere nella rinascita della fattispecie configurata dalla riforma del 2019¹¹⁰.

4.1.2. La questione generale che queste vicende ripropongono può essere declinata in due aspetti: (1) il primo riguarda l'*an* della configurabilità di obblighi di tutela in senso stretto (non mere raccomandazioni), nonché la definizione del loro perimetro, attesa la loro formulazione, e poi del loro corretto adempimento alla luce del quadro costituzionale di riferimento e della natura giuridica degli oggetti di tutela; (2) il secondo concerne il *quomodo* dell'adempimento, mediante l'implementazione dello strumento pattizio nel diritto interno, ed eventualmente tramite un intervento *in malam partem* di ripristino da parte della Consulta.

4.1.2.1. Come indicato, gli obblighi di tutela possono avere natura costituzionale o convenzionale.

Accettare l'esistenza di *obblighi costituzionali* significa richiedere alla Costituzione, non soltanto di contenere l'esercizio del potere punitivo, eventualmente legittimandolo (riconoscendone quindi la *possibilità*)¹¹¹, ma anche di *imporlo*. In tal senso, il potere della Carta di vincolare la discrezionalità del legislatore penale (la politica-criminale in senso stretto) si baserebbe nel riconoscimento di interessi sicuramente meritevoli di tutela penale, beni giuridici la cui offesa o messa in pericolo, a certe condizioni, non ammetterebbe l'astensione dall'intervento repressivo¹¹².

La difficoltà di ammettere l'esistenza di un limite rigido e assoluto alle ragioni sottese al principio di sussidiarietà penale, limite che deriverebbe dal riconoscimento di un obbligo costituzionale di tutela, si comprende anche alla luce nell'unico esempio espressamente

¹⁰⁹ La Convenzione di Strasburgo – sottolinea la memoria della Procura di Roma, cit., § 3 (5) –, non richiede l'introduzione di un "traffico di influenze illecite" qualunque, bensì la configurazione di una fattispecie con un «contenuto minimo» che «non limita la mediazione onerosa illecita a quella diretta a commettere un atto contrario diretto ai doveri d'ufficio costituente reato».

¹¹⁰ Come la Procura di Roma sottolinea nella sua cit. memoria (§ 2, 2), quella riforma «aveva riscosso il positivo apprezzamento della Commissione GRECO, organismo internazionale che presidia l'attuazione della convenzione del Consiglio d'Europa, superando le critiche espresse in precedenza nei suoi cicli di valutazione».

¹¹¹ Secondo la ben nota impostazione di F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, a cura di S. Canestrari, A. Melchionda, Milano 1997, 539 ss., spec. 564-565; accolta anche da L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*⁶, Bari-Roma 2000, spec. 477.

¹¹² Quindi non sarebbe l'eccesso di punibilità, bensì l'impunità ciò che verrebbe assunto come problema, specie con riferimento a beni giuridici fondamentali la cui protezione avrebbe un valore preponderante rispetto al costo intrinseco della reazione punitiva: D. Pulitanò, *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *RIDPP* 1983, 500. Rileva in termini analoghi A. Cavaliere, *op. cit.*, 77, che «sostenere obblighi di tutela penale significa molto di più che affermare la necessità di un'affermazione di responsabilità: significa sostenere la necessità dell'infliczione di una pena (...)».

previsto dalla Costituzione italiana, all'art. 13 co. 4¹¹³, disposizione che andrebbe combinata con l'art. 28 Cost., che prevede la responsabilità dei pubblici ufficiali per la «violazione dei diritti»; e inoltre con l'art. 27 co. 3 Cost., che vieta pene contrarie al «senso di umanità», oltre ad assegnare loro una funzione rieducativa.

La *ratio* dell'art. 13 co. 4 Cost. si ritrova nell'esigenza di tutelare i diritti fondamentali del singolo, specie quando la libertà personale è limitata dall'esercizio della forza pubblica. I principi fondamentali dello Stato di diritto liberale verrebbero (ancora) violati se l'ordinamento non assicurasse ai consociati forme di tutela qualificate rispetto a chi ricopre posizioni di autorità, in particolar modo trattandosi di esercizio attuale di poteri costringenti. Il dovere di punire appare giustificato, trattandosi di tutelare le libertà fondamentali violate durante l'esperienza totalitaria che la Costituzione democratica e repubblicana ha inteso superare, al fine di arginare i più gravi abusi e arbitri da parte degli agenti dello Stato¹¹⁴.

Trarne una giustificazione dogmatica generale degli obblighi costituzionali di tutela penale significherebbe però andare molto oltre la *ratio* di questa disposizione¹¹⁵.

Se si guarda con attenzione alla storia dell'argomento che sostiene il riconoscimento di obblighi costituzionali, specie di quelli *impliciti* (sarebbe il caso, secondo parte della giurisprudenza, dell'art. 97 Cost.), ci si avvede degli esiti controproducenti rispetto alla tutela dei diritti di libertà. Quell'argomento, infatti, è stato e continua ad essere evocato a sostegno

¹¹³ Ai sensi del quale «è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà». Si v. C. Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa 2009, 88 ss.; di recente, N. Zanon, *Violenza ai danni delle persone private della libertà: i lavori preparatori dell'art. 13, comma 4, della Costituzione*, in *RIDPP* 2024 (3), 901 ss., il quale ricorda, fra le altre, la posizione di Aldo Moro in sede costituente, secondo il quale non sarebbe stato opportuno utilizzare l'espressione «è punita» (presente nella proposta dei relatori *La Pira e Basso*), perché «alla Costituzione compete soltanto di indicare principi fondamentali» (analoga sensibilità fu espressa anche da Grilli). Si intravede, al riguardo, la discussione, inaugurata da Franco Bricola, sui rapporti fra diritto penale e Costituzione (*supra*, nt. 111): mentre a questa egli assegnò una funzione *legittimante* l'intervento penale, cioè meramente *giustificativa*, oggi si tende a cercare anche nella Costituzione – anche oltre l'art. 13 co. 4 Cost. – fonti di veri e propri *obblighi di intervento punitivo* (anche *impliciti*, per es. nell'art. 97 Cost.). Zanon (*ibid.*, 911 ss., 914 ss.) riporta anche altri interventi in cui, con chiaro riferimento alle violenze del fascismo, compare – ed è significativo ricardalo oggi – il termine «tortura»; ed evidenzia, fra gli altri, quello di Giuseppe Bettiol, a sostegno di una «Costituzione antipoliziesca, in quanto è antifascista».

