

L'ABOLIZIONE DELL'ABUSO D'UFFICIO NON È INCOSTITUZIONALE, FATTA SALVA LA RESPONSABILITÀ POLITICA DEL LEGISLATORE.

La Corte costituzionale pone un punto fermo

The abolition of abuse of office is not unconstitutional, without prejudice to the political responsibility of the legislator. The Constitutional Court establishes a firm point

ANTONINO RIPEPI *

Abstract (IT): la questione dei limiti del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa, con particolare riferimento a quello del giudice penale, costituisce da sempre argomento di confronto tra gli studiosi del diritto penale e non solo. La recente abolizione del reato di cui all'art. 323 c.p. si inserisce in tale solco, in quanto le numerose questioni di legittimità costituzionale sollevate si incentrano, oltre che sulla violazione di obblighi sovranazionali, anche sulla presunta violazione dell'art. 97 Cost. Tuttavia, la Corte costituzionale ha recentemente dichiarato in parte inammissibili e in parte infondate le q.l.c. sollevate da vari Tribunali d'Italia.

Abstract (EN): the issue of the limits of judicial review of administrative discretion, with particular reference to that of the criminal judge, has always been a topic of discussion among criminal law scholars and others. The recent abolition of the crime under art. 323 of the Criminal Code fits into this trend, as the numerous questions of constitutional legitimacy raised focus not only on the violation of supranational obligations, but also on the alleged violation of art. 97 of the Constitution. However, the Constitutional Court has recently declared the q.l.c. raised by various Italian Courts partly inadmissible and partly unfounded.

Parole chiave: abuso d'ufficio, abrogazione non incostituzionale, discrezionalità amministrativa, Corte costituzionale

Keywords: abuse of office, non-unconstitutional repeal, administrative discretion, Constitutional Court

SOMMARIO: 1. Il problema del sindacato sulla discrezionalità amministrativa. 2. L'abrogazione dell'art. 323 c.p.: una prospettiva di sistema. 3. Disamina della questione di legittimità costituzionale sollevata da Trib. Firenze, Sez. III, ord. 24.9.2024. 3.1. L'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale. 3.2. Nel merito: sussiste un obbligo di criminalizzazione rilevanti ai fini degli artt. 11 e 117 Cost.? 3.3. La violazione dell'art. 97 Cost. e il problematico rapporto con Corte cost. n. 8/2022 e, più di recente, con Corte cost. n. 132/2024. 4. La sentenza della Corte costituzionale. 5. Alcune provvisorie conclusioni.

SUMMARY: 1. The problem of review of administrative discretion. 2. The repeal of art. 323 of the Criminal Code: a systemic perspective. 3. Examination of the question of constitutional legitimacy raised by the Court of Florence, Section III, order of September 24, 2024. 3.1. The

admissibility of the question of constitutional legitimacy. 3.2. On the merits: is there an obligation to criminalize matters relevant for the purposes of Articles 11 and 117 of the Constitution? 3.3. The violation of art. 97 of the Constitution and the problematic relationship with Constitutional Court no. 8/2022 and, more recently, with Constitutional Court no. 132/2024. 4. The ruling of the Constitutional Court. 5. Some provisional conclusions.

1. Il problema del sindacato sulla discrezionalità amministrativa.

La questione dell'ammissibilità e dell'intensità del controllo, da parte di altre autorità, sull'esercizio della discrezionalità amministrativa¹ è da tempo al centro dell'attenzione degli studiosi e dell'opinione pubblica, intercettando questioni di teoria generale quali la separazione tra potere esecutivo e giudiziario e l'esigenza che il controllo esterno non esondi, tramutandosi in un'ingerenza nell'ambito di attività riservate alla pubblica amministrazione².

Nell'attività vincolata, infatti, tutti gli elementi da acquisire e valutare, ai fini della decisione della p.a., sono già rigidamente prefigurati dalla legge, sicché l'autorità amministrativa è tenuta a svolgere una semplice verifica tra quanto previsto dalla norma e quanto verificatosi nella realtà³. Invece, la discrezionalità amministrativa si connota in termini di espressione del potere pubblicistico che presuppone il conferimento (*rectius*, il trasferimento) da parte della legge alla pubblica amministrazione di uno spazio valutativo e decisionale, connotato dalla precipua funzione di adattare le previsioni astratte individuate dalla legge alla realtà fattuale, nell'ottica della necessità di tutelare gli interessi dei privati coinvolti nel procedimento amministrativo e con l'obiettivo primario di curare concretamente un determinato interesse pubblico⁴.

¹ * Procuratore dello Stato presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Reggio Calabria. Docente a contratto presso la SSPL dell'Università "Mediterranea" di Reggio Calabria.

Di recente, N. MAIELLO, *Il controllo penale sull'attività amministrativa*, Torino, 2025.

² In linea generalissima, v. G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, I, Milano, 1979, II, Milano, 1984; G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri, oggi*, in *Dir. soc.*, 2003, p. 219 ss.; A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990; F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 482 s.; A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto: i confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2009; G. De VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*. CEDAM, 2004; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Le forme di Stato e le forme di governo. Le costituzioni moderne*. Giuffrè, 1988; D. FELICE, *Oppressione e libertà. Filosofia e anatomia del dispotismo nel pensiero di Montesquieu*, ETS, 2000; F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, p. 17 ss. Se si pensa alla discrezionalità intesa nel contesto di provvedimenti per la pubblica sicurezza, si veda T. PERRI, D. A. SCALI, V. BLANDA, *Il potere provvedimentale di pubblica sicurezza: forme, requisiti e caratteri distintivi*, in L. DELLA RAGIONE – D. A. SCALI – P. ZARRA, *Manuale di Pubblica Sicurezza*, Milano, 2025, 181 ss.

³ E. CASETTA, *Attività amministrativa*, in *Dig. pubbl.*, I, 1987, 522 ss.; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Tratt. Santaniello*, III, Padova, 1993; G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, *L'attività*, Padova, 2005; B. G. MATTARELLA, *Attività amministrativa*, in *Diz. dir. pubbl. Cassese*, Milano, 2006, 520; ID., *L'attività*, in *Tratt. Cassese*, Milano, 2003, 669 ss.; F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Agg. VI, 75 ss.; D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Ann., III, Milano, 2010, 46 ss.; R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 2006.

⁴ Sulla discrezionalità amministrativa, come noto, la bibliografia è sterminata. A titolo puramente esemplificativo, si rinvia a F. G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, n. 4, p. 1045; M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939; ID., voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, n. 4, p. 463; V. OTTAVIANO, voce *Merito (Diritto amministrativo)*, Torino, Utet, 1968, 575 ss.; G. BARONE, voce *Discrezionalità (Diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1989.

Per quanto di interesse ai fini del presente contributo, la decisione politica di abrogare l'art. 323 c.p. si inserisce nel solco del tormentato tema del sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa⁵, contraddistinto da un'esigenza di bilanciamento tra l'interesse generale alla legalità ed efficienza dell'azione amministrativa e «l'interesse “amministrativistico” a impedire la paralisi dell'azione pubblica indotta dalla cosiddetta “paura della firma”, che induce comportamenti di “burocrazia difensiva”»⁶.

