



AVV. MARIO DUSI

AVV. SERENA CAPPIELLO
AVV. GABRIELLA CROSARIOL
AVV. CHIARA M. MAGALINI
AVV. SILVIA PORCINAI
AVV. SIMONA TEMPRA

DOTT. FABRIZIO ANGELLA
DOTT.SSA LAURA BASSO
DOTT. NICCOLÒ POLI

of counsels

AVV. MASSIMO MORRETTO

AVV. CRISTINA BONGIOVANNI

DOTT. ALBERTO CANOVA
Commercialista

AVV. MARIO DUSI

Patrocinante avanti le Magistrature Superiori
Iscritto all'Albo Avvocati di Monaco di Baviera

CORSO DI PORTA VIGENTINA, 35
I – 20122 MILANO

TEL.: +39 02 55188121
FAX .: +39 02 55188503

e-mail: m.dusi@dusilaw.eu
segreteria: staff@dusilaw.eu

La modifica all'art. 323 c.p. non deve far perdere la fiducia di Laura Basso

Con la sentenza n. 8 del 18.01.2022 la Corte Costituzionale ha cristallizzato **la legittimità costituzionale** dell'art. 23, co. 1 del D.L. 16.07.2020, n. 76 (Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale c.d. Decreto semplificazioni), convertito nella L. 11.09.2020 n. 120, il quale ha operato una ulteriore modifica nella direzione già intrapresa dalle L. 86/1990 e 234/1997, **all'abuso di ufficio**, fattispecie incriminatrice di chiusura in tema di reati contro la Pubblica Amministrazione.

La modifica oggetto di censura è relativa al passaggio, nella qualificazione del fatto tipico, da condotte *“in violazione di norme di legge o di regolamento”*, a 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”*, con effettiva verifica dell'ingiusto danno e vantaggio patrimoniale, per effetto di dolo intenzionale.

Il rimettente invoca il contrasto dell'art. 323 c.p. con gli artt. 77, 3 e 97 della Costituzione.

Rispetto all'art. 77 Cost, secondo il rimettente la revisione del reato di abuso di ufficio avrebbe richiesto l'adeguato dibattito parlamentare garantito dalle ordinarie procedure di formazione della legge, mentre il D.L. ab origine, più che diretto a fronteggiare specifici eventi eccezionali e straordinari di urgenza pare delimitare *“a regime”*, la responsabilità penale di funzionari pubblici in relazione all'attività svolta.

Rispetto agli artt. 3 e 97 Cost., invece, l'aver ancorato il fatto tipico alla violazione *«di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità»* farebbe sì che l'abuso, per assumere rilievo penale, debba risolversi nell'inosservanza di una norma legislativa che prefiguri un'attività amministrativa vincolata *«nell'an, nel quid e nel quomodo»*. Una simile indicazione, solo all'apparenza diretta a specificare in modo più tassativo la condotta punita, snaturerebbe, in realtà, la fattispecie incriminatrice, trasformandola *«in un reato legislativamente “impossibile”*, riservando in tal modo la rilevanza penale

GEIE Advoselect
Berlin Düsseldorf Frankfurt am Main Hamburg München Stuttgart
Barcelona Bratislava Budapest Istanbul Lion Madrid Milano Mosca Seattle Sofia Strassburg Wien



ad una casistica «improbabile e del tutto marginale», lasciando prive di risposta punitiva le condotte, ben più gravi, di coloro che, detenendo il potere di decidere discrezionalmente, si trovano in una condizione privilegiata per abusarne. La scelta di privare di rilevanza penale ogni forma di esercizio della discrezionalità amministrativa comporterebbe la violazione del principio di eguaglianza, risolvendosi nell'attribuzione, all'agente pubblico, di un potere dispositivo assoluto e sottratto al vaglio giudiziale. In questo modo, la disposizione censurata avrebbe, equiparando il pubblico funzionario a un privato, posto sullo stesso piano situazioni affatto diverse: il potere discrezionale attribuito al primo e la facoltà di disposizione riconosciuta al secondo rispetto alla cosa di cui sia proprietario, con ulteriore *vulnus* al principio di legalità dell'azione amministrativa.

Ciò considerato la censura auspicava la caducazione della norma impugnata, integrativa di una *abrogatio criminis* parziale e la reviviscenza della precedente disciplina, con effetti, evidentemente, in *malam partem*.

