

Abrogazione dell'abuso di ufficio e introduzione dell'art. 314-bis cod. pen.: parziale *abolitio criminis* ed effetti successori che non interessano il peculato.

di **Mario Morra**

Sommario. **1.** Cenni sull'ultima formulazione del reato di abuso di ufficio e sulla sua abolizione. - **2.** I rapporti tra abuso di ufficio ed omissione o rifiuto di atti di ufficio; *abolitio criminis* o successione di leggi penali nel tempo. - **3.** La nuova fattispecie incriminatrice di cui all'art. 314-bis cod. pen. ed il suo rapporto con il reato di peculato. - **4.** Il recupero, da parte dell'art. 314-bis cod. pen., di parte delle condotte di abuso di ufficio.

1. Cenni sull'ultima formulazione del reato di abuso di ufficio e sulla sua abolizione.

Poche fattispecie penali hanno avuto una storia più travagliata dell'abuso di ufficio¹.

Rispetto alla formulazione originaria del codice del 1930, si sono succedute ben 4 riforme: nel 1990, 1997, 2020 ed infine 2024; tutte caratterizzate dalla dichiarata volontà di ridefinire in termini più puntuali la condotta illecita e restringerne l'area di rilevanza penale, anche se con esiti talvolta contrari, basti pensare alla trasformazione, ad opera della L. 26 aprile 1990, n. 86, della "clausola di sussidiarietà" originariamente prevista dalla disposizione di cui

¹ La letteratura in materia è particolarmente ampia; solo per ricordare alcuni dei contributi monografici più recenti: MATTEVI, *L'abuso di ufficio una questione aperta. Evoluzione e prospettive di una fattispecie discussa*, Napoli, 2022; B. ROMANO, *Il "nuovo" abuso di ufficio*, Pisa, 2021; D'AVIRRO, *Abuso di ufficio*, IV ed., Milano 2021; RUGGIERO (a cura di) *La riforma dell'abuso di ufficio, atti del convegno di Biella, 16 aprile 2021*, Pisa, 2021; PERONGINI, *L'abuso di ufficio, contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, Torino, 2020; MERLO, *L'abuso di ufficio tra legge e giudice*, Torino, 2019. Sul tema dei reati contro la P.A. in generale: CATENACCI, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2022; FIORE-AMARELLI, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2021; B. ROMANO-MARANDOLA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2020; PELISSERO (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Milano 2015; BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, vol. I, II ed., Padova, 2013; VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova 2008; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2002; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte speciale*, vol. I, *I delitti contro la Pubblica amministrazione*, Milano, 2000; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, vol. I, II ed. agg., Bologna, 1997.

all'art. 323 cod. pen. («se il fatto non è previsto come reato da una particolare disposizione di legge»), in "clausola di consunzione" («se il fatto non costituisce più grave reato»), che ha avuto come effetto quello di far rientrare nell'abuso di ufficio condotte in precedenza sussumibili nel meno grave reato di rifiuto o omissione di atti di ufficio².

Nella sua "ultima" formulazione, prima dell'abrogazione ad opera della L. 9 agosto 2024, n. 114, l'art. 323 cod. pen. sanzionava, salvo che il fatto costituisse un più grave reato, «il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in 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, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto».

La fattispecie era stata così ridisegnata dal d.l. 16 luglio 2020 n. 76, che aveva fortemente ridimensionato la portata applicativa dell'abuso d'ufficio attraverso una duplice delimitazione della condotta illecita (*rectius* di una delle due condotte previste, ovvero quella non caratterizzata dalla violazione di un obbligo di astensione): la prima, riguardante il rango della fonte della disciplina violata dal p.u., necessariamente consistente in una legge o in un atto ad essa equiparato (e non più anche regolamenti, come previsto in precedenza); la seconda relativa al particolare contenuto di tale disposizione, consistente solo in una "specifica regola di condotta", "espressamente prevista" dalla norma primaria, dalla quale "non residuino margini di discrezionalità" (e non più, dunque, qualsiasi legge o regolamento genericamente intesi).

L'intento, comune a quello delle precedenti modifiche in materia, era evidentemente quello arginare il rischio di "sconfinamenti" dell'azione giudiziaria e del sindacato penale su scelte politiche o comunque discrezionali della Pubblica amministrazione.

Al di là del venir meno della possibilità di muovere un addebito penale nel caso di violazione di una disciplina contenuta in regolamenti (che invero costituiscono innegabilmente la fonte preponderante di regole specifiche di condotta dell'azione amministrativa), il punto focale dell'intervento normativo era quello di impedire il ricorso ai principi generali ed astratti che sovrintendono l'azione amministrativa (tra cui naturalmente quelli del buon andamento e di imparzialità, previsti dall'art. 97 Cost.) per poter qualificare come penalmente illecita la condotta del soggetto con qualifica pubblicistica.