Tale delicato bilanciamento intercetta anche altri rami dell'ordinamento, quali il diritto processuale amministrativo⁷ e contabile⁸, ove si pone l'esigenza di fissare le “colonne d'Ercole” oltre le quali il sindacato del giudice amministrativo o della Corte dei conti non può spingersi; un controllo troppo penetrante, infatti, rischia di imbrigliare la discrezionalità del funzionario amministrativo e di generare i fenomeni “difensivi” sopra ricordati.

In termini diversi, ma strettamente collegati, anche il sistema preventivo dell'anticorruzione sembra soffrire dinamiche simili. Pur non essendo possibile approfondire il tema, è noto che, nelle formalizzazioni matematiche del fenomeno corruttivo, $C = M + D - T - A$: il livello di corruzione (C) si associa alla presenza di posizioni monopolistiche di rendita (M) e all'esercizio di poteri discrezionali (D), ed è inversamente collegato al grado di trasparenza (T) e di *accountability* (A) dell'agente⁹. Ne discende che l'impianto tradizionale della legislazione amministrativa in tema di anticorruzione è votato all'analitica mappatura dei processi allo scopo di individuare quelli connotati da maggiore discrezionalità (e, quindi, da maggiore rischio) e monitorarli attentamente, onde prevenire fenomeni devianti o diminuire la possibilità che possano verificarsi¹⁰.

Con specifico riferimento al versante penalistico del problema, sembra di poter fondatamente discorrere di “corsi e ricorsi storici”, atteso che le motivazioni sottese alla decisione di abolire il reato

⁵ Sul quale, parimenti, la bibliografia è sterminata: M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002; G. COCCO, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cagliari, 1996; C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova, 2014; S. MASSI, *Elusione del fatto tipico e speciale antidoverosità della condotta. Un'indagine sui confini della fattispecie penale*, Torino, 2019; R. VENDITTI, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in RIDPP, 1965, 28 ss.; T. ALIBRANDI, *L'atto amministrativo nella fattispecie penale (avvio ad una ricostruzione tipologica)*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1970, 784 ss.; G. CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione: il problema del sindacato giudiziale sugli atti amministrativi in materia penale*, Roma – Bari, 1979; M. PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, Milano, 2000; C. FRANCHINI, *Il controllo del giudice penale sulla pubblica amministrazione*, Padova, 1998; F. PALAZZO, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in Cass. pen., 2012, pp. 1614 ss.

⁶ Così F. BARLETTA – A. CAPPELLINI, *Il sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell'agire pubblico*, in *La legislazione penale*, 18 giugno 2021, p. 2.

⁷ Da ultimo, v. A. CASSATELLA – R. CHIEPPA – A. MOLITERNI, *Il sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa*, Piacenza, 2024.

⁸ G. VICICONTE, *Il controllo del giudice penale e del giudice contabile sulla discrezionalità amministrativa: la legalità dell'esperienza giuridica concreta*, in *Discrimen*, 2021; V. RAELI, *Il sindacato del giudice contabile sulla discrezionalità della P.A.*, in www.altalex.it, 2009; L. LEVITA, *Il sindacato della Corte dei Conti sui provvedimenti discrezionali emessi dalla P.A.: verso una maggior tutela del cittadino*, in www.eius.it, 2005.

⁹ Rinvio a *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, 2012, disponibile in https://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/sala_stamp/documenti/anticorruzione/2012_10_23_rapporto_corruzione_in_Italia.html_8783072.html, p. 20.

¹⁰ Da questo punto di vista, non è indifferente il fatto che il legislatore del PIAO (D.L. n. 80/2021) abbia inteso collegare il sistema preventivo dell'anticorruzione, precedentemente contraddistinto dalla centralità del Piano triennale per la prevenzione della corruzione e per la trasparenza, al *diverso concetto di valore pubblico*: sul punto, non posso che rinviare, per un più compiuto esame, ad A. RIPEPI, *Dirigenza pubblica e fiducia: un'analisi integrata tra diritto e management*, Egea, 2025. Se si vuole, v. anche A. RIPEPI – S. M. VILASI, *Discrezionalità e motivazione nel sistema preventivo dell'anticorruzione*, in *Ratio iuris*, 2025.

di abuso d'ufficio coincidono, almeno parzialmente, con quelle fondanti le riforme del 1997¹¹ e del 2020¹²: la scarsa determinatezza della fattispecie, che avrebbe impedito al destinatario del precetto di orientare consapevolmente le proprie condotte, e la formulazione della stessa, che avrebbe consentito il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa attraverso il “grimaldello” dell'eccesso di potere¹³.

Già la riforma del 2020 – che, rispetto all'intervento normativo del 1997, presentava ancor più accentuate correlazioni con il fenomeno della “burocrazia difensiva”¹⁴, anche in considerazione della pandemia da Covid-19, ciò che contribuisce a unificarla idealmente al D.L. n. 114/2024 – aveva attirato diverse critiche dottrinali, incentrate sull'insussistenza dei lamentati rischi posti a fondamento della restrizione della fattispecie incriminatrice e sull'inopportunità di eliminare il presidio penale a fronte di condotte obiettivamente riprovevoli sul piano sociale, prima ancora che giuridico¹⁵.

Sulla scorta di questa premessa, è forse possibile contestualizzare in modo più compiuto e approfondito l'intervento realizzato dalla “legge Nordio”¹⁶ e le questioni di legittimità costituzionale sollevate, a più riprese, dalla giurisprudenza.

2. L'abrogazione dell'art. 323 c.p.: una prospettiva di sistema.

La decisione politica di abolire l'abuso d'ufficio è stata accompagnata, come ben noto, da fitte polemiche nell'opinione pubblica, nonché tra gli esponenti della giurisprudenza e della dottrina¹⁷.

Si afferma comunemente che l'abrogazione della fattispecie in questione violerebbe gli obblighi internazionali che impongono una penalizzazione di condotte abusive, innanzitutto per contrasto con l'art. 19 della Convenzione di Merida del 2003, secondariamente per incompatibilità con la proposta di Direttiva UE COM(2023)234 in materia di contrasto alla corruzione del 3.5.2023¹⁸.

¹¹ Su cui v. A. A. DALIA, *Sintesi dei lavori parlamentari, in La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme del diritto di difesa*, a cura di A. D'AVIRRO, Milano, 1997, p. 409 ss.

¹² C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di B. ROMANO - A. MARANDOLA, Utet, 2020, p. 291 ss.

¹³ A. A. DALIA, *op. cit.*

¹⁴ Su cui, da ultimo, ci si permette di rinviare a M. FERRARA – A. RIPEPI, *L'Amministrazione difensiva nel management pubblico: modelli teorici e evidenze empiriche*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 27 giugno 2025.

¹⁵ Penso soprattutto a 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 *Sistema penale*, n. 7/2020, che così chiaramente si esprime: “Sembrerebbe tuttavia fortemente dubitabile che la scarsa efficienza della nostra pubblica amministrazione dipenda dalla presenza del reato di abuso d'ufficio. Né che quest'ultimo possa costituire un ostacolo alla ripartenza dopo il periodo di chiusura forzata per la pandemia. Inoltre, l'argomento delle “statistiche giudiziarie” basato sull'elevato divario fra numero di contestazioni in materia di abuso d'ufficio e sentenze di condanna per lo stesso – come si cercherà di spiegare nel prosieguo – dopo la riforma del '97 non sembrerebbe ascrivibile alla scarsa determinatezza della fattispecie incriminatrice, bensì piuttosto ad una scarsa attenzione nella gestione delle iscrizioni delle notizie di reato oltretutto delle indagini preliminari.

