

**Abrogata la norma incriminatrice dell'abuso d'ufficio, ma non abolito il reato.****Riflessioni a margine della sentenza della Corte Suprema n. 16659/24**

*The Italian Parliament has repealed the criminal law provision of "abuse of office" without however abolishing the relevant offence. Some reflections on Supreme Court decision no. 16659/24*

Alì Abukar Hayo

Ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Roma "Unicusano"

Sommario: 1. Le rilevanti questioni interpretative ancora attuali 2. L'evoluzione legislativa dell'abuso d'ufficio fino alla recente abrogazione dell'art. 323 c.p. 3. La questione della successione mediata 4. Il criterio c.d. strutturale alla luce dell'equiparazione tra il *novum* penalistico ed extrapenalistico 5. La questione se l'assistenza e la consulenza legale siano oggetto dell'obbligo di gara pubblica di appalto

**ABSTRACT**

Traendo spunto dalla sentenza della Corte di cassazione n. 16659/2024, l'Autore affronta tematiche di grande interesse, le quali mantengono la loro perdurante attualità, nonostante sia stata abrogata la norma di cui all'art. 323 c.p. In primo luogo, ridimensiona la temuta prospettiva del vuoto di tutela incombente, sia per la funzione di *extrema ratio* della sanzione penale, sia per l'introduzione (in virtù dell'art. 314 bis c.p.) del nuovo reato di indebita destinazione di denaro o altra cosa mobile, sia per la prevedibile "espansione" applicativa delle altre fattispecie dei delitti del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio. In secondo luogo, affronta la questione della successione mediata di norma penale, per effetto di modifiche della legislazione extrapenale. Il criterio c.d. strutturale, che distingue le modifiche integratrici della fattispecie penale, da quelle non integratrici, sembra il più convincente. L'Autore ritiene che l'elemento decisivo sia l'incidenza sulla *ratio* incriminatrice, in relazione alla quale non differisce il *novum* penale, in senso stretto, da quello extrapenale. Infine si sofferma sulla questione se l'assistenza e la consulenza legale debbano essere inquadrate nell'oggetto dell'appalto di servizi, opinando preferibile l'esclusione.

\*\*\*

The author addresses several issues of great interest relating to decision no. 16659/2024 of the Italian Supreme Court, which are still relevant despite the Italian Parliament having repealed the provision of article 323 of the Criminal Code. Firstly, he plays down the feared prospect of an impending void in protection, both due to the function of the criminal sanction as an *extrema ratio*, and because of the introduction (under article 314 bis of the Criminal Code) of the new offence of “misappropriation of funds or other movable property”, and to the foreseeable “extension” of applicability of the other offences capable of being committed by public officials or persons in charge of a public service. Secondly, he addresses the issue of the mediated succession of criminal law because of changes in extrajudicial legislation. The so-called “structural criterion”, which distinguishes between integrative and non-integrative changes in criminal law, seems to be the most convincing. The author, in fact, argues that the decisive element is the effect on the rationale of the criminal law provision, whereby the criminal law innovation, strictly speaking, differs not from the extrajudicial innovation. Finally, he addresses the question of whether legal assistance and advice should be included in the scope of the service contract, concluding that its exclusion would be preferable.

### 1. Le rilevanti questioni interpretative ancora attuali

Nella sentenza in commento, emessa dalla sesta sezione della Corte di cassazione il 7 marzo 2024 (e depositata il 19 aprile 2024)<sup>1</sup>, convergono alcune importanti questioni giuridiche, relative all’abrogazione dell’art. 323 c.p., alla successione mediata delle norme penali e ai contratti di prestazione professionale. Dopo la conversione in legge del c.d. Decreto Nordio<sup>2</sup>, la questione della punibilità del fatto a titolo di abuso d’ufficio (ex art. 323 c.p.) non è più attuale<sup>3</sup>, essendo stata abrogata la norma incriminatrice; tuttavia, all’*abrogatio legis* non corrisponde necessariamente, com’è noto, l’*abolitio criminis*, cosicché la questione centrale, che verte sul carattere tendenzialmente onnicomprensivo e indeterminato, ieri della nozione di abuso, oggi delle irregolarità amministrative costituenti pur sempre reato, continua a destare interesse. Non è un mistero che il

<sup>1</sup> Cass. 19.04.2024, n. 16659, in C.E.D. Cass., m. 286303-01.

<sup>2</sup> D.l. 04.07.2024, n. 92, conv. con modif. in l. 09.08.2024, n. 114, (G.U. n. 187 del 10.08.2024), entrata in vigore il 25.08.2024, recante modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all’ordinamento giudiziario e al codice dell’ordinamento militare.

<sup>3</sup> Per tutti G.L. GATTA, *Morte dell’abuso d’ufficio, recupero in zona Cesarini del “peculato per distrazione” (art. 314-bis Cp) e obblighi (non pienamente soddisfatti) di attuazione della Direttiva UE 2017/1371*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 10.07.2024.

fenomeno della “paura della firma”, da parte degli amministratori pubblici, abbia tratto origine dalla casistica giudiziaria dei procedimenti penali concernenti l’art. 323<sup>4</sup>; che il legislatore sia intervenuto più volte sulla definizione della fattispecie per arginare la ritenuta invadenza della magistratura sulla discrezionalità della pubblica amministrazione; e che oggi la *ratio* dell’abrogazione dell’abuso d’ufficio sia da ravvisare nella finalità politica di consentire il sereno esercizio della potestà amministrativa. Ma, ovviamente, l’esercizio regolare di tale potestà, entro i limiti delle prerogative del pubblico amministratore, nel perseguimento delle finalità istituzionali, in conformità ai canoni del buon andamento e dell’imparzialità della P.A., non può che segnare, oggi come ieri, i confini della liceità; mentre il superamento di tali confini (o “abuso” dei poteri, in senso atecnico), che può sfociare in illecito penale, presuppone appunto la precisa delimitazione dei confini. Cosicché la questione penalistica si intreccia inesorabilmente con quella di diritto amministrativo, giacché la norma penale, oggi come ieri, fa rinvio alle norme regolatrici dell’attività amministrativa. D’altronde, la norma penale tendenzialmente indeterminata postula l’integrazione da parte delle regole extrapenali, cosicché la questione della successione mediata è strettamente legata all’idea che l’incriminazione dell’abuso costituisca una sorta di norma penale in bianco. E infine la questione se la prestazione del professionista debba essere dedotta nel contratto di appalto d’opera, con gara ad evidenza pubblica, nel caso in cui il committente sia un soggetto pubblico e il valore della commessa ecceda un determinato limite, attiene pur sempre alla delimitazione della sfera di discrezionalità dell’autorità amministrativa. Tutte le questioni giuridiche cennate ruotano, dunque, intorno alla delimitazione concettuale dell’abuso, di cui oggi è abrogata la norma incriminatrice, ma non abolito il disvalore, sicché è opportuno ripercorrere le tappe dell’evoluzione legislativa, alla ricerca dell’agognata tipicità di fattispecie.

## **2. L’evoluzione legislativa dell’abuso d’ufficio fino alla recente abrogazione dell’art. 323 c.p.**

La norma incriminatrice di cui all’art. 323 c.p. è stata oggetto di ripetuti interventi del legislatore, tendenti a salvaguardare il margine necessario di discrezionalità

---

<sup>4</sup> Come evidenziato da M. ROMANELLI, nel saggio dal titolo, *L’insostenibile leggerezza della paura (della firma)*, in *SI* 2023, 65.

amministrativa e limitare la rilevanza penale dell'abuso d'ufficio alle irregolarità gravi e palesi.