¹¹⁴ Fra gli altri, sul fondamento del divieto di torturare, G. Fornasari, *I delitti contro l'umanità e l'uguaglianza: alcune osservazioni sulla proposta del gruppo di lavoro della AIPDP*, in *Aa.Vv.*, *La riforma dei delitti contro la persona*, cit., 776; Id., 'Right to Punishment' e principi penalistici. *Una critica della retorica anti-impunità*, Napoli 2023, 106; R. Cornelli, *Sostenere l'insostenibile. Un'analisi critica delle tesi a supporto della proposta di abrogazione del reato di tortura*, in *RIDPP* 2023 (2), 745, spec. 749 (la scelta di arretrare «la tutela penale di fronte a gravi abusi di pubblici ufficiali» «mina la tenuta dello stato di diritto in una sua dimensione essenziale, quella del rapporto tra individuo e autorità»).

¹¹⁵ N. Zanon, *Violenza ai danni delle persone private della libertà*, cit., 917 ss., concorda, richiamando il cit. saggio di Pulitanò (cit. *supra*, nt. 112), con «la rassicurante conclusione che, in questo caso, il riferimento (testuale e, apparentemente, indiscutibile) alla tutela penale si inserisce, con una certa naturalezza, in un contesto in cui, normalmente, al diritto penale è affidata la tutela della persona umana dalla violenza, una tutela, oltretutto, comprensibilmente rinforzata se la persona è già indifesa, nelle mani della forza pubblica statale».

dell'obbligo di punire l'interruzione volontaria di gravidanza quasi senza eccezioni, anche quando limiti alla criminalizzazione – e all'ingerenza nei diritti fondamentali della donna – deriverebbero dall'applicazione di scriminanti generali. Inoltre, il medesimo argomento, con riguardo tutela alla vita cd. indipendente, è alla base della recente decisione di inammissibilità sul referendum abrogativo dell'art. 579 Cp sull'omicidio del consenziente (C. cost. 50/2022). In entrambi i casi, il rilievo riconosciuto a presunti obblighi di tutela – riconoscimento di una *tutela minima* asseritamente necessaria, veicolato in realtà da discutibili preferenze bio-etiche del giudice delle leggi – porta ad una compressione notevole dell'autodeterminazione individuale¹¹⁶.

Sul piano sovranazionale, invece, la vigenza di obblighi di tutela penale non è più discutibile. Nel contesto in esame, la spinta a prevedere una disciplina penalistica, in effetti, proviene – oltre che da convenzioni sovranazionali¹¹⁷ – dal diritto dell'Unione Europea (in base all'art. 83.1 TrFUE sulla competenza penale autonoma ed indiretta dell'UE), con particolare riguardo all'impegno derivante dall'art. 4 co. 3 della Direttiva (UE) 2017/1371, del 5.7.2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale (cd. Direttiva PIF)¹¹⁸.

In termini generali, eventualmente superata la questione dell'*an* di un obbligo di tutela, resta comunque da confrontarsi con i limiti del *quomodo* dell'adempimento, specie in attenzione alle garanzie che potrebbero ostacolare quel proposito di tutela.

Da questo punto di vista, attesa la necessità di compiere valutazioni in chiave di «bilanciamento di beni» e di «sussidiarietà ed effettività dell'intervento penale»¹¹⁹, il carattere *relativo* degli obblighi di tutela può derivare da considerazioni inerenti, essenzialmente, ai seguenti profili:

(i) la genericità e/o ambiguità degli obiettivi posti, anche qualora lo strumento convenzionale si spinga nel dettaglio;

¹¹⁶ Si rinvia al riguardo alle più ampie considerazioni recentemente svolte in A. Perin, *Motivi aggravanti*, cit., 265 ss., 268 ss. La sensibilità espressa ha elementi di contatto con quella autorevolmente esposta da N. Zanon, *Violenza ai danni delle persone private della libertà*, cit., 920.

¹¹⁷ La Convenzione del Consiglio d'Europa sulla corruzione (Strasburgo, 1999) e la Convenzione Onu contro la corruzione (Mérida, 2003).

¹¹⁸ Art. 4 co. 3: «Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché, se intenzionale, l'appropriazione indebita costituisca reato. / Ai fini della presente direttiva, s'intende per «appropriazione indebita» 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» (nella versione in inglese: « (...) 'misappropriation' means the action of a public official who is directly or indirectly entrusted with the management of funds or assets to commit or disburse funds or appropriate or use assets contrary to the purpose for which they were intended in any way which damages the Union's financial interests»).

¹¹⁹ A. Cavaliere, *op. cit.*, 72 ss. In senso analogo, sviluppando ulteriori riflessioni che in questa sede ritornano, cfr. A. Perin, *Motivi aggravanti*, cit., 259 ss., 270 ss., 279.