(...)

Se ci fosse maggior consapevolezza da parte delle Procure del funzionamento, sia delle regole che governano la scelta relativa all'iscrizione nell'uno o nell'altro registro, sia delle norme che indicano la prognosi a cui deve essere sottoposta la notizia di reato ai fini della richiesta di rinvio a giudizio, non si determinerebbero quegli effetti patologici segnalati dalle statistiche, i quali, quindi, non possono essere ricondotti alla mancanza di determinatezza della fattispecie: tutt'altro” (pp. 136-137).

¹⁶ D.L. 9 agosto 2024, n. 114.

¹⁷ In tempi recenti, v. L. CARRARO, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, Pisa, 2025.

¹⁸ C. CUPELLI, *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in www.sistemapenale.it, 23 gennaio 2023.

In secondo luogo, l'intervento normativo oggi in commento indebolirebbe l'apparato repressivo posto a tutela del bene giuridico del buon andamento e dell'imparzialità della P.A., implicando l'eliminazione di una "fattispecie spia" per scoprire e disvelare contigue sacche di illegalità¹⁹.

Infine, si sostiene frequentemente, anche nel dibattito non strettamente scientifico, che l'elevato numero di archiviazioni e di assoluzioni correlate al reato in esame dimostrerebbe che il "pericolo" dell'abuso di ufficio è schivato dalle poche condanne intervenute.

A tali "contro" della riforma, si è replicato in dottrina (e si è replicato anche nella Relazione illustrativa) con altrettanti argomenti a favore.

Innanzitutto, si è rilevato che la Convenzione di Merida non introduce alcun obbligo di incriminazione con riferimento all'abuso d'ufficio²⁰, mentre la suddetta proposta di Direttiva appare in contrasto con il principio di sussidiarietà, atteso che non è stato dimostrato il carattere transnazionale della sfera di criminalità legata alla fattispecie in esame²¹. Tanto è stato rilevato, nella seduta del 19 luglio 2023, dalla XIV Commissione (Politiche UE) della Camera, che ha contestato la proposta di direttiva sulla lotta contro la corruzione anche sotto il profilo della conformità ai principi di attribuzione e proporzionalità²².

Circa la suggestione del "reato spia", si è osservato che essa sottende l'idea di "un sistema penale ancora più ricco e pregno di incriminazioni, con una sorta di "grande fratello" occhiuto, in chiave penalistica, che perseguisse ogni comportamento minimamente illecito, sulla base della considerazione che, induttivamente, dal piccolo illecito sarebbe possibile risalire al grande delitto o a "sistemi" criminali"²³, ma "un siffatto modo di pensare ricorderebbe la distorta lettura de «il fine giustifica i mezzi» di machiavelliana memoria"²⁴.

Infine, l'argomento relativo al numero di archiviazioni è contrastabile con le parole di autorevole dottrina, che rilevava, già molto tempo fa, come il processo penale sia già la pena in sé²⁵.

Prescindendo dall'adesione a una ricostruzione piuttosto che all'altra, in questa sede interessa piuttosto evidenziare come l'abrogazione dell'art. 323 c.p. non vada letta in ottica isolata, ma unitamente ad altri interventi normativi, uniti da un *fil rouge* di fondo, tutti tesi a fronteggiare, sin dall'epoca della pandemia da Covid-19, la c.d. paura della firma dei pubblici dipendenti e il fenomeno di quella che è giornalmisticamente nota come "burocrazia difensiva".

Infatti, il D. Lgs. n. 36/2023, attuativo della delega al Governo in materia di contratti pubblici ex art. 1 L. n. 78/2022 e recante il "Nuovo codice dei contratti", si apre con una Parte I del Libro I dedicata ai principi.

Tra questi, annoveriamo il principio della fiducia²⁶, che ha portata bidirezionale, concernendo sia la P.A. che il cittadino, in quanto "ad un'amministrazione trasparente e corretta deve rapportarsi un cittadino – nella specie, un operatore economico – altrettanto trasparente e corretto"²⁷, e prevede quale

¹⁹ R. CANTONE, *Ancora in tema di abuso d'ufficio e traffico di influenze illecite* (d.d.l. Nordio), in www.sistemapenale.it, 19 settembre 2023.

²⁰ Ma, sul punto, vedi *infra* la posizione della Commissione europea.

²¹ B. ROMANO, *La prospettata abrogazione dell'abuso d'ufficio: più pro che contro*, in *La legislazione penale*, 12 dicembre 2023, p. 16.

²² Dossier XIX Legislatura, *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare*, A.C. 1718, 12 marzo 2024, pp. 9-10.

²³ B. ROMANO, *op. cit.*, pp. 18-19.

²⁴ *Ivi*, p. 19.

²⁵ F. CARNELUTTI, *Pena e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, I, p. 161.

²⁶ Per una recentissima formalizzazione matematica del fenomeno fiduciario nelle PP.AA., sia consentito rinviare ad A. RIPEPI – M. FERRARA, *Un Approccio Fuzzy alla "Fiducia" nella Pubblica Amministrazione: Modelli matematici nell'Era dell'Intelligenza Artificiale*, in *Ratio iuris*, 6 marzo 2025.

²⁷ F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, 2023, disponibile in <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/2799-i-principi-general-del-nuovo-codice-dei-contratti-pubblici>.

termine di riferimento l'“azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici” (art. 2, c. 1, D. Lgs. n. 36/2023).

Il principio in esame²⁸, che non ha valenza esclusivamente e semplicemente declamatoria, come rivela il comma 4 dell'art. 2 in tema di copertura assicurativa dei dipendenti e formazione degli stessi, è animato da una filosofia di fondo descritta in modo illuminante dalla Relazione di accompagnamento²⁹.

Si tratta, cioè, di “un segno di svolta rispetto alla logica fondata sulla sfiducia (se non sul “sospetto”) per l'azione dei pubblici funzionari, che si è sviluppata negli ultimi anni [...] e che si è caratterizzata da un lato per una normazione di estremo dettaglio, che mortificava l'esercizio della discrezionalità, dall'altro per il crescente rischio di avvio automatico di procedure di accertamento di responsabilità amministrative, civili, contabili e penali che potevano alla fine rivelarsi prive di effettivo fondamento”³⁰, le quali hanno generato «“paura della firma” e “burocrazia difensiva”», a loro volta “fonte di inefficienza e immobilismo e, quindi, un ostacolo al rilancio economico, che richiede, al contrario, una pubblica amministrazione dinamica ed efficiente”³¹.

Si tratta del fenomeno precedentemente descritto, cui il nuovo Codice vorrebbe porre rimedio dando, “sin dalle sue disposizioni di principio, il segnale di un cambiamento profondo, che – fermo restando ovviamente il perseguimento convinto di ogni forma di irregolarità – miri a valorizzare lo spirito di iniziativa e la discrezionalità degli amministratori pubblici, introducendo una “rete di protezione” rispetto all'alto rischio che accompagna il loro operato”³².

Viene in rilievo un vero e proprio cambio di paradigma *culturale*, ancor prima che *giuridico-normativo*³³, che aveva già manifestato un punto di emersione con il D.L. n. 76/2020, teso a limitare i confini della responsabilità (penale ed erariale) dei dipendenti pubblici, concepita quale fattore alla base di rallentamenti e inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa, non ammissibili in un'epoca in cui il Paese si avviava a superare i danni cagionati dalla pandemia attraverso l'utilizzo dei fondi collegati al PNRR.