Nella formulazione iniziale del codice del 1930, il reato di abuso innominato d'ufficio costituiva una fattispecie sussidiaria, caratterizzata da una clausola di riserva generale, in virtù della quale l'applicazione dell'art. 323 era subordinata alla circostanza che il fatto non fosse punibile ad altro titolo<sup>5</sup>. E d'altronde bisogna tener conto che vigeva anche l'art. 324 c.p., a mente del quale era punito l'interesse privato in atti d'ufficio, sicché si può dire che la fattispecie dell'abuso rivestisse, in origine, un ruolo marginale nel quadro della tutela penale complessiva del bene giuridico di cui all'art. 97 Cost. (buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione). Con la riforma del 1990<sup>6</sup>, è mutata l'ampiezza della clausola di riserva, essendo venuto meno il carattere della generalità. La fattispecie divenne sussidiaria solo rispetto ai reati sanzionati più gravemente. Ovviamente, a fronte di una sussidiarietà più ristretta, si ampliò l'ambito della punibilità, ulteriormente esteso per effetto dell'inclusione degli incaricati di pubblico servizio nel novero dei soggetti attivi, accanto ai pubblici ufficiali. Comunque il fattore che più degli altri contribuì a conferire rilevanza centrale alla fattispecie d'abuso d'ufficio va individuato nelle contestuali abrogazioni dei reati di peculato per distrazione (espunto dall'art. 314 c.p.), malversazione a danno dei privati (art. 315 c.p.) e interesse privato in atti d'ufficio (art. 324 c.p.)<sup>7</sup>. Venuti meno i reati che punivano a vario titolo le

---

<sup>5</sup> A. CARIOLA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi: un'esercitazione su norme obbligatorie e merito costituzionale*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 25.07.2024, sottolinea che la clausola «in casi non preveduti specificamente dalla legge» equivale a una sorta di violazione dichiarata del principio di legalità.

Sull'originaria formulazione codicistica Cfr. *ex multis* V.F. INFANTINI, *Abuso innominato d'ufficio*, in *EG Trecc.*, I, Roma 1988 (dello stesso Autore, in precedenza, *Abuso delle qualità o delle funzioni di pubblico ufficiale in diritto penale*, Milano 1974); M. PARODI GIUSINO, *Abuso innominato d'ufficio*, in *DigDPen.*, I, Torino 1987, 41; L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano 1976; G. SCARPA, *L'abuso d'ufficio*, Milano 1970; E. CONTIERI, *Abuso innominato d'ufficio*, in *ED*, I, Milano 1958, 187; A. MARUCCI, *Abuso d'ufficio nei casi non preveduti specificamente dalla legge*, in *EF*, I, Milano 1958, 38 ss.; S. RICCIO, *sub Abuso d'ufficio*, in *NssDI*, Torino 1957, 107.

<sup>6</sup> L. 26.04.1990, n. 86, (G.U. 27.4.1990 n. 97), entrata in vigore il 12 maggio 1990.

<sup>7</sup> A. CARIOLA, *op. cit.*, 2, sottolinea che anche la previsione delittuosa dell'art. 324 c.p. poteva considerarsi «poco determinata, basata com'era sulla nozione di prendere un interesse privato in qualsiasi atto della pubblica amministrazione». Cfr. altresì, R. CAIAZZO, *Rapporti tra la nuova figura dell'abuso d'ufficio e l'abrogato peculato per distrazione*, in *RTrimDPenEc* 1992, 73 ss.; C.F. GROSSO, *Abuso d'ufficio e distrazione punibile tra vecchia e nuova disciplina dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *PD* 1991, G. IADECOLA, *In tema di continuità tra fattispecie di peculato per distrazione ed abuso d'ufficio a fini patrimoniali*, in *GP* 1991, II, 121 ss.; T.

condotte irregolari dell'amministratore pubblico, poste in essere con finalità diverse da quelle d'ufficio, l'abuso divenne il fulcro dello statuto penale della pubblica amministrazione<sup>8</sup>. Da residuale e sussidiario, il reato divenne basilare nella tutela del bene giuridico; con il rischio correlativo dell'eccesso di tutela, acuito dal fatto che si trattava di un reato di mera condotta, a dolo specifico, e dunque la sua punibilità prescindeva da un evento, chiaramente espressivo del "danno sociale"<sup>9</sup>.

Non stupisce perciò la *ratio* che guidò il legislatore del 1997<sup>10</sup>. La differenza con la precedente scelta di politica criminale del 1990 non può vedersi tanto nella finalità di restringimento dell'ambito di punibilità, quanto nell'oggetto del restringimento: mentre il legislatore del 1990 perseguì la finalità abrogando i reati *a latere*, finendo tuttavia col dare risalto centrale all'abuso d'ufficio, la scelta operata nel 1997 fu quella di conferire maggiore tipicità e determinatezza al fatto di reato previsto dall'art. 323. Si cercò di restringere l'ambito della punibilità a titolo di abuso con una più puntuale e precisa delimitazione del fatto tipico. Con tale seconda riforma, la locuzione "abuso d'ufficio" sopravvisse in rubrica, ma fu cancellata dal testo della disposizione. Alla tipicità di condotta (prima genericamente descritta in termini di "abuso"), subentrò un'indicazione più analitica degli elementi costitutivi del reato. L'abuso d'ufficio si trasformò in reato di evento a forma vincolata, a dolo intenzionale. L'evento fu individuato nel "profitto" o nel "danno ingiusto"; le due condotte causali furono descritte, l'una in termini di necessaria violazione di una norma di legge o di regolamento, l'altra in termini di

---

PADOVANI, *L'abuso d'ufficio (la nuova struttura dell'art. 323 c.p. e l'eredità delle figure criminose abrogate)*, in AA.VV., *Studi in onore di Vassalli*, vol. I, Milano 1991, 598 ss.

<sup>8</sup> A. GARGANI, *L'"abuso innominato di autorità" nel pensiero di Francesco Carrara*, in *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 121 ss.; secondo l'Autore: «nell'art. 323 - versione 1990 - venivano dunque a convergere scopi di tutela eterogenei, come la legalità e il prestigio della P.A., la fedeltà del funzionario, la garanzia dei diritti del cittadino».

<sup>9</sup> V. SCORDAMAGLIA, *L'abuso d'ufficio*, in F. COPPI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino 1993, 201 si soffermava sulla necessità dell'evento, in riferimento alla fattispecie (uscita dalla riforma del 1990), in cui solo il dolo specifico permetteva di distinguere l'illecito penale da quello di altra natura.

<sup>10</sup> Per una ricostruzione del percorso che ha portato all'approvazione della riforma, cfr. A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, II, *La legge di riforma 16 luglio 1997 n. 234*, Milano 1997. V. anche A. PAGLIARO, *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, in *DPP* 1997, 1396; C.F. GROSSO, *Condotte ed eventi nel delitto di abuso di ufficio*, in *FI*, 1999, V, 14; G. MORBIDELLI, *Il contributo dell'amministrativista alla riforma (e all'interpretazione) del reato di abuso d'ufficio*, in *La riforma dell'abuso di ufficio*, Milano 2000, 20.

mancata astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o nei rimanenti casi di astensione doverosa<sup>11</sup>.

Tuttavia, la maggiore tipicità, ricercata dal legislatore come rimedio all'eccesso di punibilità, non sortì gli effetti sperati, soprattutto perché, in base alla giurisprudenza delle Corti, fu avallata un'interpretazione estensiva della locuzione "violazione di legge", comprensiva delle condotte dell'amministratore pubblico - per dir così - meramente "distrattive"<sup>12</sup>. Il principio costituzionale del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione fu ritenuto violato pur in presenza di condotte formalmente regolari, conformi alle norme di dettaglio, interne all'attività amministrativa. Fu preso in considerazione il "fine" dell'atto, piuttosto che la modalità del "mezzo"; e si capisce che, per questa via, non si restringeva certamente il sindacato del Giudice penale sull'esercizio della potestà amministrativa, per il fatto stesso che la "valutazione" di principio è molto più estesa della "verifica" delle forme e dei mezzi. In sintesi, di tanto arretrava il margine di discrezionalità della politica amministrativa, di quanto si estendeva il sindacato del