(ii) la necessità, di fronte a qualunque progetto innovativo, di valutarne l'impatto mediante l'adozione di norme di diritto interno, tenendo conto delle caratteristiche e dei margini costituzionali – quali eventuali “contro-limiti” – dell'ordinamento nazionale;

(iii) l'opportunità di non assumere a priori la necessità di prevedere nuove e/o più gravi risposte punitive, magari di carattere meramente simbolico, ma di valutare la loro introduzione o il loro mantenimento in base a parametri di efficacia preventiva e di possibili ragioni contrarie;

(iv) il variabile grado di indeterminatezza dell'area di tutela coperta dalla “fattispecie di adempimento”, a causa delle incertezze interpretative e applicative che la caratterizzano sul piano del diritto vivente.

Quanto appena schematizzato in generale, sembra valere anche per l'abuso d'ufficio e per il traffico di influenze.

(i) Quanto al primo profilo, la Direttiva PIF non impone – come del resto difficilmente potrebbe fare – una figura generale e residuale quale era l'abuso d'ufficio. Dunque, ha ragione chi rileva che «l'abolizione di una figura generale residuale e sussidiaria non è un tabù, rientrando nelle linee politiche di un diritto sempre più selezionato su illeciti tipizzati»¹²⁰.

D'altro canto, trattandosi dell'art. 346-bis Cp, l'art. 12 della Convenzione di Strasburgo è in effetti «un caso macroscopico di vaghezza e imprecisione, che implica un ampio margine di apprezzamento da parte dei legislatori nazionali e quasi reclama un intervento volto a ricondurre la fattispecie a un minimum di tassatività»¹²¹.

(ii) Quanto all'impatto dell'adozione di norme di diritto interno alla luce delle garanzie e dei contro-limiti interni¹²², rispetto all'art. 4 co. 3 della Direttiva PIF non sembrano porsi particolari problemi, atteso il carattere intenzionale e dannoso delle “appropriazioni indebite” qualificate del funzionario che si richiede di punire; inoltre, pare difficile sostenere che la figura abrogata, specie nell'ultima versione vigente, fosse così *indeterminata* da cozzare con il principio di legalità. In termini positivi (di legittimazione dell'intervento di tutela, *non* della sua imposizione), l'art. 97 Cost. attribuisce dignità primaria al buon andamento e alla imparzialità della PA.

Le condivisibili perplessità espresse, invece, rispetto alla redazione della norma recante l'obbligo di sanzionare il “traffico di influenza”, di cui all'art. 12 della Convenzione di Strasburgo sulla corruzione, possono riflettersi, in ossequio al principio di legalità e a quello

¹²⁰ M. Donini, *Abuso di ufficio ultimo atto*, cit.

¹²¹ «La scelta compiuta, al riguardo, dal legislatore è poco felice sul piano tecnico e sicuramente criticabile dal punto di vista politico-criminale, ma non per questo necessariamente contraria a Costituzione»: V. Mongillo, *Millantato credito*, cit., p. 177; con maggior dettaglio, Id., *Il nuovo traffico di influenze*, cit., 1136.

¹²² Si rinvia alla copiosa letteratura sul caso *Taricco*.

di offensività, nella necessità di maggiore precisione e quindi anche di maggior selettività da parte del legislatore interno¹²³.

(iii) Sul terzo piano di valutazione, inerente alla sussidiarietà penale, rileva il dibattito sull'opportunità di prevedere strumenti preventivi e sanzionatori non penali. Si tratterebbe di intervenire quindi, non solo per ripristinare o almeno recuperare in parte l'intervento penale, ma anche e soprattutto, come prima *ratio*, per adottare realistiche ed efficaci strategie di prevenzione¹²⁴.

(iv) Non occorre infine spendere altre parole, alla luce di quanto già osservato, sulle incertezze applicative riguardanti l'art. 323 Cp; incertezze che in verità sembrano essere state ridotte dai primi interventi della Cassazione, che hanno collocato il nuovo art. 314-bis Cp nello spazio lasciato vuoto dell'abrogato art. 323 Cp, così sottraendolo alla sfera del peculato (art. 314 Cp) e riportandolo all'interno del residuo "traffico di influenze" (art. 346-bis Cp).

Queste considerazioni mostrano perché l'argomento dell'inadempimento degli obblighi eurounitari, pur ammettendo che possa essere fondato, è comunque *relativo*: perché nella sua formalità non è conclusivo. Pur valido, esso non acquista l'ulteriore vigore di cui avrebbe bisogno per superare i propri *limiti intrinseci* e quindi prevalere, se non sorretto "a monte" anche da valide e prevalenti (internamente) ragioni politico-criminali¹²⁵.

Prima di procedere oltre, però, un *caveat* importante.

¹²³ Un altro caso, pur estraneo ai reati contro la PA, in cui si pone lo stesso problema e quindi la necessità di restringere sul piano attuativo l'ambito segnato dagli obblighi di criminalizzazione, relativamente indeterminati, in forza di contro-limiti interni (legalità e offensività), è dato dalla Convenzione cd. "MEDICRIME" del Consiglio d'Europa, che l'Italia ha sottoscritto immediatamente, pur non avendola ad oggi ratificata (*Council of Europe Convention on the counterfeiting of medical products and similar crimes involving threats to public health*, Mosca, 2011). Questo strumento di armonizzazione, nel prevedere obblighi di criminalizzazione a tutela della salute pubblica (artt. da 5 a 8) e nel definire in modo omnicomprensivo il concetto portante di "contraffazione" (art. 4.j Convenzione MEDICRIME), non fa alcun cenno al requisito del *pericolo*, astratto, astratto-concreto o concreto che sia. Dovremmo quindi ricavarne che gli Stati-parte sono obbligati a prevedere figure di *pericolo presunto*, a prescindere da qualsivoglia minima esigenza di offensività? In altri termini: costituirebbe *inadempimento* degli obblighi convenzionali la scelta del futuro legislatore di *restringere* – o di *mantenere più limitato* – l'intervento interno per *prevalenti ragioni di principio*? Sull'opportunità di precisare la nozione di "contraffazione" della Convenzione MEDICRIME sul terreno del principio di offensività, e quindi di ridurre l'ambito punitivo rispetto al *più ampio perimetro convenzionale*, A. Gargani, *Tecniche di tutela penale della salute pubblica: il settore dei prodotti sanitari*, in Aa.Vv., *La convenzione MEDICRIME sulla contraffazione dei prodotti sanitarie la tutela della salute pubblica in Italia*, in SP 2024 (n. speciale, a cura di O. Alarcón-Jiménez, L. Masera, A. Perin, L. Salazar), 19 ss., spec. 28-29; concorde, con annotazioni comparatistiche, A. Perin, *La convenzione "MEDICRIME" del Consiglio d'Europa: la tutela penale della salute pubblica mediante il contrasto alla contraffazione dei prodotti sanitari. Conclusioni e prospettive*, ivi, 193, spec. 197 ss., 201 ss.