La giurisprudenza assolutamente prevalente della Corte di legittimità non aveva mancato di rilevare l'effetto di *abolitio criminis* determinatosi in relazione alle violazioni di norme di principio, dalle quali non fossero propriamente ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse e che si traducevano nella sola

² PAGLIARO, *op. cit.*, 237.

inosservanza dei doveri imparzialità e buon andamento che governano l'azione amministrativa³. E l'obiettivo di ridurre al minimo il campo di applicazione della prima parte del reato di abuso di ufficio doveva ritenersi senz'altro raggiunto, se la "specificità" della regola di condotta violata dal pubblico ufficiale veniva intesa, non solo sul piano del contenuto dell'obbligo, ma anche come necessitante l'individuazione una disciplina ad hoc in relazione ad un determinato settore di attività. Così, ad esempio, si era ritenuta non sufficientemente "specifica" la regola dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi, prevista dall'art. 3 della L. 7 agosto 1990, n. 241⁴ «in mancanza di una ulteriore norma primaria a contenuto precettivo specifico, che detti i criteri di condotta dell'attività amministrativa sui quali il predetto obbligo motivazionale debba innestarsi»⁵.

La difficoltà di individuare, in norme di rango primario, la descrizione puntuale di una condotta vincolata del pubblico agente aveva indotto alcuni commentatori a ritenere il reato di abuso di ufficio, una fattispecie ormai "morente"⁶, sebbene, in relazione alla seconda parte dell'art. 323 cod. pen., ovvero nel caso di violazione di un obbligo di astensione derivante dalla presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto da parte del pubblico ufficiale (sempre caratterizzata dal dolo intenzionale di vantaggio patrimoniale o danno), la novella del d.l. n. 76/2020 non avesse apportato alcuna modifica⁷.

Dopo una riflessione protrattasi per diversi mesi, con l'audizione dinanzi alle competenti Commissioni giustizia di una serie di personalità del mondo accademico e dei vertici di alcuni uffici giudiziari, il Parlamento ha deciso di abrogare l'art. 323 c.p.

Esula dall'oggetto del presente contributo esprimere una valutazione approfondita in ordine alla condivisibilità o meno di tale scelta, tema sul quale

³ Cass., Sez. VI, 11 luglio 2023, n. 38125; Cass., Sez. VI, 10 giugno 2022, n. 28402; Cass., Sez. VI, 17 febbraio 2022, n. 13136. In senso contrario però, Cass., Sez. I, 6 dicembre 2021, n. 2080.

⁴ «Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2».

⁵ Cass., Sez. VI, 12 marzo 2024, n. 21066. Il caso riguardava la nomina, da parte di una Giunta regionale, dei componenti del nucleo di valutazione e verifica degli investimenti pubblici, effettuata attraverso una delibera del tutto priva di motivazione.

⁶ M.G. RUTIGLIANO, *La Cassazione alle prese con il "nuovo" abuso d'ufficio e con la questione dell'abolitio criminis parziale*, in *Arch. Pen.*, 2021, 2, 11.

⁷ Sul punto, cfr. Cass., Sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 7007, tanto in più in considerazione dell'orientamento del tutto pacifico della Corte di legittimità secondo cui la fonte dell'obbligo di astensione, in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, era costituito dallo stesso art. 323 c.p.; cfr. tra le tante, Cass., Sez. VI, 19 ottobre 2004, n. 7992; Cass., Sez. VI, 15 marzo 2013, n. 14457.

si sono succeduti numerosi ed autorevoli interventi nell'ultimo anno⁸. Appare invece opportuno svolgere alcune considerazioni in ordine alla reale portata dell'intervento normativo, al fine di stabilire se ed in quale misura sia possibile ravvisare un fenomeno di *abrogatio sine abolitione* in relazione alle condotte ricadenti nell'alveo della fattispecie abrogata, in conseguenza della riespansione di preesistenti fattispecie penali e ciò in relazione soprattutto: al reato di "Rifiuto di atti di ufficio, Omissione" di cui all'art. 328 cod. pen. ed al reato, introdotto quasi contestualmente all'abrogazione dell'abuso di ufficio, di "Indebita destinazione di denaro o cose mobili", di cui all'art. 314 bis cod. pen., introdotto dal d.l. n. 4 luglio 2024, n. 92, conv. in L. n. 112 dell'8 agosto 2024.

2. I rapporti tra abuso di ufficio ed omissione o rifiuto di atti di ufficio; abolitio criminis o successione di leggi penali nel tempo.

In precedenza, si è accennato al fatto che, diversamente da quanto originariamente previsto dal codice del 1930, a partire dall'entrata in vigore della legge n. 86/1990, l'art. 323 cod. pen. non potesse più considerarsi propriamente una "norma di chiusura" del sistema, nel senso che la fattispecie da esso prevista non era più configurabile in termini di assoluta residualità come avveniva in passato, ma "soccombeva" solo dinanzi a fattispecie sanzionate più gravemente,