---

<sup>11</sup> Per un'analisi dell'evoluzione normativa, cfr. A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, Milano 2021, 3 ss.; M. PELLISSERO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, a cura di R. BARTOLI, M. PELLISSERO, S. SEMINARA, Torino 2021, 401 ss.; S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, Torino 2020, 21 ss.; A. Merlo, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, Torino 2019, 1 ss.; N. Pisani, *L'abuso d'ufficio*, in *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione, delitti di corruzione e cornice europea*, a cura di S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. De SIMONE, Bologna 2015, 257 ss.; G. RUGGIERO, *Abuso d'ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di C.F. GROSSO, M. PELLISSERO, Milano 2015, 345 ss.; C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione, Tomo I, I delitti dei pubblici ufficiali*, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, diretto da G. MARINUCCI, E. DOLCINI, Padova 2013, 916 ss.; A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, in *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di F. PALAZZO, Napoli 2011, 257 ss.; A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano 2008, 275 ss.; S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova 2008, 249 ss.; A. Di MARTINO, *Abuso d'ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. BONDI, A. di MARTINO, G. FORNASARI, Torino 2008, 242 ss.; E. INFANTE, *L'abuso d'ufficio*, in *Trattato di diritto penale. Parte Speciale. I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, diretto da A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), Torino 2008, 296 ss.; A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Torino 2004, 2 ss.; C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, Padova 1998, 3 ss.;

<sup>12</sup> Cass. 27.10.2015 n. 46096 in *C.E.D. Cass*, m. 265464; Cass. 12.06.2014 n. 38357, in *C.E.D. Cass*, m. 260472; Cass. 13.10.2009, n. 46503, in *C.E.D. Cass*, m. 245330; Cass. 14.06.2007 n. 37531; Cass. 26.03.2003 n. 21432, in *RV* 2004, 449; Cass. 12.02.1999 n. 3704, in *c.p.* 2000, 35 e di recente Cass. 8.7-14.10.2021, n. 37479, in *Urbanistica e appalti* 2021, 6, 821.

Giudice penale, assumendo come “violazione di legge” la valutazione di non-conformità al principio costituzionale di cui all’art. 97<sup>13</sup>.

Per questa ragione, nel 2020<sup>14</sup>, la «violazione di norme di legge o di regolamento» (introdotta nel 1997) lasciò il posto alla «violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità»<sup>15</sup>; e rimase immutata la seconda tipologia di condotta, consistente nell’omessa astensione. Il tenore letterale di quest’ultima formulazione dell’abuso d’ufficio (oggi abrogato) esprime chiaramente la *ratio* legislativa di salvaguardare quel margine di discrezionalità amministrativa, atto a rendere sereno l’esercizio della corrispondente potestà. Al tirare delle somme, il filo rosso che lega tutte le riforme, susseguitesi negli anni, può ben individuarsi nell’esigenza di descrivere nel modo più preciso possibile gli elementi costitutivi della fattispecie, al fine di svincolare l’azione amministrativa da un’ingerenza (ritenuta) troppo penetrante dell’ordine giudiziario e offrire certezze al pubblico amministratore sui limiti di liceità/illiceità dei propri atti. E tuttavia, a onta della *voluntas legis*, rimasta immutata, seppure variamente declinata negli anni, pare che l’“ingerenza” abbia continuato il suo corso inesorabile, al punto che il legislatore ha deciso di abrogare del tutto la fattispecie di abuso d’ufficio con il menzionato decreto legge n. 92/2024. Oggi si pone, dunque, il problema se ciò abbia comportato un’*abolitio criminis* e ne sia sortito un vuoto di tutela penale<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> C. cost. 14.07.2016, n. 177.

<sup>14</sup> D. l. 16.07.2020, n. 76, conv. con modif. in l. 11.09.2020 n. 120 (in S.O. n. 33, relativo alla G.U. 14.09.2020, n. 228)

<sup>15</sup> Una riforma che ha suscitato, tra le tante, le riflessioni critiche di T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio*, in [www.giurisprudenzapenale.it](http://www.giurisprudenzapenale.it), 28.07.2020. Cfr. anche A. MELCHIONDA, *La riforma dell’“abuso d’ufficio” nel caleidoscopio del sistema penale dell’emergenza da Covid-19*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 28.09.2021, 9 ss; B. ROMANO (a cura di), *Il “nuovo” abuso d’ufficio*, Pisa 2021; A. SATTÀ, *L’evoluzione legislativa: dall’abuso innominato all’attuale formulazione dell’art. 323 Cp*, in *La riforma dell’abuso d’ufficio*, a cura di A.R. CASTALDO, M. NADDEO, Torino 2021, 5 ss. M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt simul cadent: discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell’abuso d’ufficio*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 2020, 7, 133. G. INSOLERA, *Quod non fecerunt Barberini fecerunt Barabari. A proposito dell’art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76*, in [www.disCrimen.it](http://www.disCrimen.it), 31.07.2020.

<sup>16</sup> Per tutti G. LATTANZI, *Sulla proposta abolizione del reato d’abuso di ufficio. Note critiche*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 20.09.2023; M. GAMBARDELLA, *L’abrogazione dell’abuso di ufficio e la riformulazione del traffico d’influenze nel “disegno di legge Nordio”*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 26.09.2023; D. BRUNELLI, *Eliminare l’abuso di ufficio: l’uovo di Colombo o l’ennesimo passaggio a vuoto?*, in *Arch. Pen.* 2023, n. 3; G.L. GATTA, *L’annunciata riforma dell’abuso di ufficio: tra “paura della firma”, esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, in *SP* 2023, 165 ss.;

Sul tema dell'abolizione, si può osservare che, da un punto di vista meramente teorico, può formularsi l'ipotesi di una volontaria irregolarità amministrativa (è cioè consistente nella violazione di precise regole interne e dei canoni di corretta amministrazione) senza finalità di profitto o danno; ma, nella dinamica concreta della vita associata, è ben evidente che le azioni non finalizzate sono molto rare e tanto più i comportamenti irregolari. Orbene, la concretizzazione del profitto (proprio) o del danno (altrui) acquista rilevanza penale a vario titolo (peculato, malversazione, corruzione etc.), cosicché pare verosimile che l'abrogazione dell'abuso non debba comportare le non punibilità della maggior parte degli atti irregolari finalizzati all'illecito vantaggio. Potrebbe derivarne l'irrelevanza penale delle residuali forme di irregolarità amministrativa non finalizzate, le quali sarebbero comunque rilevanti ai fini della responsabilità extrapenale<sup>17</sup>.

Sul tema dell'eventuale vuoto di tutela, strettamente legato a quello dell'*abolitio criminis*, si può osservare, in primo luogo, che l'abuso d'ufficio nacque come fattispecie sussidiaria, non a caso, ma in virtù del principio di sussidiarietà (generale) della tutela penale, in relazione alla tutela extrapenale dei beni giuridici. Posto che la tutela penale non esprime la totalità della protezione giuridica del bene<sup>18</sup>, la questione si drammatizza da sé, perché risulta chiaro che la prima - e si potrebbe aggiungere: più efficace - difesa del cittadino di fronte all'abuso dell'autorità amministrativa non risiede certo nel processo penale a carico dell'amministratore, bensì nella possibilità di ottenere l'annullamento dell'atto illegittimo e il risarcimento del danno.

In secondo luogo, si può osservare che permane la punibilità ad altro titolo dell'abuso (finalizzato). Il risultato causale della condotta irregolare dell'amministratore pubblico turba in qualche modo l'ordine degli interessi in gioco; tale turbamento non

---

M. PELISSERO, *L'instabilità dell'abuso di ufficio e la lotta di Sumo*, in *DPP* 2023, 613 ss.; S. SEMINARA, *Sui possibili significati del nuovo art. 314-bis c.p.*, in *www.sistemapenale.it* 19.07.2024.

<sup>17</sup> Cfr. sul punto, M. GAMBARDELLA, *Abrogazione dell'abuso d'ufficio e rimodulazione del traffico d'influenze illecite nel d.d.l. "Nordio" (la versione approvata dal senato nel febbraio 2024)*, in *www.sistemapenale.it*, 11.04.2024.

<sup>18</sup> Dello stesso avviso A. CARIOLA, *op. cit.*, 4, per il quale sono rilevanti «i rischi della iperpenalizzazione di ogni comportamento segnato da disvalore sociale», mentre sarebbe opportuno «limitare la sanzione penale alla tutela di beni giuridici fondamentali».