²⁸ Su cui v. R. URSI, *La “Trappola della Fiducia” nel Codice dei Contratti pubblici*, in www.dirittoecon.it; ID., *La “Trappola della Fiducia” nel Codice dei Contratti pubblici*, in ID. (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, pp. 47 ss.; E. CARLONI, *La fiducia ‘in trasparenza’ nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in G. FONDERICO (a cura di), *Trasparenza e prevenzione della corruzione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Venezia, 2024; R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in Federalismi.it, n. 17/2023; G. TROPEA, *I principi del risultato, della fiducia, della buona fede e dell'affidamento in alcune interpretazioni recenti*, in *Munus, Rivista giuridica dei servizi pubblici*, n. 2/2024. Sia consentito il rinvio ad A. RIPEPI, *Principio della fiducia ed estensione del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 4/2024 e ad A. RIPEPI, *Il principio della fiducia nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, n. 3/2023.

²⁹ Se si vuole, cfr. il mio *La sentenza n. 132/2024 della Corte costituzionale e la “fatica dell'amministrare”*: alcune proposte operative per un cambio di paradigma, in *Rivista Corte dei conti*, n. 2/2025.

³⁰ Consiglio di Stato, *Relazione agli articoli e agli allegati dello Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante “Delega al Governo in materia di contratti pubblici”*, disponibile in https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/17550825/3_CODICE+CONTRATTI+RELAZIONE.pdf/d3223534-d548-1fdc-4be4-e9632c641eb8?t=1670933091420, p. 14.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ivi*, p. 15.

³³ Si rinvia a D. PALUMBO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132/2024: verso un nuovo punto di equilibrio nella ripartizione del rischio tra la P.A. e l'agente pubblico?*, in www.giustiziainsieme.it, 18 novembre 2024; per una disamina trasversale dei principi del risultato e della fiducia, si rinvia a P. MIELE, *Principio del risultato, principio della fiducia e legittimità nel codice dei contratti pubblici*, in *Rivista Corte dei conti*, n. 6/2024.

In definitiva, è questo il contesto culturale di fondo nel contesto del quale è maturata dapprima, nel 2020, la restrizione del perimetro dell'art. 323 c.p. e, oggi, la drastica decisione dell'abolizione del reato di abuso d'ufficio.

In tempi recentissimi – si osserva a chiusura di questa panoramica introduttiva –, la Commissione Europea, nell'ambito della Relazione sullo Stato di diritto 2024, Capitolo sulla situazione dello Stato di diritto in Italia, ha osservato, dopo aver dato atto delle osservazioni a supporto del Governo italiano, che “tuttavia la criminalizzazione dell'abuso d'ufficio e del traffico di influenze illecite è prevista dalle convenzioni internazionali sulla corruzione ed è quindi uno strumento essenziale per le autorità di contrasto e le procure ai fini della lotta contro la corruzione. I portatori di interessi hanno osservato che l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio potrebbe comportare una diminuzione dei livelli di rilevamento e investigazione della frode e della corruzione”³⁴.

Le annotazioni della Commissione, effettivamente, sembrano porsi in contrasto con le argomentazioni di quanti ritengono che la fattispecie di cui all'art. 323 c.p. non sia oggetto di obblighi di incriminazione di fonte sovranazionale.

3. Disamina della questione di legittimità costituzionale sollevata da Trib. Firenze, Sez. III, ord. 24.9.2024.

A fronte di tali premesse concettuali, il Tribunale di Firenze ha ritenuto di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 lett. b) l. 9 agosto 2024, n. 114, con l'ordinanza del 24 settembre scorso. Si premette che l'analisi si concentrerà su questa ordinanza, a fronte delle numerose altre pubblicate, in ragione della profondità concettuale e della innovatività della medesima; le argomentazioni utilizzate dagli altri Tribunali e dalla stessa Corte di Cassazione nelle rispettive ordinanze di rimessione, infatti, ripercorrono riflessioni già elaborate nell'ambito di tale provvedimento.

Nel giudizio *a quo* era stato contestato, tra gli altri, il delitto di abuso d'ufficio continuato in concorso ex artt. 81, 323, 110 c.p. nei confronti di un imputato accusato, in concorso con carabinieri e ufficiali di p.g., di avere adottato un decreto di sequestro preventivo di quote sociali al di fuori dei presupposti di legge, per danneggiare alcuni imprenditori e favorirne altri.

Pertanto, la rilevanza della questione di legittimità costituzionale veniva così argomentata: *“L'abrogazione della disposizione di cui all'art. 323 c.p. produce un evidente effetto di abolitio criminis, di carattere quasi totale della fattispecie penale dell'abuso d'ufficio; si ritiene il carattere “quasi totale” della abolitio tenuto conto della introduzione dell'art. 314 bis c.p. (Indebita destinazione di denaro o cose mobili) ad opera del d.l. n. 92/2024, entrato in vigore prima dell'abrogazione dell'art. 323 c.p., e del possibile mantenimento di rilevanza penale di alcune condotte tuttora riconducibili sub art. 328 c.p.. Quanto agli effetti dell'abrogazione nel caso in esame, non possono aversi dubbi circa la effettiva rilevanza della questione di legittimità costituzionale di cui si intende investire la norma abrogatrice del reato di abuso d'ufficio”*.

Relativamente ad altro e diverso capo d'imputazione, la rilevanza della questione discendeva dall'osservazione per cui l'originaria accusa di corruzione andava incontro alla prospettiva, definita “assolutamente concreta”, di riqualificazione giuridica favorevole ex art. 521 c.p.p. in abuso d'ufficio, in quanto non risultava accertato alcun mercimonio della funzione pubblica, mentre appariva più rilevante il rapporto di mera amicizia privata tra l'imputato e gli altri soggetti implicati.

3.1. L'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale.

A questo punto dell'argomentazione, il Tribunale è stato chiamato a confrontarsi con il complesso problema dell'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale.

³⁴ Commissione europea, *Relazione sullo Stato di diritto 2024, Capitolo sulla situazione dello Stato di diritto in Italia*, p. 17.

Occorre chiedersi, infatti, se la Corte costituzionale abbia il potere di pronunciare una sentenza in materia penale sostanziale (in particolare, dichiarativa dell'incostituzionalità di una norma che ha prodotto una *abolitio criminis*) con effetti *in malam partem*, con particolare riferimento alla riviviscenza di una fattispecie espunta dall'ordinamento per espressa scelta del legislatore.

Dall'art. 25 Cost., infatti, discende il monopolio del legislatore (con conseguente esclusione del potere giurisdizionale) nella selezione dei comportamenti penalmente rilevanti, senza che rilevi in questa sede, per esigenze di economia di trattazione, il rapporto tra Parlamento e Governo nella produzione delle disposizioni e delle norme incriminatrici.

Una prima eccezione al divieto di sindacato *in malam partem*, come noto, concerne le norme penali di favore.

Come già chiarito da Corte cost. n. 8/2022 e, ancor prima, da Corte cost. n. 394/2006, per norme penali di favore debbono intendersi quelle che stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni compresenti nell'ordinamento.

Si individua, invece, una norma penale favorevole (ipotesi ben diversa) a seguito del raffronto tra una norma vigente e una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale.

La distinzione è rilevante in quanto solo nel primo caso è ammissibile una sentenza dichiarativa di illegittimità costituzionale.