¹²⁴ Cfr. al riguardo E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio: una questione aperta*, cit., 315 ss.; G. Busia, *I limiti del diritto penale e il rapporto tra prevenzione e repressione nei reati contro la pubblica amministrazione*, in RIDPP 2024 (2), 711 ss., spec. 721 ss.

¹²⁵ Le ragioni di opportunità politico-criminale possono essere bilanciabili sul piano argomentativo: a fronte di ragioni a favore della criminalizzazione, non dovrebbero prevalere ragioni contrarie (incentivi criminogeni, paradossi, disfunzionalità comunicative, ecc.).

Sostenere che gli obblighi di tutela penale, anche quelli convenzionali, sono “relativi”, quanto all'*an* e al loro esatto perimetro e contenuto, quindi anche al *quomodo* della loro attuazione, non significa screditare l'importanza del rispetto della legalità internazionale; tendenza invece in voga di questi tempi connotati da una generale reazione nazionalistica. Piuttosto, quanto sostenuto significa che il rispetto della legalità internazionale – e segnatamente degli obblighi di tutela sottoscritti e ratificati – passa anche da un'assunzione di responsabilità del legislatore interno e della politica che lo dirige, responsabilità guidata dal principio di sussidiarietà e dagli altri principi dell'ordinamento, quali argini ed eventuali “contro-limiti” ai possibili risvolti illiberali – bisognerebbe riconoscerlo – delle fonti pattizie. Va da sé che questo richiamo alla responsabilità implica anche quella da assumere in sede di negoziati, sia quando si tratti di redigere convenzioni internazionali, sia quando si discuta il contenuto di direttive europee recanti obblighi di tutela penale.

4.1.2.2. Ulteriore risvolto problematico risiede nel corollario per cui da quegli obblighi di tutela penale deriverebbe la possibilità per la Corte costituzionale (che non è un organo politico) di dichiarare l'illegittimità di disposizioni abrogative che «in qualche modo ne ostacolano l'adempimento», cioè «interventi *in malam partem*» a tutela di determinati beni giuridici fondanti quei doveri di incriminazione.

In linea di principio, si ritiene che una dichiarazione di incostituzionalità *in malam partem* non violi la riserva di legge (art. 25 Cost.) – che protegge la sfera politico-democratica di competenza esclusiva del legislatore –, a condizione che la scelta di criminalizzazione risieda non nella decisione della Consulta, ma nella reviviscenza della legge attuativa precedente¹²⁶.

Trattandosi di obblighi costituzionali, ai quali la Consulta allude di recente ma senza riconoscerli esplicitamente¹²⁷, sorgono però questioni di non poco conto: «quali sono i beni giuridici per la cui tutela sarebbe costituzionalmente obbligatorio l'intervento penalistico? Tutti i beni giuridici costituzionalmente rilevanti? O solo alcuni? E scelti sulla base di quali criteri?»¹²⁸

Nel caso concreto, come stabilire se nell'art. 97 Cost., che si riferisce al buon andamento e all'imparzialità dell'amministrazione, c'è uno di questi? Si è già detto che il suo carattere tutt'al più *implicito* non consente di operare raffronti in termini di adempimento. Inoltre, anche al di là della discutibile configurabilità in astratto di doveri di tutela di matrice costituzionale nel nostro ordinamento, nel caso di specie, volendo valorizzare il parametro dell'art. 97 Cost., la Consulta dovrebbe introdurre un'ulteriore eccezione alla regola di

¹²⁶ Prudente, sul punto, V. Manes, *Il cammino dell'armonizzazione*, cit., 40.

¹²⁷ C. cost. 2022/50, cit.

¹²⁸ Per queste osservazioni e le questioni poste, L. Masera, *op. cit.*, 85 ss., spec. 87-88.

inammissibilità del ricorso basata sul divieto di sindacare le norme penali con effetti in *malam partem*¹²⁹.

Trattandosi di obblighi convenzionali, che uno Stato sceglie di sottoscrivere e poi di ratificare, impegnandosi sia internazionalmente sia a livello interno, valgono anzitutto le considerazioni generali fatte sul carattere *relativo* di quegli impegni di criminalizzazione.

Dopodiché, anche in questo caso, si pongono altre questioni.

Quanto all'abrogazione dell'art. 323 Cp, una dichiarazione di incostituzionalità farebbe rivivere la fattispecie ritagliata nel 2020. La Consulta realizzerebbe un'operazione molto delicata, sia per le sue implicazioni sistematiche (art. 25 Cost.), sindacando *in malam partem* in base a un obbligo (Direttiva PIF) non esplicitamente riferito alla fattispecie abrogata, sia per i tesi rapporti fra politica (potere esecutivo) e magistratura e i relativi fragili equilibri costituzionali.