Più in generale sulla dimensione "panpenalistica" assunta dal diritto penale, A. ABUKAR HAYO, *Dall'estrema ratio all'onnipresenza della norma penale. La vicenda emblematica della legge "anti - rave"*, *www.la legislazione penale.eu* 26.06.2023.

sfugge alla sanzione penale prevista a titolo di peculato per distrazione, omissione di atti d'ufficio, malversazione etc.. In particolare, la reviviscenza del peculato per distrazione<sup>19</sup>, abrogato in precedenza con legge n. 86/1990, pone un freno al temuto “vuoto di tutela” determinato dall’abrogazione dell’abuso d’ufficio, giacché punisce la condotta del pubblico ufficiale (o incaricato di pubblico servizio), il quale utilizzi le risorse pubbliche al di fuori delle finalità d’istituto. È difficile ipotizzare che la consapevole violazione delle regole interne dell’amministrazione non si traduca in un eccesso di potere che vizia l’atto amministrativo (di utilizzo di risorse pubbliche), almeno per travisamento del fine; il che sarebbe appunto punito a titolo di peculato per distrazione. Ovviamente, a maggior ragione, sarebbe punito l’atto finalizzato all’arricchimento o altro vantaggio del soggetto agente (peculato ex art. 314 c.p.). Le fattispecie incriminatrici a tutela dell’imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione coprono una gamma molto vasta di irregolarità amministrative, cosicché il timore del vuoto di tutela pare eccessivo<sup>20</sup>; anche perché all’abrogazione dell’abuso d’ufficio non può che corrispondere l’espansione delle fattispecie contigue<sup>21</sup>, destinate a sanzionare ad altro titolo fatti meritevoli di pena, in precedenza qualificati come abuso. La norma incriminatrice muore, ma sopravvivono il disvalore e la rilevanza penalistica del fatto, come in molti altri casi di *abrogatio* senza *abolitio*. Il paventato “vuoto” si potrebbe avere solo in una casistica molto ristretta di

---

<sup>19</sup> Il peculato per distrazione, un tempo assorbito nell’abuso d’ufficio, rivive oggi come “Indebita destinazione di denaro o cose mobili” prevista dall’art. 314 *bis* c.p.; M. GAMBARDELLA, *Peculato, abuso d’ufficio e nuovo delitto di “indebita destinazione di denaro o cose mobili” (art. 314-bis c.p.)*. I riflessi intertemporali del decreto-legge n. 92/2024, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 17.7.2024.; S. SEMINARA, *Sui possibili significati del nuovo art. 314-bis c.p.*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 19.07.2024.

<sup>20</sup> Di opposto avviso A. MANNA, *Sull’abolizione dell’abuso d’ufficio e gli ulteriori interventi in tema di delitti contro la P. A.: note critiche*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 06.09.2024. L’Autore opina che «abbiamo potuto verificare con mano l’esistenza di un legislatore fortemente discutibile, che ha notevolmente indebolito, anche contro la normativa costituzionale e comunitaria, il settore dei delitti dei p.u. contro la P.A., rischiando così di far subire al nostro Paese un procedimento di infrazione a livello europeo. D’altro canto, ciò costituisce l’ennesima riprova del c.d. populismo penale, che si caratterizza, come appare ormai evidente, per essere “debole con i forti e forte con i deboli”». Il timore del vuoto di tutela crea preoccupazioni in gran parte della dottrina; cfr. D. BRUNELLI, *op. cit.*; G. L. GATTA, *Concorsi pubblici “turbati”: per la Cassazione è configurabile l’abuso d’ufficio ma non la turbativa d’asta: un esemplare caso di vuoto di tutela che si prospetta con l’abrogazione dell’art. 323 Cp*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 19.06.2023; G. DE FRANCESCO, *La riforma della giustizia e gli stratagemmi della politica*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu), 10.07.2023.

<sup>21</sup> Di opposto avviso D. BRUNELLI, *op. cit.*. L’Autore ritiene che «trattandosi di norma residuale applicabile solo sussidiariamente, alla sua eliminazione, per definizione, non dovrebbero conseguire – almeno in linea teorica – espansioni della portata di altre norme in grado di assolvere allo stesso lavoro. È un vuoto che non si dovrebbe prestare a essere riempito altrimenti».

attività amministrative irregolari<sup>22</sup>, in relazione alle quali vale la pena chiedersi se la sanzione penale sia realmente indispensabile, suppostane la funzione di *extrema ratio* con tutte le necessarie conseguenze<sup>23</sup>.

### 3. La questione della successione mediata.

Nella vigenza dell'art. 323, si poneva il problema se la modifica delle regole interne dell'amministrazione comportasse una successione mediata di norme<sup>24</sup>, di talché fosse applicabile il criterio della *lex mitior* sopravvenuta. Per quanto il legislatore abbia cercato di formulare in maniera più tassativa e determinata la fattispecie incriminata, indubbiamente la condotta illecita dell'abuso non poteva che consistere nella volontaria violazione di regole extrapenali, non meglio definite *a priori*, dirette a regolare l'attività amministrativa concreta e attuale. Sotto questo profilo, si può dire che la fattispecie dell'abuso d'ufficio era geneticamente assimilabile a una sorta di norma penale in bianco, per quanti sforzi facesse il legislatore per ridurre il *deficit* di tipicità. Sempre e comunque le regole di condotta concretamente violate, leggibili come "abuso", non potevano essere

---

<sup>22</sup> Di ciò si potrebbe trarre indiretta conferma anche dalle osservazioni di G.L. GATTA, *Concorsi pubblici cit.*, posto che l'Autore offre un'esemplificazione molto limitata del paventato vuoto di tutela penale, in casi nei quali sarebbe comunque efficace la tutela giurisdizionale (amministrativa e civile) del diritto violato.

<sup>23</sup> A. CARIOLA, *op. cit.*, evidenzia per altra via il pericolo del vuoto di tutela. Nel caso di atto amministrativo viziato per conflitto di interessi, le restrizioni temporali del processo amministrativo, nonché del procedimento in autotutela, renderebbero indispensabile la rilevanza penalistica del fatto. Peraltro le sanzioni disciplinari per la violazione dell'obbligo di astensione sarebbero difficilmente applicabili ai dirigenti di più alto livello e per gli amministratori di estrazione politica. Sotto questo profilo, la prevenzione del conflitto in sede semplicemente amministrativa rischia di essere inefficace. Ne trae la conclusione che solo la sanzione penale può rendere effettivo il principio di imparzialità. Si può obiettare che il diritto penale non ha il compito di "supplire" alle manchevolezze e imperfezioni dell'ordine normativo di tutti gli altri settori; se così fosse, si determinerebbe un'ipertrofia penalistica assolutamente incontrollabile.

<sup>24</sup> Sulla tematica generale della successione mediata cfr. opera monografica di D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino 2006; per la manualistica cfr. *ex plurimis* T. PADOVANI, *Diritto penale*<sup>13</sup>, Milano 2023, 51 ss.; F. PALAZZO – R. BARTOLI, *Corso di diritto penale*<sup>9</sup>, Torino 2023, 152 ss.; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*<sup>5</sup>, Milano 2016, 111; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*<sup>5</sup>, Milano 2015, 119 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*<sup>7</sup> Bologna 2014, 106 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*<sup>8</sup> Padova 2013, 86 ss.. Si occupano specificamente della tematica in esame, G.L. GATTA, *Abolito criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano 2008; M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli 2008, 243 ss.; L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano 2004, 225 ss.. Sulla distinzione tra modifiche mediate e immediate, oggi diffusamente recepita nella dottrina italiana, cfr. per tutti T. PADOVANI, *Tipicità e successioni di leggi penali*, in *RIDPP* 1982, 1356 ss..

individuare, se non in riferimento al codice comportamentale, extrapenale, del buon amministratore, nel quale confluiscono in primo luogo, ovviamente, le leggi, ma anche le fonti normative secondarie, le discipline interne e i criteri-guida di efficienza ed economicità.