Infatti, l'effetto *in malam partem*, conseguente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme penali di favore, non vulnera la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione, rappresentando una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di ingiustificata disciplina derogatoria.

Invece, laddove sia censurata sul piano della legittimità costituzionale una norma penale favorevole, la richiesta di sindacato *in malam partem* non mira a far riespandere una norma tuttora presente nell'ordinamento, ma a ripristinare la norma abrogata, espressiva di una scelta di criminalizzazione non più attuale, operazione preclusa alla Corte.

Le ulteriori eccezioni al suddetto divieto di sindacato costituzionale sono state riepilogate da Corte cost. n. 37/2019, fondamentale pronuncia recentemente richiamata anche da Corte cost. 5 luglio 2025, n. 95.

Un controllo di legittimità con potenziali effetti *in malam partem* deve altresì ritenersi ammissibile quando a essere censurato è lo scorretto esercizio del potere legislativo nei seguenti casi: 1) da parte dei Consigli regionali, ai quali è precluso neutralizzare le scelte di criminalizzazione compiute dal legislatore nazionale; 2) da parte del Governo, che abbia abrogato mediante decreto legislativo una disposizione penale, senza a ciò essere autorizzato dalla legge delega; 3) da parte del Governo, che abbia approvato un decreto-legge in assenza dei presupposti di necessità e urgenza di cui all'art. 77 Cost. o del requisito di intrinseca omogeneità delle disposizioni in esso contenute³⁵; 4) da parte del Parlamento, che non abbia rispettato i principi stabiliti dalla Costituzione in materia di conversione dei decreti-legge (es. difetto di omogeneità o dei presupposti di necessità e urgenza).

Un effetto peggiorativo della disciplina sanzionatoria in materia penale conseguente alla pronuncia di illegittimità costituzionale è stato, poi, ritenuto ammissibile allorché esso si configuri come «mera conseguenza indiretta della *reductio ad legitimitatem* di una norma processuale», derivante «dall'eliminazione di una previsione a carattere derogatorio di una disciplina generale» (Corte cost. n. 236 del 2018).

Un controllo di legittimità costituzionale con potenziali effetti *in malam partem* può, infine, risultare ammissibile ove si assuma la contrarietà della disposizione censurata a obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117, primo comma, Cost. (come nel caso di specie).

³⁵ E' il caso esaminato da Corte cost. n. 32/2014.

Infatti, se si stabilisse che il possibile effetto *in malam partem* della sentenza della Corte costituzionale inibisce la verifica di conformità delle norme legislative interne rispetto alle norme comunitarie – che, come noto, sono cogenti e sovraordinate alle leggi ordinarie nell’ordinamento italiano per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. – si toglierebbe a queste ultime ogni efficacia vincolante per il legislatore italiano, come effetto del semplice susseguirsi di norme interne diverse, che diverrebbero insindacabili a seguito della previsione, da parte del medesimo legislatore italiano, di sanzioni penali³⁶.

Inoltre, non è consentito invocare la violazione dell’art. 25 della Cost. tutte quelle volte in cui gli effetti *in malam partem* derivano dalla riespansione di una fattispecie generale, la cui portata viene limitata da una norma eccezionale illegittima. La riespansione della norma generale, infatti, non viola la riserva di legge, così come osservato da Corte cost. n. 394/2006 che, pur dichiarando l’incostituzionalità di una fattispecie incriminatrice, ha ritenuto che non si sconfini nella discrezionalità legislativa laddove venga utilizzato il criterio logico formale della specialità³⁷.

Tanto premesso, il Tribunale affronta il punto della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale.

3.2. Nel merito: sussiste un obbligo di criminalizzazione rilevanti ai fini degli artt. 11 e 117 Cost.?

Il Tribunale, infatti, aderendo alle argomentazioni della difesa della parte civile, ritiene sussistente il rischio di un contrasto dell’art. 1, comma 1, lett. b) della l. 9 agosto 2024, n. 114 con l’art. 19 della Convenzione delle Nazioni Unite del 2003 contro la corruzione (cd. Convenzione di Merida) e l’art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

La Convenzione di Merida, infatti, non prende in considerazione solamente forme “tradizionali” o “classiche” di corruzione, ma anche violazioni “spia”, sintomatiche o agevolatrici della corruzione stessa.

Richiamando la *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against corruption*, il Tribunale osserva che la Convenzione richiede agli Stati parti di introdurre (anche) fattispecie incriminatrici per coprire un’ampia gamma di atti di corruzione, nella misura in cui questi non siano già definiti come tali dal diritto interno. La criminalizzazione di alcuni atti è, cioè, obbligatoria ai sensi della Convenzione, che richiede anche che gli Stati parti considerino l’istituzione di ulteriori reati.

Posta tale premessa generale, il Tribunale richiama l’art. 19 Convenzione di Merida che, nella versione italiana, recita: “*Abuso d'ufficio Ciascuno Stato Parte esamina l'adozione delle misure legislative e delle altre misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale, quando l'atto è stato commesso intenzionalmente, al fatto per un pubblico ufficiale di abusare delle proprie funzioni o della sua posizione, ossia di compiere o di astenersi dal compiere, nell'esercizio delle proprie funzioni, un atto in violazione delle leggi al fine di ottenere un indebito vantaggio per se o per un'altra persona o entità*”.

Come ricorda l’ordinanza, si è discusso (e si discute tutt’ora) se da tale art. 19 discenda un obbligo di criminalizzazione; esso, secondo parte della dottrina, non è sancito in modo esplicito, anche se non

³⁶ Viene in rilievo il problema dell’ammissibilità delle questioni *in malam partem* soprattutto quando l’esito è la reviviscenza di una norma illegittimamente abrogata, dal momento che, in questo caso, la volontà del legislatore non verrebbe sostituita dal volere della Corte. In questo senso, v. M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 29-48; ID., *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, corte costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, pp. 538-558; G. SALCUNI, *L’europeizzazione del diritto penale*, Milano, 2011.

³⁷ G. SALCUNI, *Culture penalistiche a confronto: diritto penale nazionale vs diritto penale europeo*, in *Arch. Pen. Web*, 2011, p. 4.

può escludersi che esista un vincolo convenzionale che “impedisca al nostro Paese di fare un passo indietro”³⁸.

Sul punto, il Tribunale risponde positivamente a tale quesito, così argomentando: *“nella diversa ipotesi in cui l’ordinamento interno preveda già, al momento dell’assunzione dell’obbligo internazionale, una norma interna pienamente conforme a quella internazionale, sullo Stato contraente grava un vero e proprio obbligo, sul piano internazionale, consistente nel non abrogare tale norma, atteso che la efficacia di tale norma interna risulterebbe rafforzata e vincolata dal collegamento esistente con la norma internazionale a cui lo Stato è tenuto ad adeguarsi”* (enfasi aggiunta).

Bisogna, dunque, distinguere due fattispecie: a) lo Stato parte che non abbia introdotto la fattispecie prima dell’adesione alla Convenzione di Merida, sarà tenuto a valutare concretamente e seriamente la sua introduzione in conformità al proprio diritto interno; b) lo Stato parte che invece, come l’Italia, abbia già introdotto la fattispecie prima dell’adesione alla Convenzione di Merida, sarà tenuto a non abrogare la fattispecie già vigente, vieppiù senza la contestuale adozione di alcuna misura preventiva e/o repressiva-sanzionatoria caratterizzata da concreta ed effettiva dissuasività.