Nello scenario ipotetico dell'accoglimento, il legislatore potrebbe comunque, fra le altre strade, eliminare nuovamente l'art. 323 Cp e intervenire sull'attuale art. 314-bis Cp, dando rilevanza *anche* alle condotte da punire obbligatoriamente (atteso l'art. 4 co. 3 della Direttiva PIF, gli abusi distrattivi su beni immobili che ledano gli interessi finanziari dell'UE). Se aggiungere quanto indicato alla tipicità dell'abuso distrattivo è ciò che manca per adempiere, a quel punto la Corte non potrebbe più intervenire (anche se all'orizzonte occorre tenere conto dell'ulteriore variabile, data dalla entrata in vigore di una Direttiva che potrebbe contenere ulteriori mandati di intervento penale in materia)¹³⁰.

Resterebbe comunque fuori tutta l'area di abusi non distrattivi aboliti. Ma oltre l'area dell'obbligo, c'è un territorio che spetta solo alla politica criminale governare.

Il percorso potrebbe apparire più agevole per riesumare la versione precedente del "traffico di influenze", in virtù del riferimento esplicito e diretto dell'obbligo di tutela quale parametro mediato di costituzionalità; parametro del quale, però, è stata giustamente rilevata la relativa indeterminatezza. Per cui il contro-limite del principio di legalità suggerisce l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale¹³¹. Altrimenti, il prezzo sarebbe alto: la Corte cost. farebbe soccombere un sicuro ed irrinunciabile presidio di garanzia in forza di una discutibile

¹²⁹ T. Firenze, ord. 24.9.2024, cit., § II (9).

¹³⁰ *Supra*, nt. 85 e 87.

¹³¹ V. Mongillo, *Il nuovo traffico di influenze*, cit., 1137, il quale anzi argomenta che la questione potrebbe persino essere ribaltata, in quanto sarebbe la «legge di ratifica della Convenzione, nella parte che ha recepito l'art. 12, unitamente all'art. 1, comma 10, della l. n. 3/2019, che l'ha resa integralmente vincolante (impedendo al Governo il rinnovo di qualsiasi riserva e quindi imponendo un recepimento senza limitazioni), a potersi esporre a una valutazione di contrarietà alla Costituzione». L'argomento è acuto, ma si potrebbe osservare che il mero recepimento non deve per forza rendere lo strumento convenzionale *integralmente vincolante*, perché il legislatore, nel dare esecuzione interna all'impegno di criminalizzazione e quindi nel disciplinare le figure di reato pertinenti, potrebbe (dovrebbe) adottare autonomamente i "contro-limiti" necessari (evitando così, nella prospettiva indicata da Mongillo, di dover ricorrere alla Consulta).

e rinunciabile esigenza di punire. Si produrrebbe un totale ribaltamento della logica “classica”, *bricoliana*¹³², basata sul ruolo limitante e giustificante della Costituzione rispetto all’esercizio dello *ius puniendi*, in favore di quella basata sul riconoscimento degli obblighi di tutela e del dovere preponderante di punire¹³³: un’operazione pericolosa e dagli esiti imponderabili¹³⁴.

4.2. Un giudizio di incostituzionalità *in malam partem* che facesse rivivere l’art. 323 Cp riproporrebbe le medesime questioni del passato (salvo, s’intende, la legittimità della sua abrogazione). Nel rivolgersi allora idealmente all’interprete e al futuro legislatore, si possono mettere in luce alcune ragioni idonee a guidarne, rispettivamente, l’indirizzo interpretativo e l’azione normativa.

Come risaputo, alla base del movimento favorevole alla spallata all’abuso d’ufficio c’era l’osservazione dell’eccessiva “pressione” investigativa e giudiziaria sul pubblico funzionario “in buona fede”¹³⁵. Una pressione dannosa, una pena in sé, e per di più inconcludente sul piano propriamente repressivo¹³⁶. Questo problema, però, avrebbe potuto risolversi, non tanto o non soltanto sul piano della riscrittura della fattispecie, quanto, ancor prima, su quello degli strumenti ermeneutici e applicativi rimessi al prudente utilizzo dell’inquirente e del giudicante; strumenti che sarebbero valsi (e potrebbe ancora valere in questo ipotetico scenario futuro) a rendere più determinata e prevedibile la norma.

¹³² *Supra*, nt. 111.

¹³³ Sul piano dei limiti legittimanti la criminalizzazione, per un lucido esame critico delle tesi che, oltre ai *doveri di punire*, se del caso a tutela di diritti, evocano anche il *diritto alla punizione*, mettendo la vittima (e non più l’autore) al centro del diritto penale, G. Fornasari, ‘Right to Punishment’, cit., 11 ss., spec. 68 ss., 101 ss., 153 ss.

¹³⁴ A questo paiono riferirsi anche le note finali con cui, condivisibilmente, N. Zanon, *Violenza ai danni delle persone private della libertà*, cit., 921, avverte che l’operazione di rafforzamento di beni e diritti mediante il diritto penale, per quanto possa apparire nelle intenzioni «rivolta al “bene”», rischia di schiudere scenari in cui il capovolgimento della *logica classica* (la Costituzione come limite, assenza di obblighi di punire) «non sarebbe sempre volto al “bene”».

¹³⁵ Per tutti, B. Romano, *op. cit.*, 10, secondo il quale, anche attraverso il «cavallo di Troia dell’abuso d’ufficio», quale strumento di controllo sulle scelte della PA, si sarebbero «affidati al diritto penale, al processo penale e a tutto ciò che “gira” loro intorno un ruolo ed una funzione che hanno in ben pochi Paesi». «La norma di cui all’art. 323 Cp è stata (...) – secondo l’autore – *probabilmente* una delle principali cause della c.d. fuga dalla firma», una «reazione» a quell’ingerenza data dal controllo di legalità (corsivo nostro).