Orbene, venuta meno, per abrogazione, la fattispecie di cui all'art. 323, assimilabile per certi versi a una "norma penale in bianco", si potrebbe concludere semplicisticamente che la questione della successione mediata non sia più attuale. Tale conclusione, in verità, sarebbe affrettata; occorre continuare a chiedersi se il rinvio recettizio alle norme extrapenali, regolanti l'attività amministrativa, non sia comunque necessario per individuare e delimitare le fattispecie penali tuttora vigenti. La questione, per certi versi, è destinata a permanere, se non altro in relazione ai criteri guida generali. I principi del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione impongono comunque la correttezza della condotta, ma questa ovviamente si dettaglia alla luce delle regole interne. Ne deriva che rimane aperta la questione se queste regole di dettaglio siano o meno integratrici del precetto penale; il che dipende, in qualche modo, dalla tipicità e determinatezza della condotta incriminata. Per esempio, l'accertamento della condotta di distrazione dei beni dalle finalità d'ufficio presuppone l'esatta individuazione delle suddette finalità e dei doveri di condotta, connessi al loro perseguimento; allo stesso modo l'omissione di atti d'ufficio presuppone la precisa delimitazione dei doveri d'ufficio e questi si possono dettagliare solo in relazione alle regole interne dell'amministrazione.

Se ne potrebbe trarre un'indiretta conferma di validità della concezione sanzionatoria del diritto penale, secondo la quale la norma incriminatrice, nel tipizzare il fatto di reato, non ha la funzione (primaria) di configurare un autonomo "comando", bensì quella di sanzionare la violazione di regole extrapenali<sup>25</sup>. In quest'ordine di idee, la funzione precettiva del diritto penale è sussidiaria e succedanea rispetto a quella sanzionatoria, giacché la norma penale, dovendo apprestare una sanzione speciale, particolarmente grave e afflittiva, aggiuntiva rispetto alla sanzione extrapenale per la violazione di regole comportamentali alla base della convivenza sociale, deve descrivere il fatto illecito e, nel farlo, richiama necessariamente doveri giuridici presupposti, sorti ancor prima, e comunque non in dipendenza della norma penale sanzionatoria. Non è questa la sede, tuttavia, per discettare della funzione del diritto penale. Ci basta osservare

---

<sup>25</sup> Sul punto sia consentito rinviare a A. ABUKAR HAYO, *Il rapporto punitivo*, Torino 2023, *passim*.

che l'ordine giuridico è un complesso unitario, nel quale la componente penalistica si combina necessariamente con quella extrapenalistica<sup>26</sup>, sicché, in ogni caso, le regole comportamentali che il soggetto è obbligato a rispettare non si desumono esclusivamente dalla norma penale incriminatrice. Ciò non esclude, tuttavia, che la norma penale possa essere, in qualche caso, "autosufficiente", nel senso che il fatto tipico sia individuato in modo così tassativo e determinato da non dover essere integrato dalla norma extrapenale. In questo caso di "autosufficienza", il comando violato è già integralmente descritto dalla norma incriminatrice penale; siffatto comando sorge in ambito extrapenalistico, ma è integralmente descritto dalla norma penale.

Dunque, ai nostri fini, nella logica della concezione sanzionatoria del diritto penale, la questione della successione mediata verte sul punto: se la norma extrapenale sopravvenuta sia parte integrante del fatto tipico descritto dalla norma penale (ove questa non sia "autosufficiente"). Nel caso in cui ne sia parte integrante, lo *jus superveniens* extrapenale può determinare l'*abolitio criminis* in deroga al principio dell'irretroattività, ai sensi dell'art. 2 c.p. (fatta salva, evidentemente, l'intangibilità del giudicato). Si può fare la seguente classificazione delle modifiche "mediate", apportate da norme integratrici della fattispecie penale<sup>27</sup>: a) – modifica di norme penali richiamate da *elementi normativi* (si può fare l'esempio della calunnia, qualora il fatto oggetto dell'incolpazione cessi, per legge posteriore, dal costituire reato); b) – modifica di norme extrapenali richiamate da *elementi normativi* (si può fare l'esempio della contraffazione di monete, qualora dopo la commissione del fatto la moneta contraffatta non abbia più corso legale; c) - modifica di norme extragiuridiche (o culturali) richiamate da *elementi normativi* (si può fare l'esempio degli atti osceni, qualora muti il comune sentimento del pudore)<sup>28</sup>; d) modifica di norme richiamate da *norme penali in*

---

<sup>26</sup> Sotto questo profilo, si può dire che il "precetto penale" non esiste, se non come riflesso di una regola extrapenale. Nella norma penale è immedesimata la norma extrapenale; l'una e l'altra formano un'unità funzionalmente "precettiva". Non a caso A. CHIBELLI, *La successione "mediata" delle norme penali e il delitto di usura: disorientamenti giurisprudenziali*, in DPC, 2/2017, (nota 6), sostiene che «tali norme sono definite in senso lato ed improprio "extrapenali", semplicemente perché diverse da quella incriminatrice propriamente detta».

<sup>27</sup> Cfr. G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici" nella recente giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di cassazione*, cit.

<sup>28</sup> Cfr., a proposito del delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni, Cass. 06.10.1971, Battistini, in c.p. 1972, 1925; T. Cagliari, 10.08.1987, in *Riv. giur. sarda*, 1990, 834 s. (proiezione del film *Ultimo tango a Parigi*). Sulla

*bianco* (si può fare l'esempio del traffico o della detenzione di sostanze stupefacenti, qualora, dopo la commissione del fatto, un decreto ministeriale escluda dall'elenco delle sostanze stupefacenti la sostanza oggetto di produzione, traffico o detenzione)<sup>29</sup>; e) modifica di *norme definitorie* (si può fare l'esempio della circonvenzione di persone incapaci, qualora, come è avvenuto a seguito della riforma del diritto di famiglia del 1975, dopo la commissione del fatto muti la definizione legale della «maggiore età»<sup>30</sup>; si può fare l'ulteriore esempio della bancarotta, a seguito della modifica della definizione legale di «piccolo imprenditore» commerciale, escluso dalla dichiarazione di fallimento, ai sensi dell'art. 1 L. fall.<sup>31</sup>.

La rilevante congerie dei casi di successione mediata lascia facilmente intendere che il fatto di reato ben difficilmente può essere delimitato e circoscritto dalla sola verbalizzazione legislativa della norma incriminatrice, giacché l'individuazione del comportamento doveroso, la cui violazione costituisce reato, rinvia molto spesso (e sempre più spesso) alla rimanente parte (extrapenale) dell'ordinamento giuridico<sup>32</sup>. In particolare, la non-sufficienza del verbale legislativo penale risulta evidente nei casi di reato proprio, commesso nell'esercizio di una professione, arte o mestiere, ovvero di un'attività amministrativa specifica. Così come i doveri della professione sono previsti dal codice deontologico e dalle norme tecnico-professionali, i doveri dell'amministratore di una società commerciale sono desunti dal complesso della normazione riguardante l'attività commerciale (tenuta dei libri contabili, legge fallimentare, legislazione antiinfortunistica etc.); e ugualmente i doveri dell'amministratore pubblico sono desunti dalle regole interne all'apparato burocratico. Fra tutti, il campo dei reati contro la pubblica amministrazione è quello probabilmente più esposto al fenomeno della

---

natura di reato di pericolo Cass. 20.09.2019, n. 43542, con nota di G. ALBERTI, *Atti osceni in luoghi abitualmente frequentati da minori: una interessante pronuncia della Cassazione*, in *www.sistema penale.it*, 12.12.2019.

<sup>29</sup> Cfr. Cass. 22.02.2006, Sepe, n. 17230, in *C.E.D. Cass*, m. 234029, citata in G.L. GATTA, *Abolito criminis e successione di norme "integratrici" nella recente giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di cassazione*, cit., riguarda il caso del trasferimento di una sostanza dall'elenco degli stupefacenti a quello dei c.d. precursori.

<sup>30</sup> Cfr. Cass. 08.10.1975, Marino, in *c.p.* 1976, 1062.

<sup>31</sup> Cfr. Cass. 20.03.2007, Celotti, in *C.E.D. Cass*, m. 237025; Cass. 18.10.2007, Rizzo, in *C.E.D. Cass*, m. 237547. Com'è noto, la sentenza n. 3821/2017 della Corte di cassazione ha ritenuto che la dichiarazione di fallimento precedente alla modifica legislativa, riguardante la qualifica di piccolo imprenditore, escluso dal novero dei soggetti "fallibili", funge da presupposto "formale" e pertanto non si verifica l'*abolitio criminis*, nella misura in cui sussistono tutti gli elementi costitutivi ("sostanziali") del reato.