⁸ Cfr. MERLO, *La felicità di Sisifo: a proposito dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2024, 9, 1113; MATTEVI, *L'abuso d'ufficio: considerazioni a margine della sua abrogazione*, in www.lalegislazionepenale.eu, 16.7.2024; PARODI GIUSINO, *La proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio: discutibili ragioni e dannose conseguenze*, *ivi*, 10.5.2024; B. ROMANO, *La prospettata abrogazione dell'abuso d'ufficio: più pro che contro*, *ivi*, 12.12.2023; BRUNELLI, *Eliminare l'abuso d'ufficio: l'uovo di Colombo o un ennesimo passaggio a vuoto?*, in *Arch. pen.*, 2023, 3, 1 e ss.; GATTA, *Abuso d'ufficio e traffico di influenze dopo la l. 114/2024: il quadro dei problemi di diritto intertemporale e le possibili questioni di legittimità costituzionale*, in *Sist. Pen.*, 2024, 7-8, 187 e ss; *Id.*, *La legge Nordio e il "soffocamento applicativo" del traffico di influenze illecite. Tra parziale abolitio criminis e profili di illegittimità costituzionale per violazione di obblighi internazionali*, *ivi*, 145 e ss; *Id.*, *Morte dell'abuso d'ufficio, recupero in zona Cesarini del 'peculato per distrazione (art. 314-bis c.p) e obblighi (non pienamente soddisfatti) di attuazione della Direttiva UE 2017/1371*, *ivi*, 135 e ss; GAMBARDELLA, *Considerazioni sulle "ultime" proposte legislative di modifica dei reati di abuso d'ufficio e traffico di influenze illecite*, in www.giurisprudenzapenale.com, 2023, 5.

Per completezza va segnalato che alcuni Tribunali hanno sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione alla norma con la quale è stato abrogato il reato di abuso di ufficio, per la ritenuta violazione di un obbligo di incriminazione gravante sul legislatore interno, derivante dalla ratifica della Convenzione dell'ONU contro la corruzione del 2003 (Convenzione di Merida), mentre altri uffici giudiziari hanno rigettato la medesima questione, disconoscendo tale obbligo. Si vedano sul punto le ordinanze emesse dal Tribunale di Firenze del 24.9.2024 (in www.sistemapenale.it, 2024, 9, con commento di GATTA) e, per contro, quella del Tribunale di Reggio Emilia del 7.10.2024, in www.archiviopenale.it, sezione *giurisprudenza di merito*.

tra le quali non figurava il reato di rifiuto o omissione di atti di ufficio, previsto dall'art. 328 cod. pen. e sanzionato con una pena inferiore.

Rispetto a tale ultimo reato, la "clausola di riserva" (o più correttamente di "consunzione")⁹ prevista dall'art. 323 cod. pen. non dispiegava alcun effetto, sebbene sia in giurisprudenza che in dottrina fosse piuttosto pacifico che, nel caso di condotta abusiva del pubblico ufficiale sostanziata in un comportamento omissivo (protrattosi nei termini previsti dall'art. 328, co. 2 cod. pen. oppure in un rifiuto di un atto dell'ufficio da compiere senza ritardo per ragioni di giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico o igiene e sanità), le due figure di reato non concorressero tra loro ma il reato di cui all'art. 328 cod. pen., restasse "assorbito" nel più grave reato di abuso di ufficio (ricorrendone ovviamente tutti gli ulteriori presupposti)¹⁰.

Con l'abrogazione del reato di abuso di ufficio, quelle condotte potenzialmente integrative del reato di cui all'art. 323 cod. pen., ma al contempo suscettibili di configurare anche un rifiuto di atti di ufficio o un'omissione, dovrebbero tornare ad integrare, analogamente a quanto avveniva prima del 1990, il reato di cui all'art. 328 cod. pen., sebbene siano stati avanzati dubbi in ordine al fatto che tale effetto possa riguardare anche le condotte poste in essere durante la vigenza del reato di abuso di ufficio.

La questione involge il delicato tema della distinzione tra *abolitio criminis* e successione di leggi penali nel tempo nel caso di abrogazione di una figura di reato e contestuale introduzione di una nuova fattispecie o, come nel caso in esame, di riespansione di una disposizione preesistente, suscettibili di riferirsi alle medesime condotte illecite (o ad una parte di esse) integrative del precetto abrogato. Le implicazioni, come intuibile, sono di estrema rilevanza, non solo in punto di accertamento della persistente rilevanza penale di condotte ancora *sub iudice* (per le quali vi sarebbe solo applicazione del trattamento sanzionatorio più favorevole e non una pronuncia di proscioglimento), ma anche di intangibilità o meno del giudicato per i fatti già accertati con sentenza di condanna irrevocabile.

Tale argomento, su cui da decenni la dottrina ha formulato ricostruzioni molteplici e diversificate, con precisazioni e adattamenti delle teorie principali proposte, può essere affrontato in questa sede solo in termini estremamente sintetici e schematici, dando atto dei tre principali filoni interpretativi.

Secondo un primo orientamento, elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesche negli ultimi decenni del secolo scorso, poi diffusosi anche in Italia, per poter ravvisare un'ipotesi di successione tra leggi penali occorrerebbe poter riscontrare, tra la vecchia e la nuova disciplina (intendendo per quest'ultima anche l'eventuale "riespansione" di una disciplina previgente), una "continuità

⁹ Sul punto cfr. B. ROMANO, *La prospettata abrogazione cit*, 3 e s.