¹³⁶ Ancora B. Romano, *op. cit.*, 14, il quale mostra – richiamando la relazione al d.d.l. S. 808 – che fra 2021 e 2022 il numero iscrizioni nel registro degli indagati superava di poco quello dei provvedimenti di archiviazione. «Numeri insostenibili», che meritavano «una profonda riflessione critica». Poche condanne, insomma, a dispetto della pena patita nel corso delle indagini. Ma «Quanti reati non si commettono per la presenza di illeciti penali i quali, pur di difficile accertamento, mantengono un valore di deterrente comportamentale?», replica a quel genere di argomenti M. Donini, *Abuso d’ufficio ultimo atto*, cit.: «Solo l’1% dei detenuti in carcere ha commesso reati economici. E allora? Che cosa prova tutto ciò? Che devono essere aboliti anch’essi? E come affermare che non avrebbero nessun impatto preventivo? Sostenerlo sarebbe davvero clamoroso».

Esaminando una delle più interessanti ipotesi di riforma dell'abuso d'ufficio¹³⁷ (la "proposta Castaldo-Naddeo")¹³⁸, all'indomani dell'intervento del 2020 si era già rilevata l'esistenza di un falso parallelismo fra la "burocrazia difensiva" e gli effetti controproducenti dell'eccessiva pressione prodotta dalla sanzione della colpa in ambito sanitario (cd. "medicina difensiva"). Infatti, l'argomento del "timore" di fronte al "rischio penale", se si comprende rispetto ad una categoria di responsabilità come quella colposa (fondamentalmente *errore*, da cui l'incertezza sugli esiti di attività *rischiose*), non si adatta altrettanto bene a quella dolosa, men che meno se qualificata dal dolo intenzionale. Il problema, piuttosto, può emergere quando una fattispecie che dovrebbe essere integralmente dolosa viene imputata surrettiziamente anche *a titolo di colpa*, almeno per un segmento della sua tipicità obiettiva, l'antigiuridicità della condotta¹³⁹.

Se l'imputazione avesse sempre richiesto il dolo diretto anche per la violazione di legge (la sua consapevolezza effettiva), in "nesso di rischio" con l'evento coperto da dolo intenzionale, viene da chiedersi: quando mai la previsione dell'abuso d'ufficio avrebbe potuto generare "timore della firma" e atteggiamenti di "amministrazione difensiva"? La consapevolezza della violazione è infatti *incompatibile con qualunque ipotesi di errore* o persino di *dubbio*. Pertanto, qualunque ipotesi di errore o di dubbio (dolo eventuale compreso) avrebbe dovuto condurre a scartare l'ipotesi accusatoria.

Per le stesse ragioni, *de lege ferenda* perdono pregio anche le proposte di schermare il pubblico agente, vuoi attraverso la predisposizione di un sistema di linee guide (elemento della "proposta Castaldo-Naddeo", anch'esso ispirato dall'esperienza – non confortante – in materia di colpa medica), vuoi ricorrendo alla soluzione abrogativa infine adottata dalla "legge Nordio".

Il problema dell'abuso giudiziale dell'abuso d'ufficio poteva invece risolversi, almeno in parte, rinunciando a perseguire condotte carenti sul piano della colpevolezza rispetto alla condotta, abbandonando la prospettiva dell'errore di diritto su norma extra-penale (l'art. 5 Cp che si prende abusivamente lo spazio dell'art. 47 u. co. Cp) e interpretando la fattispecie come intrinsecamente *dolosa dall'inizio alla fine*¹⁴⁰.

¹³⁷ Non sono mancate ulteriori ipotesi di ritocco dell'art. 323 Cp: v. E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio: considerazioni a margine*, cit., 1, nt. 1.

¹³⁸ M. Naddeo, *Abuso d'ufficio: tipicità umbratile o legalità crepuscolare del diritto vivente? Dogmatica di categorie e struttura del tipo nella prospettiva de lege ferenda*, in Aa.Vv., *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, a cura di A. Castaldo, Torino 2018, 34.

¹³⁹ A. Perin, *L'imputazione per abuso d'ufficio*, cit., 13 ss., 31 ss., 35-36, dove la tesi sostenuta, che riguarda più in generale i controversi rapporti fra art. 5 Cp e art. 47 Cp., era quella di intendere la "violazione di legge" come elemento normativo attinente al fatto del reato di abuso, da ricondurre pertanto al regime generale (del dolo) di cui all'art. 47 Cp.

¹⁴⁰ All'indomani della riforma del 2020, sottolinea le responsabilità del formante giurisprudenziale, «favorito» però anche, «in modo più o meno consapevole ed intenzionale», da un «legislatore che abdica al proprio ruolo di selettore dei fatti punibili predisponendo fattispecie a tipicità aperta», S. Tordini Cagli, *op. cit.*, 8 ss.

Sul versante della fattispecie obiettiva, avuto riguardo al dibattito maturato prima della riforma del 2020, l'elemento di maggior utilità era apparso l'inserimento – solo eventualmente per diritto positivo – del “nesso di rischio”, così come indicato, condivisibilmente, nella “proposta Castaldo-Naddeo”. Esso si sarebbe rivelato utile a non disperdere il requisito della “doppia ingiustizia”, a imporre un ulteriore onere di motivazione al giudicante in ordine alla rilevanza effettiva della violazione rispetto al risultato dato dalla composizione ingiusta degli interessi in gioco; anche, alle condizioni dette, rispetto agli atti discrezionali del pubblico agente.

Solo l'ipotesi di “sviamento” del pubblico agente all'interno del perimetro tracciato da determinati parametri di riferimento (eccesso di potere *intrinseco*) sarebbe stata esclusa dalla portata dell'abuso d'ufficio (sarebbe stato tendenzialmente inevitabile dedurre la violazione di legge – disvalore della condotta – dall'ingiustizia dell'evento, vanificando il contrappeso del “nesso di rischio”)¹⁴¹; uno spettro di tutela rinunciabile, per ragioni di opportunità, in quanto utile a preservare l'autonomia della PA da ingerenze eccessive e, magari, a convincere – o a lasciare pochi argomenti a – i detrattori dell'art. 323 Cp.