<sup>32</sup> Si veda D. MICHELETTI, *op. cit.*, 204; anche G. DE FRANCESCO, *Principi di garanzia e direttive sistematiche nello scenario della successione di leggi penali: le cd. modifiche mediate*, in *www.lageislazionepenale.eu* 27.10.2021.

successione mediata, per via dell'incessante processo di evoluzione del diritto amministrativo e delle discipline interne di dettaglio, cosicché la rilevanza della questione *de qua* rimane intatta, ancorché le fattispecie di reato oggi vigenti, integrate in ipotesi dallo *jus superveniens* (extrapenale), non possano essere assimilate a norme penali in bianco (come avveniva per l'abrogato abuso d'ufficio).

Sul punto, l'orientamento giurisprudenziale non è stato univoco e tuttavia pare possibile individuare una linea di tendenza in qualche modo coerente. Per linee generali, si osserva in primo luogo una certa propensione a escludere l'*abolitio criminis* (per esempio, nel caso-guida in tema di calunnia)<sup>33</sup>, ma non mancano decisioni di segno opposto (ad es., a proposito del caso dell'abolizione del delitto-scopo dell'associazione per delinquere)<sup>34</sup>; e d'altro canto anche in dottrina<sup>35</sup>, come è ovvio, non si registra univocità di vedute. Il tema è stato oggetto di tre importanti pronunce delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, emesse tra il 2007 e il 2009, dalle quali è possibile evincere principi di diritto riconducibili a un comune denominatore.

Nella sentenza Magera<sup>36</sup>, si affrontava la questione se fossero punibili i cittadini rumeni, autori del reato di inosservanza dell'ordine di allontanamento dallo Stato impartito dal questore (art. 14, co. 5 ter t.u. imm.), posto che in tempi successivi, per effetto dell'adesione della Romania all'Unione Europea, costoro avevano perduto lo *status* di extracomunitari. Le Sezioni Unite si pronunciarono nel senso di escludere l'*abolitio criminis*. Con la sentenza Niccoli<sup>37</sup> si affrontò la questione se fosse punibile la bancarotta (artt. 216, 217, 223 l. fall.), essendo mutati i requisiti per l'assoggettabilità dell'impresa al fallimento, cosicché l'imprenditore, alla luce dello *jus superveniens*, non sarebbe stato dichiarato fallito. Con la riforma della legge fallimentare del 2006 (d.lgs. 9

---

<sup>33</sup> Cass. 7.4.1951, Ottazzi, in *GP* 1951, II, c. 1073 s.; Cass. 21.11.1988, Caronna, in *CP* 1990, I, 227; Cass. 8.4.2002, Bassetti, *ivi*, 2004, 3220.

<sup>34</sup> Cfr. Cass. 9.3.2005, Screti, in *RP* 2005, 972 s.; App. Firenze, 21.6.1991, Conciani, in *FI* 1992, II, c. 301 s.

<sup>35</sup> Per un esame dei diversi criteri di soluzione del problema della successione di norme "integratrici", cfr. G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici". Teoria e prassi*, cit., 236 ss.. Il criterio della doppia punibilità in concreto (si esclude la punibilità ogni volta che il fatto non costituisce reato secondo la legge posteriore) è sostenuto, tra gli altri, da G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. cit.*, 95; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 43; L. RISCATO, *op. cit.*, 273 s.; il criterio della punibilità in astratto è sostenuto da G. L. GATTA, *op. loc. cit.*, 246.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *op. cit.*, 273 ss. e 280 ss.; M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, cit., ss..

<sup>36</sup> Cass. S.U. 27.09.2007, n. 2451, Magera, in *CP* 2008, 898 s., con nota di M. GAMBARDELLA.

<sup>37</sup> Cass. S.U. 15.05.2008, n. 19601, Niccoli, *ivi*, 3592 s., con nota di E.M. AMBROSETTI.

gennaio 2006, n. 5), furono modificati i requisiti per l'attribuzione della qualifica di piccolo imprenditore, nel segno di un ampliamento del novero dei soggetti esonerati dal fallimento. Nel caso affrontato dalle S.U., si trattò di decidere sulla perdurante rilevanza penale di fatti di bancarotta semplice documentale commessi da un imprenditore che al *tempus commissi delicti* possedeva quei requisiti che, alla luce dello *jus superveniens*, lo avrebbero qualificato "piccolo imprenditore" e dunque esonerato dal fallimento. Anche in questo caso, la risposta delle Sezioni Unite fu quella di escludere l'*abolitio criminis*. La sentenza Rizzoli<sup>38</sup> prese in considerazione la punibilità della bancarotta fraudolenta impropria commessa nella gestione di una società ammessa all'amministrazione controllata (art. 236, co. 2, n. 1 L. fall.), trattandosi di procedura concorsuale abolita dopo la commissione del fatto. Abolita l'amministrazione controllata, l'anzidetta norma incriminatrice si riferiva al solo concordato preventivo. A differenza dei due casi precedenti, la risposta delle S.U. asserì l'*abolitio criminis*.

Parrebbe dunque, a un esame superficiale, che gli orientamenti giurisprudenziali fossero in contraddizione l'un l'altro, ma in verità si può individuare un filo conduttore che spiega i differenti esiti interpretativi, negativi e assertivi dell'*abolitio criminis*. In sintesi, si può dire che le Sezioni Unite hanno adottato il metodo strutturale, in virtù del quale l'*abolitio*, proprio perché comporta la perdita di rilevanza penale del fatto, deve connettersi a una modifica della fattispecie legale astratta. A questa stregua, l'indagine sugli effetti penali della successione di leggi extrapenali va condotta facendo riferimento alla fattispecie astratta e non al fatto concreto: non basta riconoscere che oggi il fatto commesso dall'imputato non costituirebbe più reato. In sostanza, occorre distinguere tra norme integratrici della fattispecie astratta e norme non integratrici; queste ultime ricorrono quando, a seguito della modifica legislativa, si crea semplicemente una nuova e diversa situazione di fatto<sup>39</sup>.

Orbene, il criterio è stato seguito in ognuna delle tre sentenze, portando tuttavia a conclusioni differenti, a seconda del caso, in merito all'*abolitio criminis*. Nella sentenza Magera, le Sezioni Unite hanno ritenuto che l'ingresso di uno Stato nell'UE (o per ipotesi l'esclusione) «non modifica, sia pure in modo mediato, la fattispecie penale

<sup>38</sup> Cass. S.U. 26.02.2009, n. 24468, Rizzoli, in *RIDPP* 2010, 887 s., con nota di G.L. GATTA, *Abolizione dell'amministrazione controllata e abolitio criminis della bancarotta impropria ex art. 236, comma 2, n. 1 Legge fallimentare*, cit.

<sup>39</sup> Cass. S.U., 27.09.2007, Magera, cit., punto n. 3 della motivazione.

[di cui all'art. 14, co. 5 *ter* T.U. Imm.], ma costituisce un mero dato di fatto, anche se frutto di un'attività normativa»<sup>40</sup>. Cosa diversa sarebbe, «se dalla categoria venisse escluso il cittadino di uno Stato in attesa di adesione all'Unione», giacché, in questa eventualità sarebbe la stessa fattispecie penale a risultare diversa e a vedersi sottrarre una parte della sua sfera di applicazione, secondo lo schema tipico dell'abolizione parziale, riconducibile all'art. 2, comma 2 c.p.<sup>41</sup>.

Analogamente, secondo la sentenza Niccoli, la modifica dei requisiti perché l'imprenditore sia assoggettabile al fallimento non incide sulla fattispecie di bancarotta: «i nuovi contenuti dell'art. 1 L. fall. non incidono su un dato strutturale del paradigma della bancarotta (semplice o fraudolenta), ma sulle condizioni di fatto per la dichiarazione di fallimento, sicché non possono dirsi norme extrapenali che interferiscono sulla fattispecie penale»<sup>42</sup>. Quanto infine alla sentenza Rizzoli, le Sezioni Unite hanno osservato che non si trattava di un'ipotesi di modifica "mediata" legge penale, bensì di un caso di modifica 'immediata' della stessa. Ciò in quanto la riforma della legge fallimentare «non si è limitata a intervenire sulla normativa "esterna" relativa [all'istituto dell'amministrazione controllata], ma ha eliminato ogni riferimento a questo presente nella disposizione incriminatrice, risultata, quindi, amputata di un suo elemento strutturale»<sup>43</sup>.