¹⁰ In giurisprudenza, Cass., Sez. VI, 24 febbraio 2003, n. 18360; Cass, Sez. VI, 22 gennaio 2010, n. 10009; Cass., Sez. VI, 9 novembre 2010, n. 41697.

del tipo di illecito”; ovvero un’omogeneità sia del tipo di interesse giuridico tutelato dalle due fattispecie penali sia delle modalità di aggressione di tale interesse¹¹.

La principale critica che è stata mossa a tale teoria è il suo ancoraggio a criteri “di valore”, di tipo prettamente sostanzialistico (quali il bene giuridico e le modalità di aggressione allo stesso), suscettibili di interpretazioni diverse ed in grado di condurre a risultati indefiniti e incerti¹².

Proprio la necessità di adottare una teoria in grado di garantire esiti maggiormente affidabili e uniformi, non influenzati da interpretazioni su concetti che non hanno un preciso aggancio normativo, ha spinto una parte della dottrina a far maggior riferimento al fatto concreto commesso (c.d. “criterio del fatto concreto”), ravvisando una successione di leggi penali allorché questo, già sanzionato penalmente sulla base della legislazione precedente, continui ad essere penalmente rilevante anche sulla base della disciplina successiva¹³.

Anche questo criterio, sebbene inizialmente seguito da alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità, è stato criticato dalla dottrina maggioritaria, in quanto la sua adozione potrebbe condurre, in alcuni casi, alla violazione del fondamentale principio di irretroattività della norma penale (art. 25, co. 2 Cost.): la persistente punibilità di un determinato fatto concreto, infatti, potrebbe

¹¹ Questo il criterio seguito ad esempio dalle Cass., Sez. Un., 20 giugno 1990, n. 10893, Monaco, a proposito della continuità normativa tra le precedenti disposizioni di abuso di ufficio ed interesse privato in atti di ufficio da un lato ed il “nuovo” abuso di ufficio, come introdotto dalla legge n. 86/1990. Nella dottrina italiana, sebbene con alcune distinzioni, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, III ed., Milano, 61 ss.; FIORE, *Diritto penale, parte generale*, I, Torino, 1993, 85; CERQUA, *L’abolizione del principio di ultrattività delle disposizioni penali finanziarie e l’eredità dei vecchi reati tributari*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, 810 ss.

¹² Così PADOVANI, *Diritto penale*, VII ed., Milano, 2006, 40; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, IV ed. agg., Bologna, 2004, 79; nonché nuovamente FIANDACA, *nota a Cass., Sez. Un., 20 giugno 1990*, in *Foro it.* 1990, 11, 637;

¹³ RAMPIONI, *L’abuso d’ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione* a cura di Coppi, Torino, 1993, 123 e ss.; GALLO, *Appunti di diritto penale. La legge penale*, I, Torino, 1999, 111; PAGLIARO, *Diritto penale, parte generale*, VII ed., Milano, 2000, 116; ID, *La legge penale tra retroattività ed irretroattività*, in *Giust pen.*, 1991, II, 1 e ss. Quest’ultimo autore, in particolare, sottolinea, in ogni caso, che il fatto concreto non deve essere valutato asetticamente come l’insieme delle sue componenti materiali ma che occorre valutarlo come condotta nella quale si fonda la ragione della sua illiceità («nella parte in cui è portatore delle ragioni della illiceità penale»). Per una prospettiva non del tutto dissimile anche B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano, 1996, 88, il quale fa riferimento alla necessità di non limitarsi ad un raffronto tra le fattispecie astratte ma di procedere ad un giudizio di valore, partendo dal caso concreto e verificando che tra le due normative vi sia un nucleo comune che assicuri «il persistere della punibilità».

essere determinata anche da elementi fortuiti e contingenti, casualmente presenti al momento della condotta, seppur all'epoca non giuridicamente rilevanti (diversamente da quanto disposto in seguito), con la conseguenza che la nuova norma penale verrebbe in sostanza applicata retroattivamente a quei fatti¹⁴.

L'opinione prevalente in dottrina (negli ultimi anni fatta propria anche dalle Sezioni unite della Cassazione) ritiene pertanto indispensabile far riferimento al "rapporto strutturale tra le fattispecie"; ovvero alla possibilità di individuare tra le due normative astratte un rapporto di specialità. Vi sarebbe successione di leggi penali solo nel caso in cui la nuova fattispecie di reato sia integralmente ricompresa nella previsione precedente o viceversa (eventualità, quest'ultima, accolta, se non da tutti, dalla maggior parte dei sostenitori di tale criterio)¹⁵.

Proprio l'assenza di specialità tra il reato di abuso di ufficio e quello di rifiuto o omissione di atti di ufficio (ciascuno dei quali presenta elementi specifici ulteriori rispetto all'altra fattispecie) impedirebbe di configurare un'ipotesi di successione di leggi penali tra l'abrogato reato di cui all'art. 323 cod. pen. e quello di cui all'art. 328 cod. pen. in relazione a quelle condotte omissive (o di rifiuto) caratterizzate dalla violazione di specifiche norme primarie e sorrette dal dolo intenzionale di creare un vantaggio o svantaggio¹⁶.