La previsione dell'abuso d'ufficio sarebbe valsa e potrebbe (ancora) valere a prevenire e a sanzionare il fatto del pubblico agente che, violando consapevolmente le leggi che ne disciplinano la funzione, intenzionalmente cagioni un danno ingiusto o ricavi per sé o per altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, sempre che l'evento sia di quelli che la regola violata mirava a prevenire¹⁴².

4.2.2. Volendo invece escludere lo scenario della reviviscenza dell'art. 323 Cp con il riproporsi delle medesime questioni e delle medesime ragioni di scontro, il futuro legislatore che intendesse, non solo abolire di nuovo l'abuso generale (ipoteticamente resuscitato dalla Corte cost.) e adempire gli obblighi di tutela (per es. come detto, intervenendo solo sull'art. 314-bis Cp in senso conforme, aggiungendo la parte richiesta dal diritto europeo), ma anche *andare oltre il mero adempimento dell'obbligo*, recuperando *altre aree di tutela penale prima coperte dall'art. 323 Cp*, dovrebbe valutare il ritocco o la previsione di figure *ad hoc*.

Allo stato, come detto, sono state rese penalmente irrilevanti le ipotesi *favoritismo* (con evento di vantaggio patrimoniale, per sé o per altri, ed eventualmente danno) e quelle di *prevaricazione* (abusi di danno), per le quali comunque si richiedeva la consapevolezza della violazione di regole modali specifiche e di rango primario e l'intenzionalità dell'evento.

¹⁴¹ A. Perin, *L'imputazione per abuso d'ufficio*, cit., 13-14, 36.

¹⁴² Qualora poi l'abuso o la prevaricazione determini un evento di coercizione discriminatoria, che accompagni l'ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero qualifichi in termini di specialità il danno ingiusto (attesa la versione previgente dell'art. 323 Cp), la figura abolita – ma ipoteticamente reviviscente – si presterebbe ad essere circostanziata tramite l'applicazione dell'art. 604-ter Cp: A. Perin, *Motivi aggravanti*, cit., 307 ss., 312-314, dove si propone però una riformulazione della circostanza aggravante conforme al principio di offensività.

Nella direzione di una nuova fattispecie che colmi quel vuoto, procede la proposta – affacciata prima dell’approvazione definitiva dell’ultima riforma, che, come visto, copre in parte l’appropriazione indebita grazie all’art. 314-bis Cp – di «delineare il fatto punibile costruendolo attorno al conflitto di interessi», richiedendo, specie per le ipotesi di favoritismo, il danno per la PA quale requisito di tipicità (sul modello dell’infedeltà patrimoniale)¹⁴³.

Per altro verso, puntando a figure specifiche e settoriali, ben prima del ritaglio del 2020 un’altra soluzione portava a rivalutare la proposta della “Commissione Morbidelli” (1996) di prevedere tre distinte figure di evento, accomunate dall’esercizio «in maniera arbitraria e strumentale» dei «poteri inerenti alle funzioni o al servizio»: prevaricazione (danno); favoritismo affaristico (vantaggio patrimoniale a terzi); sfruttamento privato dell’ufficio (vantaggio patrimoniale proprio)¹⁴⁴. Allo stato, se si mantenesse l’art. 314-bis Cp, aggiornandolo alla luce degli impegni UE, si tratterebbe magari di riflettere, tenuto conto anche del dibattito critico intercorso, soprattutto sulla prima.

Un’altra opzione, ora più plausibile solo in ipotesi di *tabula rasa*, prevedeva invece due fattispecie incriminatrici a distribuirsi la tutela consentita dall’art. 97 Cost.: una diretta a tutelare il bene dell’imparzialità della PA, l’altra a garantire il suo buon andamento¹⁴⁵.

Alla luce delle ipotesi non più punibili all’esito dell’abrogazione dell’art. 323 Cp, si è fatta strada inoltre l’idea di intervenire su fattispecie già esistenti (gli artt. 353 Cp, “turbata libertà degli incanti”, e 353-bis Cp, “turbata libertà del procedimento di scelta del contraente”), oppure di introdurne di nuove in senso analogo (per es., una nuova fattispecie di “turbata libertà di un pubblico concorso”), (ri-)configurandole in modo tale da poter operare in maniera più precisa in ambiti specifici, ora tendenzialmente scoperti, come quello degli appalti e per l’appunto quello dei concorsi pubblici¹⁴⁶.

Si tratta di proposte degne di essere vagliate, specie qualora la Consulta eviti di riesumare la figura unitaria abrogata, lasciando quindi al legislatore la responsabilità di colmare alcuni vuoti aggiungendo nuovi presidi all’art. 314-bis Cp. Tutte scontano però il rischio di generare tante difficoltà interpretative quanti saranno i nuovi confini di tipicità.

¹⁴³ M.N. Masullo, *L’equivoca correlazione tra abuso d’ufficio e burocrazia difensiva*, in *RIDPP* 2024 (2), 687, spec. 696-697.

¹⁴⁴ Cfr. V. Manes, *Abuso d’ufficio e progetti di riforma: i limiti dell’attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, in *RIDPP* 1997 (4), 1202 ss., spec. 1219; M. Parodi Giusino, *Aspetti problematici della disciplina dell’abuso d’ufficio in relazione all’eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, in *RTDPE* 2009, 879 ss.; A. Merlo, *op. cit.*, 110 ss.; T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 28.7.2020, 1, 13.

¹⁴⁵ N. Gratteri, A. Mazzone, *Come delimitare l’abuso d’ufficio*, in *www.ilsole24ore.com*, 22.2.2012.