#### **4. Il criterio c.d. strutturale alla luce dell'equiparazione tra il *novum* penalistico ed extrapenalistico.**

Il criterio c.d. strutturale pare il più convincente, perché, a ben vedere, nella successione di norme ciò che rileva è sempre e comunque la *ratio* incriminatrice, la quale designa il nucleo offensivo del fatto descritto nei suoi estremi tipici (ossia previsto come reato in astratto, a prescindere dalle concrete circostanze storiche) e per ciò stesso costituisce il

<sup>40</sup> *Ibidem*, punto n. 4 della motivazione.

<sup>41</sup> Cass. S.U. 26.3.2003, in CP 2003, 3310, con nota di T. PADOVANI.

<sup>42</sup> Secondo le S.U., infatti, «nella struttura dei reati di bancarotta la dichiarazione di fallimento assume rilevanza nella sua natura di provvedimento giurisdizionale, e non per i fatti con essa accertati»: ciò che rileva è l'esistenza di una sentenza dichiarativa di fallimento, a prescindere dalle condizioni di fatto normativamente richieste per la dichiarazione di fallimento. Tale orientamento può essere criticato, se si ritiene che l'art. 1 L. fall. contenga una *norma definitoria* del concetto di 'imprenditore fallito', soggetto attivo della bancarotta. Sulla base di questo assunto, la norma posteriore, che muta la qualifica di "piccolo imprenditore" dovrebbe essere ritenuta "integratrice" e incidente sulla *ratio* incriminatrice. Di contrario avviso la giurisprudenza della Suprema Corte (vedasi nota 23); sul punto cfr. G. L. GATTA, *Abolitio criminis* cit., 5.

<sup>43</sup> Sul punto G.L. GATTA, *op. ult. cit.*. Questo passaggio della sentenza Rizzoli rende palese l'equivalenza delle modifiche mediate e immediate (cfr. paragrafo 4).

motivo della sanzione penale. Se viene a mancare il “perché” del reato, la pena non ha più senso; ma ciò vale per tutte le modifiche, sia quelle interne alla norma penale, sia quelle esterne. Il *novum* della norma penale può riguardare un *quid* che non incide sulla *ratio* incriminatrice, ma serve, per esempio, a delineare meglio la condotta illecita<sup>44</sup>; è anche il *novum* della norma extrapenale richiamata può non incidere sul disvalore del fatto, mentre incide sulla punibilità concreta, per esempio, quando gli indici numerici riportati nella norma extrapenale mutano solo per adeguamento al mercato dei prezzi, inevitabilmente oscillanti, e il nuovo valore di oggi corrisponde, in linea di massima, al vecchio di ieri. Se cambia il tasso degli interessi medi, con esso può cambiare il parametro di valutazione del tasso usurario; tuttavia, il fatto commesso ieri è del tutto equivalente a quello di oggi (ancorché sia mutato il parametro di valutazione del tasso usurario da ieri a oggi). E anche il valore di soglia, che segna l’obbligo della gara pubblica, oggetto della sentenza in commento, potrebbe risultare estraneo alla *ratio* incriminatrice; sicché non basterebbe osservare che alla luce del nuovo parametro è esclusa la punibilità, giacché il fatto commesso nel vigore del vecchio parametro manterrebbe comunque e per intero il suo disvalore etico-giuridico. Pare, in sintesi, che il *novum* penalistico (in senso stretto) e quello extrapenalistico siano da equiparare quanto alla possibilità di incidere sulla *ratio* incriminatrice.

Alla luce del criterio strutturale, ciò che veramente conta è che la modifica legislativa, ancorché riguardante la norma extrapenale, incida sulla regola di condotta e sul disvalore etico-sociale della trasgressione. Se il disvalore del fatto non dovesse mutare, non si verificherebbe il fenomeno della successione mediata. Non ci nascondiamo, tuttavia, che il criterio può dar luogo a incertezze applicative, posto che l’incidenza sul disvalore del fatto non è ovviamente un dato naturalistico. Ma è opportuno precisare che l’incertezza interpretativa, a ben vedere, non riguarda solo il *novum* extrapenalistico, bensì il *novum* in quanto tale (anche quello interno alla norma penale). Se così non fosse, all’*abrogatio normae* dovrebbe sempre corrispondere l’*abolitio criminis*, posto che il fatto di reato dovrebbe essere pensato come interamente descritto dalla norma penale, autosufficiente per definizione, e interamente concluso negli estremi tipici della fattispecie incriminatrice. Se, al contrario, *abolitio* e *abrogatio* non

---

<sup>44</sup> Da questo punto di vista, le modifiche della norma di cui all’art. 323 c.p. intervenute nel tempo, sono paradigmatiche, in quanto hanno di volta in volta ridisegnato la condotta di abuso, ma non hanno radicalmente modificato la *ratio* incriminatrice, determinando un’*abolitio*.

coincidono necessariamente, com'è pacificamente accettato, ciò significa che il perimetro della norma penale non contiene tutti gli estremi della fattispecie di reato<sup>45</sup>. Dunque, il *novum* penalistico e quello extrapenalistico possono incidere alla stessa maniera sulla cornice che delimita gli estremi della fattispecie di reato.

Ciò, in qualche modo, avvalorava il postulato di fondo: che la norma incriminatrice, posta a presidio di una regola comportamentale extrapenale, abbia carattere sanzionatorio e non sussista un "precepto" penale a sé stante. Ne discende che le modifiche legislative, extrapenali o penali che siano, devono essere equiparate, ai fini dell'incidenza sul fatto illecito, il quale ovviamente sussiste in virtù della violazione della regola di condotta. Si può solo osservare che le modifiche interne alla norma penalistica attengono, in linea di massima, all'*an* o al *quantum* della pena; quelle esterne, molto più frequentemente, potrebbero rimanere estranee alla *ratio* incriminatrice. Sotto questo profilo, può adottarsi il criterio discrezionale, c.d. strutturale, dell'integrazione nella fattispecie; ma la vera questione si pone in termini negativi: individuare le modifiche non incidenti sulla *ratio* incriminatrice, che risiede nel disvalore del fatto. Se tale *ratio* fosse identificata per intero nel disvalore di condotta, ossia nella trasgressione della regola al tempo della condotta, si dovrebbe concludere che qualunque modifica successiva non può retroagire, perché la trasgressione della regola allora vigente c'è stata. Ma il reato non consiste nella mera condotta, bensì nel fatto; orbene se questo fatto, in base alle modifiche successive di norme extrapenali, non è più considerato meritevole di pena, ha luogo un'*abolitio criminis* per successione mediata<sup>46</sup>. Il fenomeno non si verifica, solo quando le modifiche non attengono al nucleo offensivo del fatto. Sotto questo profilo può dirsi che la questione interpretativa si pone solo in termini negativi e cioè per i casi residuali di modifiche estrinseche, sia della norma penale sia delle norme extrapenali.

A questo riguardo, può tornare utile chiedersi, come ha fatto incidentalmente la Suprema Corte nella sentenza *de qua*, se il mutamento della soglia dell'obbligo di gara ad evidenza pubblica abbia inciso sulla fisionomia dell'abuso d'ufficio. Premesso che è stata ritenuta corretta «la qualificazione del contratto in oggetto come appalto di servizi» e che

---

<sup>45</sup> Sul fenomeno dell'*abrogatio sine abolitione*, alla luce della recente casistica, cfr. M. GAMBARELLA, *L'abrogatio sine abolitione: l'improvvisa notorietà, a seguito del concorso in magistratura 2023, di un concetto penalistico poco conosciuto*, in questa rivista, 08.06.2023.

<sup>46</sup> In questi termini T. PADOVANI, *Diritto penale* <sup>13</sup>, cit., 48.

al *tempus commissi delicti* era necessaria la procedura ad evidenza pubblica, la cui omissione il Giudice di merito aveva ritenuto costituire abuso d'ufficio; la Corte di cassazione è giunta alla conclusione che oggi il fatto non costituirebbe reato, giacché il contratto, ieri "sopra soglia", oggi è divenuto "sotto soglia". Sicché, a prescindere dall'abrogazione legislativa della norma di cui all'art. 323 c.p., il Giudice di legittimità ha ritenuto che, in ogni caso, essendo stata innalzata la soglia dell'obbligo di gara pubblica da 40.000 a 140.000 euro<sup>47</sup>, l'imputato sarebbe andato assolto perché il contratto *de quo* «oggi risulterebbe sotto soglia»<sup>48</sup>.