Senonché, come già accaduto in occasione di altre modifiche normative, anche nel caso in esame, può cogliersi l'inadeguatezza dei risultati cui condurrebbe l'applicazione del criterio del "rapporto strutturale tra fattispecie" se interpretato in modo eccessivamente restrittivo, nel senso cioè di richiedere necessariamente un rigoroso rapporto di specialità (o piena continenza) tra la vecchia e la nuova normativa, tanto più in relazione all'abrogazione di una fattispecie di reato e conseguente "riesplorazione" di una fattispecie preesistente.

Si pensi a due identiche condotte di omissione di atti di ufficio poste in essere nello stesso contesto temporale (antecedentemente all'abrogazione del reato di abuso di ufficio) ma l'una determinata solo dalla noncuranza del pubblico ufficiale (pur sempre, ovviamente, con il dolo di non compiere l'atto dovuto), l'altra dalla intenzionale volontà di cagionare un pregiudizio ad un terzo (o

¹⁴ In questo senso, tra gli altri, PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 1359; FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 80 e s.; NAPPI, *Guida al codice penale, parte generale*, Milano, 2003, 106; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, X ed., Padova, 2017, 86.

¹⁵ In questo senso PADOVANI, *Tipicità e successione*, cit., 1365 ss; ID, *Diritto penale*, VIII ed., Milano, 2006, 40 e s.; FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 79; PULITANÒ, *Legalità discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 4, 1272 ss; DOLCINI – MARINUCCI, *Corso di diritto penale*, I, III ed., Milano, 2001, 280; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Torino, 2016, 171 ss. In giurisprudenza, Cass., Sez. U., 26 febbraio 2009, n. 24468, Rizzoli; Cass., Sez. U., 29 febbraio 2024, n. 19357, Mazzarella.

¹⁶ GATTA, *Abuso d'ufficio e traffico di influenze dopo la l. 114/2024*, cit., 189.

procurare a sé o ad altri un vantaggio patrimoniale). Nel primo caso, all'evidenza connotato da un disvalore minore, il soggetto con qualifica pubblicistica continuerebbe ad essere sanzionato ai sensi dell'art. 328 cod. pen., mentre, nel secondo caso, la condotta dovrebbe ritenersi non più prevista dalla legge come reato a seguito dell'abrogazione del reato di abuso di ufficio e ciò sebbene, al momento della sua consumazione, la stessa potesse pacificamente rientrare anche nella fattispecie dell'omissione di atti di ufficio, che restava semplicemente "assorbita" in quella più grave prevista dall'art. 323 cod. pen.¹⁷. Non attribuire più rilievo penale a tali condotte si porrebbe in frizione con i principi costituzionali di uguaglianza e ragionevolezza (art. 3 Cost.) e di obbligatorietà dell'azione penale (112 Cost.), senza che tale conclusione possa ritenersi imposta dal rispetto del principio di irretroattività della norma penale (art. 25 co. II Cost.).

Ben può cogliersi, infatti, che la preoccupazione principale sottesa alla formulazione del criterio del "rapporto strutturali tra fattispecie astratte", ovvero il pericolo di applicazione retroattiva di una fattispecie penale, non si pone minimamente nel caso esaminato (e, in generale, quando vi è riespansione di una norma penale preesistente), in quanto la fattispecie di omissione di atti di ufficio era già pienamente vigente al momento della condotta concreta e qualificava la stessa come penalmente illecita, non trovando applicazione pratica solo "soccumbente" rispetto ad un'altra sanzionata più gravemente.

L'assenza di un rapporto di specialità tra le due figure criminose astratte non può avere in realtà alcuna incidenza sul fatto che l'ordinamento giuridico abbia sempre attribuito e continui ad attribuire rilevanza penale a quella specifica condotta, la quale non può pertanto non continuare ad essere sanzionata penalmente.

Tra gli stessi sostenitori del criterio "del rapporto strutturale tra le fattispecie", del resto, proprio al fine di ovviare ad un'applicazione troppo limitativa del fenomeno successorio tra norme penali, vi è chi lo interpreta in modo decisamente più esteso, ricomprendendo in esso anche le ipotesi di c.d. "specialità reciproca", che sussisterebbe allorquando, tra due fattispecie, ciascuna presenti al contempo elementi specifici e generici rispetto all'altra¹⁸. Potrebbe ravvisarsi un'ipotesi di "specialità reciproca" e non di mera interferenza tra l'abrogato reato di abuso di ufficio (caratterizzato dagli elementi specializzanti dell'intenzionalità del dolo e del carattere specifico, espresso e vincolato della regola di condotta violata dal pubblico agente ma al contempo integrabile sia da una condotta omissiva che commissiva) ed il reato di cui all'art.

¹⁷ Era pacifico, infatti, in dottrina e in giurisprudenza che non potesse esservi un concorso formale di entrambi i reati.