¹⁴⁶ E. Mattevi, *L’abuso d’ufficio: considerazioni a margine*, cit., 39 ss., 46 ss., con particolare riguardo alla proposta di inserire, precisando meglio i caratteri degli artt. 353 e 353-bis Cp, una fattispecie di “turbata libertà di un pubblico concorso”, «che si estendesse anche alla fase prodromica di redazione del bando».

Per il resto – ma questo dipenderà dal grado di arretramento del penale all’esito di un riassetto non ancora stabilizzato, in attesa della Consulta, e questo vale anche per il ridotto “traffico di influenze” –, ci dovrebbe affidare alle misure extra-penali di supporto¹⁴⁷.

5. La “riforma Nordio” ha creato vuoti di tutela, anzitutto general-preventiva, problematici sul piano politico-criminale e su quello costituzionale della *ragionevolezza*.

Si è ridotto notevolmente l’intervento del diritto penale, favorendo gli agenti della PA; ma, al cospetto di fatti, comunque, dolosamente illeciti (perché quello era l’elemento soggettivo, in parte intenzionale, richiesto dall’art. 323 Cp), oltre che offensivi rispetto a interessi costituzionali e ai diritti dei singoli, non sono state elaborate strategie alternative di intervento. Eppure, proposte di nuove fattispecie unitarie o di discipline più settoriali e articolate, da esaminare e valutare ulteriormente, non mancavano.

Profili di irragionevolezza, apprezzabili in ottica sistematica, si colgono nella scelta “identitaria” – netta, indiscutibile, irrevocabile – di abrogare l’abuso d’ufficio (con recupero della forma distrattiva, spinto da vincoli sovranazionali discutibilmente adempiuti), mentre per es. si continua a punire il fatto, strutturalmente meno grave, di rifiutare od omettere di compiere un atto d’ufficio.

In ottica generale, si vede chiaramente che, mentre da una parte si punta a produrre un notevole incremento della penalità a sfavore di categorie soggettive *meno amiche*¹⁴⁸, dall’altra si protegge il pubblico agente che prevarica o abusa del proprio ruolo, privando le Procure di una quota importante di potere di controllo sulla legalità del suo operato. Si tratta, quindi, di un’azione in contrasto con il principio di eguaglianza¹⁴⁹.

Basterebbe questo, senza necessità di forzare l’interpretazione di talvolta discutibili e comunque relativi obblighi internazionali (con il *caveat* importante di cui sopra) e di chiamare in causa la Consulta, a giustificare un giudizio negativo sull’operato del legislatore.

Quanto osservato non esime però da responsabilità chi è chiamato ad applicare le leggi secondo la Costituzione: certi eccessi di *creatività punitiva*, come quelli emersi attorno all’art. 323 Cp, non di rado oltre i confini della sua mutevole tipicità, sono essi stessi indebite invasioni di campo in detrimento delle garanzie fondamentali che tutelano gli individui soggetti all’esercizio dei poteri della PA.

¹⁴⁷ Fra gli altri, S. Tordini Cagli, *op. cit.*, 12; per ulteriori riferimenti, E. Mattevi, *L’abuso d’ufficio: considerazioni a margine*, cit., 50; e V. Mongillo, *Millantato credito*, cit., 177, nt. 40.

¹⁴⁸ Tra i quali «i più disagiati, che affollano le carceri teatro di suicidi (...)»: G.L. Gatta, *Morte dell’abuso d’ufficio*, cit., 143. Ci si riferisce alla sostanziale inerzia di fronte a quel dramma, inerzia aggravata dalla previsione di ulteriori misure repressive per chi in quelle carceri osasse protestare (*supra*, § 1).

¹⁴⁹ Vi alludono chiaramente anche G. De Francesco, *La riforma della giustizia e gli stratagemmi della politica*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 10.7.2023, 2 (nel riferirsi a una sorta di «giustizia ‘a geometria variabile’» e al «favor accordato agli esponenti del ceto politico-amministrativo»); S. Seminara, *op. cit.*, 7; M. Donini, *Abuso d’ufficio ultimo atto*, cit., *passim*; dopo la penultima riforma, già T. Padovani, *Vita, morte e miracoli*, cit., 9.

Sul piano politico-criminale, comunque, non si vede nulla di *liberale* in una riforma che conserva un residuo di tutela per gli interessi patrimoniali della macchina pubblica, continuando a sanzionare certe forme di infedeltà del funzionario (forzata, a dispetto dell'atteggiamento nazionalista, da quei vincoli sovranazionali¹⁵⁰), ma abbandona il singolo di fronte ad un'ampia gamma di abusi e prevaricazioni dolosamente commesse da chi esercita pubbliche funzioni (compresi i magistrati).

Certamente, al di là delle soluzioni che potrà trovare la giurisprudenza ricorrendo a fattispecie limitrofe – fermo il divieto di analogia *in malam partem* –, con la riduzione del controllo giudiziale sull'imparzialità della PA aumenta la libertà dei pubblici agenti di essere parziali¹⁵¹. Ed è questo, in fondo, l'aspetto più rilevante, perché mostra che la "legge Nordio" è una norma di favore, strutturalmente iniqua, coerente con un piano complessivo di ri-torsione della giustizia penale colmo di aspetti autoritari¹⁵².

¹⁵⁰ Vincoli che però, come si è cercato di argomentare, sarebbe miope idealizzare.

¹⁵¹ Ed è qui degna di nota una considerazione espressa da *Indro Montanelli*, notoriamente un liberal-conservatore, intervistato da *Enzo Biagi* in «Questo Secolo» nel 1983: osservò *Montanelli*, parlando dell'Italia del fascismo, che «Mussolini capì una cosa fondamentale, che per piacere agli italiani bisognava dare a ciascuno di essi una piccola fetta di potere col diritto di abusarne (...)».

¹⁵² *Supra*, § 1.