È evidente, dunque, che il criterio adottato dalla Suprema Corte fa riferimento alla punibilità in concreto, non già alla *ratio* incriminatrice astratta dal contesto storico-fattuale. Tra i due criteri, come detto, pare preferibile il secondo e il caso in esame, per certi versi, può dirsi esemplificativo, giacché rende palese che l'adozione del primo trascura l'eventuale identità di disvalore etico-giuridico tra il fatto commesso ieri e il fatto (se fosse stato) commesso oggi. Invero, il criterio accolto dalla sentenza in commento si presta a qualche critica, in considerazione del fatto che l'indice monetario del valore economico di un bene si abbassa e innalza anche a prescindere dal valore effettivo (a causa dei fenomeni di inflazione/deflazione). Se l'indice monetario e il valore effettivo possono divergere, si può pensare che la *nuova* parità monetaria sia più o meno corrispondente al *vecchio* valore effettivo e la fissazione legislativa di un nuovo parametro monetario sia necessaria per adeguamento al diverso costo della vita. Ciò posto, sembra consequenziale ritenere che la fissazione di un nuovo indice monetario non incida sul disvalore del fatto: se prima l'irregolarità consisteva nel violare la soglia 50 e oggi nel violare la soglia 100, si può pensare che l'irregolarità di allora sia più o meno corrispondente all'irregolarità di oggi e il Giudice non può annullare retroattivamente un disvalore persistente (ora per allora)<sup>49</sup>. In conclusione, pare proprio che il nuovo indice

---

<sup>47</sup> Art. 50 del nuovo codice degli appalti (d.lgs. 31.3.2023, n. 36). Il contratto *de quo* aveva un valore complessivo di 112.176,00 euro (come si evince dalla sentenza di primo grado) pertanto è stato ritenuto "sotto-soglia" dalla Suprema Corte, in relazione al nuovo parametro.

<sup>48</sup> Per una dettagliata analisi degli argomenti affrontati dalle Sezioni Unite nella sentenza in commento cfr. O. GALLORI, *Le Colonne d'Ercole dell'abuso d'ufficio alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici: tana libera tutti*, in *Arch. Pen.*, 2024.

<sup>49</sup> Solo il Legislatore, che ha la potestà incriminatrice, in virtù del monopolio legislativo in materia penale, può annullare oggi il disvalore (penalistico) di un fatto che ieri costituiva reato, alla luce dei nuovi valori sociali condivisi. Ma il mutamento di un parametro numerico, corrispondente a un valore economico, non esprime tale *voluntas legis* di *abolitio criminis*, bensì solo l'esigenza di adeguamento monetario.

numerico non cambi la fisionomia del reato; sotto questo profilo, la nuova norma extrapenale non sia integrativa della norma penale e il venir meno della punibilità si sia verificata per altra via (*abrogatio legis*).

## **5. La questione se l'assistenza e la consulenza legale siano oggetto dell'obbligo di gara pubblica di appalto**

La Suprema Corte, confermando l'orientamento dei Giudici di merito, ha ritenuto che il rapporto di committenza, instaurato tra l'azienda Sanità Service ASL Ba s.r.l. e l'avv. Alessandro Ieva, fosse da qualificare come appalto di servizi, piuttosto che incarico professionale, in considerazione della continuità del rapporto e dell'ampio ventaglio delle prestazioni richieste. Il punto merita qualche approfondimento.

La distinzione tra incarico professionale e appalto di servizi ha perso gran parte della sua importanza, quando è venuto meno il requisito del minimo apparato organizzativo dell'imprenditore, ai fini della qualifica soggettiva di appaltatore<sup>50</sup>. L'imprenditore individuale è stato equiparato a quello dotato di organizzazione aziendale nell'ambito dei rapporti contrattuali d'appalto, cosicché le sue prestazioni sono state ricondotte nell'ambito di previsione del codice degli appalti. Al contempo è venuta meno la distinzione tra obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato, sul presupposto che sempre e comunque il debitore è tenuto a una prestazione che apporti una qualche utilità al creditore e dunque a un "risultato" apprezzabile. Infine, è necessario considerare che anche le prestazioni tecnico-professionali sono state ricondotte nell'ambito dell'opera appaltabile, giacché sono individuabili le linee guida della perizia necessaria (per la prestazione dedotta nell'obbligazione) e, in ogni caso, è commisurabile e verificabile il risultato della prestazione effettuata.

Ciò detto, non può sfuggire, tuttavia, che la professione forense ha una sua specificità, per il suo oggetto estremamente "opinabile". Il risultato del patrocinio, dell'assistenza e della consulenza legale è condizionato da una serie pressoché infinita di fattori imponderabili, di talché si potrebbe dare il caso di una prestazione professionale eseguita con scrupolo e perizia, la quale di fatto non apporta alcuna utilità al cliente-assistito; mentre non si può escludere l'esito fausto dell'attività imperita o il caso di

---

<sup>50</sup> La definizione di operatore economico adottata dal d.lgs 50/2016 non fa alcuna distinzione, in relazione alle modalità di esercizio di una determinata attività, tra il prestatore d'opera intellettuale e l'appaltatore, giacché i contratti di prestazione d'opera intellettuale sono attratti nell'orbita della disciplina degli appalti.

colpevole omissione (da parte del professionista), che si risolve tuttavia in giovamento per la posizione del cliente. Orbene, quando non solo non può essere garantito il buon fine dell'opera, ma nemmeno la modalità di perseguimento del fine può essere sottoposta a un controllo di efficienza neutrale e oggettivo, tramite la fredda espressione dei numeri, del rendiconto economico o della funzionalità, pare più opportuno che il rapporto giuridico si instauri con l'affidamento *intuitu personae*, piuttosto che col contratto d'appalto. Sotto questo profilo, l'attività di patrocinio, assistenza e consulenza legale pare la più indicata per essere esclusa dalla disciplina dell'appalto. Non per nulla, la direttiva europea 2014/24 ha escluso questo settore dalla disciplina dell'appalto pubblico<sup>51</sup>; ne parrebbe derivare l'esclusione dall'obbligo della gara d'appalto ad evidenza pubblica. E poiché, nel caso *de quo*, l'abuso d'ufficio sarebbe consistito nella violazione del suddetto obbligo, sarebbe probabilmente stata opportuna una declaratoria giudiziale, nella specie dell'*obiter dictum*, che escludesse la professione legale e forense dall'oggetto dell'obbligo della gara d'appalto ad evidenza pubblica e, per tale via, ritenesse insussistente la violazione assunta come abuso, a prescindere dall'abrogazione dell'art. 323 c.p.

---

<sup>51</sup> Sul punto la sentenza della C.G.U.E, emessa nella causa C-265/18 del 6 giugno 2019, così si esprime: «occorre rilevare che l'articolo 10, lettera d), i) e ii), della direttiva 2014/24 non esclude dall'ambito di applicazione di detta direttiva tutti i servizi che possono essere forniti da un avvocato a un'amministrazione aggiudicatrice, ma unicamente la rappresentanza legale del suo cliente nell'ambito di un procedimento dinanzi a un organo internazionale di arbitrato o di conciliazione, dinanzi ai giudici o alle autorità pubbliche di uno Stato membro o di un paese terzo, nonché dinanzi ai giudici o alle istituzioni internazionali, ma anche la consulenza legale fornita nell'ambito della preparazione o dell'eventualità di un siffatto procedimento. Simili prestazioni di servizi fornite da un avvocato si configurano solo nell'ambito di un rapporto *intuitu personae* tra l'avvocato e il suo cliente, caratterizzato dalla massima riservatezza». Come ben si vede, l'esclusione dalla disciplina dell'appalto, secondo la Corte di Giustizia, riguarda anche la consulenza connessa alla "eventualità" di un procedimento giudiziario; dunque diretta anche ad evitare il procedimento medesimo; il che potrebbe significare la consulenza legale *tout court*.