¹⁸ MANTOVANI, *op. cit.*, 87 e successivamente p. 464. Nelle stesse sentenze in precedenza richiamate delle Sezioni Unite, del resto, viene ammessa la possibilità di riespansione di altre figure di reato non in rapporto di specialità con quelle abrogate.

328 c.p. (carente di quei requisiti indicati ma realizzabile ovviamente solo attraverso una condotta omissiva) ma non vi sarebbero neanche particolari ostacoli nel rivalutare il diverso criterio del "caso concreto", nelle diverse declinazioni e adattamenti forniti dalla dottrina più attenta, quanto meno limitatamente ai casi di abrogazione di una fattispecie penale e riespansione di una fattispecie previgente, prima non contestabile perché assorbita nella figura di reato poi abrogata.

3. La nuova fattispecie incriminatrice di cui all'art. 314-bis cod. pen. ed il suo rapporto con il reato di peculato.

Un altro aspetto che merita di essere affrontato si ricollega all'introduzione, ad opera del d.l. n. 92/2024 (di poco antecedente alla disciplina abrogativa dell'abuso di ufficio), del reato di "Indebita destinazione di denaro o cose mobili".

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

Le questioni interpretative che più immediatamente si pongono sul tema dei rapporti tra tale nuova figura di reato e gli ulteriori delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica amministrazione sono essenzialmente due: l'ambito applicativo della nuova fattispecie rispetto al delitto di peculato previsto dall'art. 314 cod. pen.; la riferibilità della nuova figura di reato anche a condotte originariamente riconducibili al reato di abuso di ufficio, con conseguente configurazione di un'ulteriore ipotesi di successione di leggi penali.

Iniziando dal primo tema, è noto che nella versione originaria del codice del 1930, l'art. 314 cod. pen. (come pure il precedente art. 168 del codice Zanardelli) facesse espresso riferimento sia alla condotta di appropriazione che a quella di distrazione, come suscettibili di integrare il reato di peculato.

Il riferimento alle condotte distrattive è venuto meno con l'approvazione della legge n. 86/1990, il cui intento, come dimostrato dal dibattito politico e parlamentare che aveva preceduto tale intervento normativo, era quello di arginare alcune interpretazioni eccessivamente rigoristiche della giurisprudenza, tese a ritenere integrato il reato in presenza di qualsivoglia impiego di denaro o cose mobili (nel possesso o nella disponibilità del pubblico agente) per scopi diversi da quelli a cui i beni erano destinati, arrivando a ricomprendere anche destinazioni dei beni per finalità estranee allo specifico settore in cui operava il pubblico ufficiale, anche se pur sempre riconducibili a pubblica utilità.

Anziché riformulare e precisare i limiti di rilevanza penale della condotta distrattiva, il legislatore del 1990 ha preferito eliminare totalmente il riferimento ad essa, senza tener conto tuttavia, come efficacemente posto in evidenza da autorevole dottrina¹⁹, di due circostanze fondamentali: anzitutto che l'art. 314 c.p. era l'unica disposizione normativa, tra quelle rimaste in vigore, che distingueva la condotta di distrazione da quella di appropriazione; concetto quest'ultimo che, in relazione alla corrispondente fattispecie comune di "appropriazione indebita" di cui all'art. 646 cod. pen., pacificamente veniva inteso dalla dottrina e dalla giurisprudenza come di carattere generale, in grado di ricomprendere anche le condotte "distrattive"²⁰, di talché, eliminando il riferimento alla distrazione nel peculato, sarebbe stato gioco forza estendere, anche a tale reato, quella che era l'interpretazione corrente e ampia del concetto di appropriazione. Il secondo elemento trascurato dal legislatore era che l'ampliamento della nozione di appropriazione (tale da ricomprendere anche condotte distrattive) sarebbe stato ulteriormente rafforzato dalla contestuale introduzione della fattispecie di peculato d'uso (art. 314 co. II c.p.), norma speciale rispetto alla previsione di cui al I comma dell'art. 314 cod. pen. (e dunque riproduttiva di tutti gli elementi costitutivi della disposizione generale, con l'aggiunta dell'elemento specializzante del carattere transitorio dell'uso del bene), riferibile proprio a condotte non appropriative, ma caratterizzate da una destinazione impropria del bene nel possesso o disponibilità del pubblico agente, con ulteriori problemi di interferenza, tra l'altro, con il reato di abuso di ufficio.

Negli anni successivi all'approvazione della L. n. 86/1990, dottrina e giurisprudenza si sono dovuti dunque fare carico di ridefinire i rapporti tra i reati di peculato, peculato d'uso e dello stesso reato di abuso di ufficio in rapporto alle condotte "distrattive".