Ad abundantiam, viene richiamato anche il documento della Commissione europea di cui si è già dato atto nel primo paragrafo.

3.3. La violazione dell’art. 97 Cost. e il problematico rapporto con Corte cost. n. 8/2022 e, più di recente, con Corte cost. n. 132/2024.

Il secondo punto insito nella disamina della non manifesta infondatezza della q.l.c. concerne la violazione del parametro costituzionale di cui all’art. 97 Cost.

Sul piano storico, l’art. 323 c.p. negli ultimi decenni è stato oggetto di diversi interventi legislativi: si pensi alle riformulazioni della fattispecie operate con l. 86/1990 e con l. 234/1997; alla parziale *abolitio criminis* con d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020, n. 120; all’abrogazione, da ultimo, a mezzo dell’art. 1, lett. b) della l. 9 agosto 2024, n. 114.

Proprio da questi ultimi muove il Tribunale per osservare che *“le uniche condotte finora incriminate sub art. 323 c.p. a rimanere sanzionate penalmente sono costituite dal c.d. peculato per distrazione (limitata alla distrazione di denaro o cose mobili), in forza della quasi contestuale (ma antecedente) introduzione dell’art. 314 bis c.p. (Indebita destinazione di denaro o cose mobili) ad opera del d.l. n. 92/2024, entrato in vigore prima dell’abrogazione dell’art. 323 c.p. e dalle forme di abuso d’ufficio per omissione, tuttora incriminato sub art. 328 c.p.; 2) è dunque inibita la repressione e la tutela sul piano penale -non solo nelle ipotesi di violazione di legge (ultimamente ormai limitate alle più gravi, obiettive e conclamate, in ragione della riformulazione introdotta nel 2020) intenzionalmente poste in essere dal pubblico ufficiale (o incaricato di pubblico servizio) per danneggiare o favorire taluno- ma addirittura nei casi di mancata astensione, in caso di conflitto di interessi o di situazioni di incompatibilità”*.

Tale vuoto di tutela, a giudizio del Tribunale, determina effetti di dubbia compatibilità con il dettato costituzionale, in quanto la tutela dei valori dell’imparzialità e del buon andamento sarebbe depotenziata, se non del tutto cancellata, dal recente intervento normativo.

Particolarmente interessante il passo argomentativo dell’ordinanza in cui il suddetto *vulnus* di protezione viene esaminato leggendo, in ottica sistematica, l’abrogazione dell’art. 323 c.p. e l’intervento “ortopedico” sull’art. 346-bis c.p.

In particolare, l’intervento su tale disposizione si articola su alcuni punti qualificanti, ricapitolati anche dal Tribunale di Firenze:

³⁸ G. L. GATTA, *op. ult. cit.* V. anche ID., *Abuso d’ufficio e traffico di influenze dopo la l. n. 114/2024: il quadro dei problemi di diritto intertemporale e le possibili questioni di legittimità costituzionale*, Sistema penale, 26 agosto 2024.

a) la nuova fattispecie si riferisce solo alle relazioni esistenti e, pertanto, non dà più rilievo ai fatti commessi da “faccendieri” (o trafficanti di influenze) millantatori;

b) la nuova formulazione dell’art. 346 bis c.p., precisa che l’utilizzazione delle relazioni deve avvenire “intenzionalmente allo scopo” di porre in essere le condotte che integrano la fattispecie delittuosa; evidente la portata restrittiva del nuovo dolo intenzionale;

c) con la l. 114/2024, l'utilità data o promessa al mediatore, in alternativa al denaro, deve essere economica, di talché non sarà più punibile il mediatore che fa dare o promettere a sé o ad altri un'utilità non economica (es. rapporto sessuale, o vantaggi sociali o di natura meramente politica);

d) il nuovo art. 346 bis c.p. lascia fuori dall’ambito applicativo della fattispecie il fatto commesso in rapporto all’esercizio dei soli poteri del pubblico funzionario, e non anche delle sue funzioni;

e) il legislatore ha introdotto, poi, una definizione legale di “mediazione illecita” rappresentata da quella posta in essere “per indurre il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio ... a compiere un atto contrario ai doveri d’ufficio costituente reato dal quale possa derivare un vantaggio indebito”; definizione restrittiva, a giudizio del Tribunale.

Il legislatore, dunque, ha inopinatamente eliminato *“importanti presidi penali a tutela del buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione, nella dichiarata intenzione di perseguire una più efficace e libera azione amministrativa, senza adeguatamente considerare, però, gli effetti della parziale abolitio approvata nel 2020 e delle altre riforme medio tempore entrate in vigore”*.

In particolare, nella ricostruzione del Tribunale, non si è tenuto conto dei seguenti dati, peraltro già richiamati dalla dottrina sfavorevole all’intervento abrogativo³⁹: 1) irrisorietà del numero di condanne per tale reato; 2) profonda revisione della giurisprudenza di legittimità che, soprattutto a seguito della sentenza Corte cost. n. 8/2022, si era attestata sulla irrilevanza delle violazioni di principi generali di imparzialità, buon andamento e trasparenza; 3) maggiori tutele introdotte dalla “riforma Cartabia” con riferimento, tra i vari aspetti, all’assenza di effetti pregiudizievoli discendenti dalla semplice iscrizione nel registro delle notizie di reato (nuovo art. 335-bis c.p.p.).

Inoltre, dal momento che lotta alla corruzione (*lato sensu*) si svolge in ottica integrata, sia preventiva-amministrativa che repressiva-penalistica, si rileva che *“la decisa contrazione dell’area penalmente rilevante ad opera della l. 114/24 non è stata in alcun modo “compensata” dalla introduzione di appositi illeciti amministrativi o dal potenziamento delle misure di prevenzione di condotte gravemente lesive del buon andamento e della imparzialità della pubblica amministrazione o di una disciplina delle attività di lobbying”*.

Si rischia, in definitiva, di abbandonare alla sola iniziativa privata (del terzo danneggiato, tra l’altro solo eventuale) la tutela di un bene giuridico pubblico e collettivo sottratto alla disponibilità del privato medesimo, ponendo a carico dei cittadini i costi, anche sul piano economico, connessi all’adozione di iniziative volte al ripristino della legalità, in ipotesi violata da condotte poste in essere da pubblici dipendenti, funzionari e pubblici ufficiali.

Ulteriore rischio, non espressamente richiamato dall’ordinanza, ma adombrato da autorevole dottrina, consiste nella possibilità che la giurisprudenza che interverrà nei prossimi mesi *“estend(a) oltremodo i limiti delle fattispecie di corruzione, soprattutto con riferimento al concetto di “altra utilità”*⁴⁰.

A questo punto dell’argomentazione, il Tribunale non può esimersi dal confronto con Corte cost. n. 8/2022, già precedente richiamata in punto di questioni preliminari di ammissibilità, ma che adesso deve essere debitamente considerata in punto di statuizioni di merito.

Come noto, tale fondamentale pronuncia, avente a oggetto le pertinenti disposizioni del D.L. n. 76/2020, aveva escluso che la modifica censurata fosse eccentrica e assolutamente avulsa, per materia e finalità, rispetto al decreto-legge in cui è stata inserita, composto di norme eterogenee accomunate

³⁹ Vedi paragrafo 1.