È quest'ultimo effetto che ha fondato la pronuncia della Corte Costituzionale in commento, che, nel suo complesso, sostanzialmente, afferma:

- a) In rapporto all'art. 77 Cost., il D.L. impugnato è collegato alla straordinaria e urgente necessità di dare nuovo slancio all'economia nazionale a seguito della Pandemia, al fine di contenere il fenomeno della "burocrazia difensiva", ove i funzionari pubblici si astengono dall'assumere decisioni che pur riterrebbero utili per il perseguimento dell'interesse pubblico, preferendo assumerne altre meno impegnative (in quanto appiattite su prassi consolidate e anelastiche), o più spesso restare inerti, per il timore di esporsi a possibili addebiti penali (c.d. "paura della firma"), con significativi riflessi negativi in termini di perdita di efficienza e di rallentamento dell'azione amministrativa.
- b) In rapporto agli artt. 3 e 97 Cost, la puntualizzazione che l'abuso deve consistere nella violazione di regole specifiche mira ad impedire che si assuma, nell'ambito della condotta tipica, anche l'inosservanza di norme di principio quale quello di imparzialità della P.A. di cui all'art. 97 Cost., tendenza al contrario largamente attuata dalla giurisprudenza, diretta a riaprire scenari di ampio controllo del giudice penale rispetto all'attività amministrativa discrezionale, direzione opposta al lungo processo di riforma legislativa del reato di abuso di ufficio.
- c) L'adozione di pronunce da parte della Corte Costituzionale con effetti in *malam partem* in materia penale risulta preclusa dal principio di riserva di legge ex art. 25 co. 2 Cost., il quale, rimettendo al Parlamento le scelte di politica criminale, impedisce alla Corte sia di creare nuove fattispecie o di estendere quelle esistenti a casi non previsti, sia di incidere *in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti inerenti alla punibilità.

E' ammessa la sindacabilità in *malam partem* delle norme penali di favore, ossia di quelle che stabiliscono, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni compresenti nell'ordinamento e l'effetto in *malam partem* conseguente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di tali norme 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. Ma, prosegue la pronuncia, la qualificazione come



norma penale di favore non può essere fatta discendere, come nel caso di specie, dal raffronto tra una norma vigente e una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale. In tal caso, la richiesta di sindacato in *malam partem* non mira infatti 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 Costituzionale, come già dalla stessa pronunciato in altre occasioni, ove ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sempre del novellato art. 323 c.p., in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost. Infatti, una censura di illegittimità costituzionale non può basarsi sul pregiudizio che la formulazione, in assunto troppo restrittiva, di una norma incriminatrice, recherebbe a valori di rilievo costituzionale, quali, nella specie, l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione. Le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono, infatti, nella tutela penale, ben potendo essere soddisfatte con altri precetti e sanzioni: l'incriminazione costituisce anzi un'*extrema ratio*, cui il legislatore ricorre quando, nel suo discrezionale apprezzamento, lo ritenga necessario per l'assenza o l'inadeguatezza di altri mezzi di tutela. Inoltre, neppure può tradursi in una questione di legittimità costituzionale della norma incriminatrice il rilievo che altre condotte, diverse da quelle individuate come fatti di reato dal legislatore, avrebbero dovuto essere a loro volta incriminate per ragioni di parità di trattamento o in nome di esigenze di ragionevolezza. «La mancanza della base legale – costituzionalmente necessaria – dell'incriminazione, cioè della scelta legislativa di considerare certe condotte come penalmente perseguibili, preclude radicalmente la possibilità di prospettare una estensione ad esse delle fattispecie incriminatrici attraverso una pronuncia di illegittimità costituzionale». In altre parole, ove pure, in ipotesi, la norma incriminatrice (non qualificabile come norma penale di favore) determinasse intollerabili disparità di trattamento o esiti irragionevoli, il riequilibrio potrebbe essere operato dalla Corte solo “verso il basso” (ossia in *bonam partem*): non già in *malam partem* ed in particolare tramite interventi dilatativi del perimetro di rilevanza penale.

In conclusione, l'art. 323 c.p. come modificato è perfettamente conforme a Costituzione. Nel procedimento di specie – in cui 3 dei 5 imputati, in qualità di membri della commissione esaminatrice nominata nell'ambito di una procedura concorsuale indetta da un'azienda ospedaliera per il conferimento di incarichi di dirigente medico, avrebbero indebitamente favorito gli altri due coimputati, garantendo loro dapprima l'ammissione alla procedura sebbene privi del richiesto titolo di specializzazione, e successivamente, la collocazione in posizione utile nella graduatoria finale, tramite l'attribuzione di un punteggio maggiore rispetto a quello riconosciuto ad altri candidati in possesso di titoli equipollenti o addirittura superiori – la Consulta ritiene che il PM avrebbe dovuto modificare l'imputazione (per diversità del fatto) al fine di poter diversamente valutare le condotte denunciate.

Per maggiori approfondimenti in tema: l.basso@dusilaw.eu; www.dusilaw.eu