Limitando l'analisi alla sola giurisprudenza di legittimità, l'assetto interpretativo ormai consolidatosi era quello di ritenere che: il reato di peculato potesse essere pacificamente configurato anche da condotte distrattive, allorché il pubblico agente compisse un atto di disposizione "uti dominus" (tradendo così una vera "appropriazione" della res), ovvero finalizzato al perseguimento esclusivo di un interesse privatistico e del tutto privo di finalità pubbliche, comportante altresì un'effettiva sottrazione del bene alla sua destinazione collettiva²¹; mentre dovesse ritenersi integrato il meno grave reato di abuso di ufficio nel caso di mero utilizzo indebito del bene che non si fosse tradotto in

¹⁹ PAGLIARO, *op. cit.*, 40

²⁰ PETROCELLI, *L'appropriazione indebita*, Napoli, 1933, 389 e s.; ANGELOTTI, *Le appropriazioni indebite*, Milano, 1933, 46 e 352 e ss; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. IX p. 1, 738;

²¹ Cfr. Cass., Sez. VI, 13 novembre 2019, n. 8818; Cass., Sez. VI, 23 gennaio 2018 n. 19484; Cass., Sez. VI, 6 luglio 2018, n. 45003; Cass., Sez. VI, 27 settembre 2016 n. 50074.

un'apprezzabile perdita o lesione patrimoniale dell'ente²² (al di fuori, ovviamente, dei casi di irrilevanza penale per la sostanziale assenza di valore economico del bene), oppure nel caso di distrazione del bene finalizzata però anche al perseguimento di un interesse pubblico eventualmente concorrente con uno egoistico²³.

Più complessa, in relazione a condotte distrattive non determinanti una perdita definitiva del bene per la Pubblica amministrazione, era invece la distinzione tra abuso di ufficio e peculato d'uso, che veniva tuttavia risolta richiamando, per tale ultimo reato, la sua natura speciale rispetto alla figura del peculato, pur sempre caratterizzata, dunque, da una condotta di utilizzo del bene incompatibile con il titolo per cui si possiede e di conseguenza con l'effettiva sottrazione della res alle sue finalità istituzionali (anche se limitata in un ristretto arco temporale)²⁴.

Orbene, con riferimento all'area di operatività del reato di peculato (e di peculato d'uso), non si ritengono giustificate le preoccupazioni di chi ipotizza che il nuovo art. 314-bis cod. pen. possa essere inteso come atto ad incidere significativamente sulla fattispecie di cui all'art. 314 cod. pen., sottraendo ad esso tutte le condotte distrattive, per ricondurle, in parte, alla nuova fattispecie di "Indebita destinazione di denaro e cose mobili" ed in parte all'area di irrilevanza penale.

Alcuni autori hanno infatti posto in evidenza che la contiguità della nuova figura di reato, «topografica ma anche concettuale», all'incriminazione del peculato, unitamente all'originaria previsione del peculato per "distrazione" e alla prossimità di significato tra i predicati "distrae" e "destina" (quest'ultimo impiegato dall'art. 314-bis cod. pen.), potrebbe indurre a ritenere che la vera funzione del nuovo reato, non sia tanto quella di sottrarre dall'area della depenalizzazione alcune condotte un tempo sussumibili sotto la fattispecie dell'abrogato reato di abuso di ufficio, ma quella di limitare fortemente la portata della fattispecie di cui all'art. 314 cod. pen.²⁵

Non si ritiene che tale interpretazione possa essere condivisa.

Deve tenersi conto, anzitutto, della palese irragionevolezza che ne discenderebbe in punto di trattamento sanzionatorio tra condotte di analogo disvalore: quelle appropriative, sanzionabili con la pena della reclusione da quattro a dieci anni e sei mesi, e quelle distrattive a vantaggio di terzi, ma pur sempre poste in essere per finalità esclusivamente privatistiche, sanzionabili con

²² Ad es. si veda la già citata Cass., Sez. VI, 23 gennaio 2018 n. 19484; Cass., Sez. VI, 2 marzo 2016, n. 12658.

²³ Cass., Sez. VI, 23 settembre 2020 n. 27910; Cass., Sez. VI, 22 giugno 2017, n. 41768.

²⁴ Cass., Sez. VI, 12 dicembre 2000, n. 381.

²⁵ MICHELETTI, *La "distrazione" gioca brutti scherzi. Sulle ricadute intertemporali del nuovo art. 314-bis c.p.*, in www.discrimen.it, 8 luglio 2024, 3; SEMINARA, *Sui possibili significati del nuovo art. 314-bis c.p.*, in www.sistemapenale.it, 3 e ss.

la pena da sei mesi a tre anni (massimo quattro, nel caso di sussistenza dell'aggravante di cui all'art. 314-bis, co. 2); irragionevolezza che non può non avere incidenza sull'attività interpretativa, la quale, ove possibile, deve poter attribuire al testo normativo un significato che sia sistematicamente coerente e razionale.

Sul piano testuale, inoltre, non pare casuale la scelta del legislatore di non riproporre il termine "distrarre" ma di utilizzare il diverso predicato verbale "destinare", proprio al fine di evitare equivoci in ordine ad un'ipotetica volontà di reintroduzione di una distinzione tra peculato per appropriazione e per distrazione non più contemplata nel nostro codice dal 1990. Si tratta di una scelta, si ritiene, che prende atto del "diritto vivente" in ordine alla pacifica riconducibilità al concetto di appropriazione anche delle condotte distrattive poste in essere per esclusivo vantaggio privatistico e con depauperamento della Pubblica amministrazione, così come del reato mai posto in dubbio in tema di appropriazione indebita ex art. 646 cod. pen.