⁴⁰ A. MANNA, *Sull’abolizione dell’abuso d’ufficio e gli ulteriori interventi in tema di delitti contro la P.A.: note critiche*, in *Sistema penale*, 6 agosto 2024.

dall'obiettivo di promuovere la ripresa economica del Paese dopo il blocco delle attività produttive che ha caratterizzato la prima fase dell'emergenza pandemica.

Infatti, la disposizione si inseriva in un quadro normativo volto a "tranquillizzare" i pubblici amministratori rispetto all'altro "rischio" della responsabilità erariale, parimenti oggetto di modifiche a carattere limitativo.

Pertanto, la Corte ha concluso che la norma censurata non è "palesamente estranea alla traiettoria finalistica portante del decreto".

Si ritiene che l'esame di tale pronuncia non possa prescindere dal paragone con una recentissima sentenza della Corte costituzionale, n. 132/2024, che ha richiamato l'attenzione del legislatore sulla necessità di riformare ("a regime", e non solo transitoriamente) la disciplina della responsabilità amministrativa dei pubblici dipendenti, fornendo alcune direttrici di fondo⁴¹, sostanzialmente non dissimili da quelle che erano state preconizzate (sia pur "in sordina") dalla sentenza n. 8/2022.

Nella sentenza da ultimo citata viene tracciato un mirabile affresco dell'evoluzione della Pubblica Amministrazione nell'ultimo ventennio.

I tasselli principali della riforma dell'Amministrazione italiana sono costituiti dalla l. 8 giugno 1990, n. 142 ("Ordinamento delle autonomie locali"), dalla l. 7 agosto 1990, n. 241 ("Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi"), dal decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 ("Razionalizzazione della organizzazione delle Amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421"), nonché dalla l. 15 marzo 1997, n. 59 (Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa).

Tali fonti normative hanno segnato il passaggio da un'amministrazione che, secondo il modello dello Stato di diritto liberale, doveva dare semplicemente esecuzione alla legge, adottando un singolo e puntuale atto amministrativo, a quella che è stata definita "amministrazione di risultato", in cui la dirigenza, resa finalmente autonoma dal potere politico, è responsabile del conseguimento degli obiettivi affidati dai vertici.

Il decisore pubblico, pertanto, è sempre meno relegato all'esecuzione di ciò che è già deciso con legge, ma è orientato al risultato, e – perciò – sempre più ampiamente investito del compito di «scegliere, nell'ambito della cornice legislativa, i mezzi di azione ritenuti più appropriati, di ponderare i molteplici interessi pubblici e privati coinvolti dalla decisione amministrativa, di legare insieme in un disegno unitario differenti atti e provvedimenti, e di assicurare l'efficienza, operando in un orizzonte temporale ben preciso (il tempo, a partire dall'art. 2 della legge n. 241 del 1990, non è più una variabile indipendente dell'agire amministrativo)»⁴².

La Corte rimarca come l'ampia discrezionalità, peraltro esercitata in un ambiente in cui la complessità istituzionale, sociale e giuridica è andata progressivamente crescendo, sia una componente essenziale e caratterizzante tale tipo di amministrazione. Infatti, la necessità di scegliere, entro un termine predeterminato, sovente tra un ventaglio ampio di possibilità e in un ambito non più integralmente tracciato dalla legge, accresce inevitabilmente la possibilità di errori da parte dell'agente pubblico, ingenerando il rischio della sua inazione.

Infine, occorre scongiurare la attuale moltiplicazione delle forme di responsabilità degli amministratori per i medesimi fatti materiali, che spesso non sono coordinate tra loro⁴³.

⁴¹ Sia consentito il rinvio ad A. RIPEPI, *La Corte costituzionale, con una sentenza "storica", invita il legislatore a riconsiderare il sistema della responsabilità amministrativa dei dipendenti pubblici: verso un (auspicabile) cambio di paradigma*, in *Labor*, www.rivistalabor.it, 24 luglio 2024.

⁴² Corte cost., 16 luglio 2024, n. 132.

⁴³ Sul punto, se si vuole, A. RIPEPI, *Anticorruzione e fiducia: un binomio possibile (?)*, in *Rivista Ratio iuris*, 15 aprile 2024.

Tale pronuncia, a giudizio di chi scrive, è direttamente rilevante nel commento alla ordinanza che ha sollevato questione di legittimità costituzionale in quanto dischiude una prospettiva di fondo suscettibile di incidere, se ritenuta meritevole di essere confermata, sul giudizio della Corte.

Infatti, le suddette argomentazioni inerenti al rinnovato “paradigma fiduciario” nei confronti dei pubblici dipendenti, alla “fatica dell’amministrare” e all’esigenza di prevenire moltiplicazioni indebite delle forme di responsabilità gravanti sui *civil servant* potrebbero (il condizionale è d’obbligo) indurre il Giudice delle leggi a confermare la sostanza delle argomentazioni già alla base di Corte cost. n. 8/2022 e a ritenere insussistente qualsivoglia violazione dell’art. 97 Cost.

E’ pur vero, però, che mentre in quel caso veniva in rilievo un mero intervento “restrittivo” del perimetro dell’art. 323 c.p., qui siamo di fronte a una più radicale abrogazione della disposizione in questione, ciò che avrebbe potuto determinare un esito diverso dello scrutinio nella rappresentazione del Tribunale rimettente.

4. La sentenza della Corte costituzionale.

La Consulta, a fronte delle numerose questioni di legittimità costituzionale sollevate da Tribunali di tutta Italia e dalla Suprema Corte, si è pronunciata con sentenza del 3 luglio 2025, n. 95.

Sembra opportuno prendere le mosse dalle eccezioni di inammissibilità sollevate dall’interveniente Avvocatura generale dello Stato e dalle parti costituite, con particolare riferimento a quelle che trasversalmente riguardano tutte le ordinanze di remissione, e che si incentrano sul divieto di questioni di legittimità *in malam partem* in materia penale.

In particolare, la Corte costituzionale, richiamando quella stessa sentenza n. 37/2019 già posta a fondamento dell’impianto argomentativo delle plurime ordinanze di remissione, ricorda dapprima i casi (già esaminati) di eccezionale ammissibilità di un intervento *in malam partem* da parte della Consulta, per poi osservare che precedenti questioni inerenti sempre all’art. 323 c.p. sono state dichiarate inammissibili (segnatamente, dalle sentenze n. 447 del 1998 e n. 8 del 2022) proprio in relazione all’effetto *in malam partem* che sarebbe conseguito dal loro eventuale accoglimento. In quelle occasioni si era osservato che la questione di legittimità costituzionale mirante a estendere la portata di una norma incriminatrice che si assuma troppo restrittiva nella individuazione delle condotte punite, in vista di una pronuncia della Corte che ne estenda la portata, avrebbe dovuto essere dichiarata inammissibile in ragione, appunto, dell’assenza di base legale relativamente all’estensione delle condotte punibili e, ancora più al fondo, della mancanza di legittimazione democratica del Giudice delle leggi.

Ebbene, la Corte ritiene di dover riconfermare tali principi in relazione alle odierne questioni, le quali concernono una disposizione che addirittura abroga una precedente incriminazione, e mirano alla integrale reviviscenza di quest’ultima.