Altro aspetto assolutamente fondamentale è poi costituito dalla presenza della clausola di riserva con cui si apre la disposizione di cui all'art. 314-bis cod. pen. («Fuori dai casi previsti dall'art. 314») che, ad avviso di chi scrive, costituisce di fatto la definitiva "positivizzazione" del concetto di appropriazione come comprendente anche condotte di distrazione o di destinazione di beni a interessi alieni da quelli pubblici.

Se il concetto di "appropriazione", di cui alla disciplina del reato di peculato, infatti, non ricomprendesse in sé anche quello di "distrazione", non vi sarebbe alcun pericolo di interferenza tra le disposizioni di cui agli articoli 314 e 314-bis cod. pen., dal momento che le due fattispecie disciplinerebbero due condotte del tutto distinte tra loro (rispettivamente, quella appropriativa e quella distrattiva), e, di conseguenza, non avrebbe alcun reale significato la clausola di riserva di apertura della seconda disposizione, giacché mai una "destinazione" di beni per finalità diverse da quelle pubbliche potrebbe essere rientrare nella nozione di "appropriazione".

Il richiamo al reato di peculato contenuto nell'art. 314-bis cod. pen., invece, si giustifica proprio perché le condotte distrattive, astrattamente riconducibili a tale ultima fattispecie, intanto potranno integrare il nuovo reato sempre che non siano al contempo riconducibili anche alla fattispecie prevalente di cui all'art. 314 cod. pen. (riferibile, appunto, anche alle condotte di distrazione, che siano caratterizzate però dal perseguimento di interessi puramente privatistici e suscettibili di determinare un effettivo depauperamento per l'ente).

Il legislatore, dunque, perfettamente consapevole di quella che per decenni è stata la nozione ampia del concetto di "appropriazione" per il reato di peculato, ne ha preso atto e, con la previsione della clausola di riserva contenuta nell'art. 314-bis cod. pen., ha inteso mantenerne inalterato il campo di applicazione.

Ad ulteriore conferma di quanto osservato, si pone infine la costruzione della disposizione in esame attraverso la sostanziale riproposizione del contenuto del

reato di “abuso di ufficio” (abrogato pochi giorni dopo), con il riferimento alla necessità di una violazione di specifiche disposizioni di legge o atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità e al dolo intenzionale finalizzato ad un ingiusto vantaggio patrimoniale o a un danno ingiusto.

4. Il recupero, da parte dell’art. 314-bis cod. pen., di parte delle condotte di abuso di ufficio.

L’art. 314-bis cod. pen., secondo l’interpretazione che se ne è data nel paragrafo precedente, è dunque applicabile esclusivamente ad una parte di quelle condotte distrattive originariamente riconducibili alla fattispecie di abuso di ufficio ex art. 323 cod. pen., così come da ultimo modificato con il d.l. n. 76/2020, ovvero a quelle condotte di distrazione di beni (posseduti dal pubblico agente per ragioni di ufficio o servizio) che, seppur caratterizzate da una deviazione delle risorse rispetto alle finalità alle quali erano specificamente destinate, si siano tradotte in un mero utilizzo indebito delle stesse, senza la produzione di una apprezzabile perdita per la Pubblica amministrazione, oppure a quelle condotte in cui il perseguimento di una finalità lato sensu pubblicistica sia stata comunque presente, sebbene eventualmente con una concorrente finalità privatistica.

Rispetto alla prima parte dell’abrogato art. 323 cod. pen., dunque, si pone un’ulteriore ipotesi di successione di norme penali nel tempo, in questo caso, tra l’altro, ancor meno problematico per la possibilità di ravvisare un’ipotesi di specialità della nuova disposizione rispetto a quella abrogata²⁶.

La fattispecie di indebita destinazione di denaro o cose mobili, infatti, riproduce sostanzialmente tutti gli elementi contenuti nell’abrogato reato di abuso di ufficio, con in più alcuni elementi specializzanti: il fatto che il pubblico agente abbia una particolare relazione con il denaro o altra cosa mobile altrui e che l’intenzionale produzione del vantaggio o del danno avvenga attraverso una condotta specifica: quella di destinazione di tali beni ad un uso diverso da quello previsto dalle disposizioni che regolano in modo vincolato il suo agire.

In relazione invece alla seconda parte dell’originario reato di abuso di ufficio, quella relativa alla punibilità della violazione dell’obbligo di astensione del pubblico agente in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, intenzionalmente diretta a produrre un vantaggio patrimoniale ovvero un danno ingiusto, si realizza effettivamente una vera e propria *abolitio criminis*, con conseguente applicazione della disposizione di cui all’art. 2, co. 2 cod. pen. I prossimi mesi consentiranno di stabilire la reale portata pratica di tale abrogazione e valutarne esattamente gli effetti.

²⁶ In questo senso anche GATTA, *Abuso d’ufficio e traffico di influenze* cit., 191.