In particolare, con riferimento alla censura relativa all’art. 3 Cost. e alla presunta disparità di trattamento, la Consulta evidenzia, anzitutto, che il legislatore gode di discrezionalità nell’individuazione delle condotte punibili. Inoltre, la costante giurisprudenza costituzionale⁴⁴ ha sempre escluso che una pronuncia della Corte possa intervenire a modificare il confine dei fatti penalmente rilevanti tracciato dal legislatore, con un effetto estensivo della responsabilità penale dei destinatari delle norme penali, soltanto per porre riparo a eventuali disparità di trattamento tra condotte sanzionate aventi, in ipotesi, analogo o minore disvalore.

Né si potrebbe richiamare utilmente la giurisprudenza costituzionale in tema di norme penali di favore, atteso che queste ultime presuppongono la contemporanea vigenza della norma generale e di quella derogatoria, mentre in questo caso il raffronto dovrebbe operarsi fra una norma incriminatrice vigente (e in particolare l’art. 353 c.p., che punisce le turbative della gara in un pubblico incanto o in una licitazione privata) e la disposizione che ha abrogato l’art. 323 c.p., nel cui ambito applicativo la

⁴⁴ Da ultimo, Corte cost. n. 46/2024 e Corte cost. n. 84/2024.

giurisprudenza aveva ricondotto condotte parzialmente sovrapponibili a quelle che integrano le turbative d'asta.

Per quanto concerne l'allegata violazione dell'art. 97 Cost., la Corte afferma che esigenze costituzionali di tutela sottese a tale disposizione non richiedono necessariamente l'attivazione della tutela penale, ben potendo essere soddisfatte attraverso una pluralità di strumenti alternativi preventivi e sanzionatori diversi dal diritto penale. Inoltre, laddove non sussistano puntuali obblighi di incriminazione discendenti dalla Costituzione o da altre fonti vincolanti per il legislatore, non può che spettare a quest'ultimo la decisione circa l'an dell'eventuale tutela penale da assicurare agli interessi che la stessa Costituzione impone in via generale di proteggere, senza però specificare con quali strumenti tale protezione debba essere assicurata.

Con riferimento alla prospettata violazione dell'art. 11 Cost. per inadempimento di obblighi assunti in sede sovranazionale, la Corte condivisibilmente osserva che nessuna delle ordinanze di remissione ha chiarito per quale ragione la violazione di obblighi di diritto internazionale pattizio darebbe luogo a una violazione – oltre che dell'art. 117, primo comma, Cost. – proprio dell'art. 11 Cost., che granitica giurisprudenza costituzionale considera coinvolto allorché vengano in considerazione obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea, rispetto ai quali operano le «limitazioni di sovranità» ivi menzionate.

Le censure relative alla violazione dell'art. 117 Cost., invece, vengono dichiarate ammissibili per tutte le ragioni ampiamente esaminate in sede di commento alla principale ordinanza di remissione, ma sono comunque giudicate infondate dalla Corte.

Infatti, nessun elemento evincibile dal testo o dalla *ratio* dell'art. 19 della Convenzione autorizza a concludere che lo Stato sarebbe obbligato a introdurre (o a mantenere) nel proprio ordinamento l'incriminazione delle condotte di abuso di ufficio; l'inequivoco testo della disposizione enuncia un mero obbligo di “considerare” tale introduzione e, dunque, di valutare attentamente costi e benefici di tale opzione, avuto riguardo anche ai rischi di “burocrazia difensiva” sui quali ci si è ampiamente soffermati in precedenza.

Anche dai lavori preparatori risulta che la Convenzione ha scelto di affidare la valutazione comparativa dei benefici attesi e delle conseguenze negative dell'incriminazione delle condotte di abuso d'ufficio alla prudente discrezionalità del legislatore di ogni Stato.

Né a conclusioni diverse potrebbe giungersi valorizzando il combinato disposto dell'art. 19 della Convenzione con diverse disposizioni, pure richiamate dalle varie ordinanze di remissione, che si vengono a evidenziare partitamente.

L'art. 7, par. 1, obbliga gli Stati a adoperarsi («*endeavour*») per adottare, mantenere e rafforzare sistemi di assunzione e gestione delle risorse umane nel pubblico impiego. Nel suo complesso, esso si occupa delle misure volte a *prevenire* la corruzione tramite l'applicazione di principi di efficienza, competenza e trasparenza nel settore pubblico, mentre gli obblighi *repressivi* di natura penale sono disciplinati dal successivo Capitolo III (in cui è invece collocato il già esaminato art. 19). Inoltre, l'art. 7, par. 4 non impone alcuna specifica misura allo Stato contraente, lasciando allo stesso ampia discrezionalità rispetto all'obiettivo di introdurre, mantenere e rinforzare i sistemi di prevenzione della corruzione. In tale contesto, appare arduo ipotizzare che dagli obblighi di natura puramente preventiva di cui all'art. 7, par. 4, possa derivarsi in via interpretativa il divieto di abrogare una disposizione incriminatrice.

Le altre disposizioni richiamate dalle varie ordinanze di remissione (artt. 1, 5, 65 della Convenzione) presentano carattere puramente programmatico o, comunque, non impongono nuovi e diversi obblighi agli Stati contraenti.

La Corte conclude, dunque, nel senso che, citando il comunicato stampa dalla stessa diramato, “*se gli indubbi vuoti di tutela penale che derivano dall'abolizione del reato (...) possano ritenersi o meno compensati dai benefici che il legislatore si è ripromesso di ottenere, secondo quanto puntualmente illustrato nei lavori preparatori della riforma, è questione che investe esclusivamente la responsabilità*

politica del legislatore, non giustiziabile innanzi a questa Corte al metro dei parametri costituzionali e internazionali esaminati”.

5. Alcune provvisorie conclusioni.

Volendo tentare di trarre alcune conclusioni “a prima lettura” e a pochissimi giorni dalla pubblicazione delle motivazioni della pronuncia, si può rilevare come la Corte costituzionale abbia condivisibilmente pronunciato su un piano squisitamente tecnico, a fronte di un contenzioso che, come evidenziato in sede introduttiva, ha assunto indubbi connotati di politicità in senso lato.

Sul versante degli obblighi sovranazionali, la Consulta, conformemente alle indicazioni di autorevole dottrina già richiamate, ha rimarcato che né il tenore letterale delle disposizioni della Convenzione di Mérida evocate dai rimettenti, né la loro *ratio* e collocazione sistematica, né i lavori preparatori supportano in alcun modo la tesi secondo cui dalla Convenzione stessa deriverebbe un obbligo di introdurre il reato di abuso di ufficio o un divieto di abrogare la disposizione incriminatrice eventualmente già prevista nell’ordinamento interno.

Sul piano della violazione degli artt. 3 e 97 Cost., censura che - più delle altre - si sarebbe potuta prestare a letture ideologiche e non neutrali dell’intensità del sindacato del giudice penale sull’attività amministrativa, la Consulta, dimostrando assoluto equilibrio, ha osservato che il legislatore mantiene piena discrezionalità (sindacabile solo in ipotesi di manifesto arbitrio) circa la selezione dei fatti penalmente rilevanti e che l’art. 97 Cost. non impone la tutela penale (che dovrebbe costituire l’*extrema ratio*, in applicazione del principio di sussidiarietà) delle violazioni dei principi di imparzialità e buon andamento, residuando la discrezionalità del legislatore anche in tale direzione.

L’abolizione dell’abuso d’ufficio, dunque, non è incostituzionale, ferma restando la responsabilità politica del legislatore per le decisioni adottate, che rischiano di privare la tutela penale dei beni giuridici correlati alla pubblica amministrazione e all’attività amministrativa di un significativo avamposto.