

# UNA PRONUNCIA IN TEMA DI RIFORMULAZIONE DELL'ART.323 C.P. E RISERVA DI LEGGE 'TENDENZIALMENTE' ASSOLUTA.

VITTORIO SANTORO



## **1. La vicenda giudiziaria.**

Con la sentenza n. 16609 del 11 novembre 2021, depositata il 17 gennaio 2022, la Sezione VI della Corte di Cassazione ha affermato il principio secondo cui "in tema di abuso di ufficio, anche a seguito della riformulazione dell'articolo 323 del Cp a opera dell'articolo 23 del decreto legge 16 luglio 2020 n. 76, convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020 n. 120, la violazione di norme contenute in regolamenti può rilevare ai fini della integrazione del reato nel caso in cui esse, operando quali norme interposte, si risolvano nella specificazione tecnica di un precetto comportamentale già compiutamente

definito nella norma primaria e purché questa sia conforme ai canoni della tipicità e tassatività propri del precetto penale”.

La Corte di appello di Milano, a seguito di gravame interposto dall'imputato Y avverso la sentenza emessa in data 23 maggio 2019 dal locale Tribunale, aveva confermato la decisione, nella parte in cui era stata affermata la responsabilità del predetto imputato in ordine ai reati di cui al capo A) e B) (artt. 110, 323 cod. pen.). Ad Y era ascritta: *sub A)* la condotta tenuta quale Responsabile unico del procedimento (RUP) nominato con deliberazione del DG n. 165/2015 in data 13.3.2015, con la quale era stata data attuazione alla prima e seconda fase della sperimentazione del Presidio Ospedaliero Territoriale di Bollate, in quanto in violazione dell'obbligo di vigilanza e controllo previsto dall'art. 10 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e relativo regolamento D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, autorizzava via e-mail, in data 15.1.2016, il subappalto dei lavori alla SGE S.r.l. per la realizzazione dei lavori elettrici nel padiglione 70CUP e uffici da parte della ditta appaltatrice, il cui direttore dei lavori [...] era in conflitto di interessi - che ometteva di segnalare, violando l'obbligo di astensione - in ragione della partecipazione societaria propria e del fratello X alla ditta subappaltatrice [...]. Con ingiusto vantaggio patrimoniale consistito nell'essere la predetta [...] incaricata del subappalto del valore di 8.328 euro senza averne i requisiti; *sub B)* la condotta tenuta quale (RUP) nominato con la succitata deliberazione, , in quanto in violazione del predetto obbligo di vigilanza e controllo non impediva che alla società [...] fosse assegnato il subappalto per la realizzazione di lavori elettrici nel padiglione 63 piano 4, versando il direttore dei lavori [...] in una situazione di incompatibilità ai sensi dell'art. 42 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, comparendo nella compagine sociale della società subappaltante circostanza che ometteva di segnalare -, violando l'obbligo di astensione in presenza di un interesse proprio ed emettendo certificazione di regolare esecuzione dei lavori, con ingiusto vantaggio patrimoniale [...] del valore di 18 mila euro.

Avverso la sentenza di secondo grado aveva proposto ricorso per cassazione l'imputato Y.

Con la sentenza nel 16609 del 11 novembre 2021 depositata il 17 gennaio 2022 la Sezione VI della Corte di Cassazione accoglieva il ricorso dell'imputato annullando senza rinvio la sentenza della Corte di Appello di Milano perché il fatto non sussiste.

## ***2. La pronuncia nel contesto degli orientamenti giurisprudenziali in argomento.***

Con l'articolo 23 del decreto legge 16 luglio 2020 n. 76, recante «misure urgenti per la semplificazione e

l'innovazione digitale», convertito dalla legge 11 settembre 2020 n. 120 (testo coordinato in "Gazzetta Ufficiale" n. 228 del 14 settembre 2020), l'art. 323 c.p. è stato modificato con l'apprezzabile scopo di circoscrivere e definire in modo più concreto la condotta rilevante ai fini della configurabilità del reato, restringendo gli spazi di operatività della fattispecie incriminatrice<sup>[1]</sup>.

La riforma dell'abuso d'ufficio ha in sostanza inciso sullo spettro applicativo della fattispecie, limitandolo sia sul versante della rilevanza degli atti discrezionali che delle norme di legge che costituiscono il parametro della violazione richiesta.

La principale modifica al precedente assetto normativo è da individuarsi nella fonte normativa la cui violazione può assumere rilevanza ai fini della configurabilità dell'abuso penalmente rilevante.

In base alla nuova formulazione dell'art. 323 c.p. (ove al I comma le parole «di norme di legge o di regolamento» sono state sostituite dalle parole «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge»), assume rilievo solo la violazione di norme primarie, di legge o atti assimilati; mentre non assumono diretta rilevanza le violazioni di regolamenti, né di altre eventuali fonti secondarie (decreti ministeriali, circolari e/o delibere di enti pubblici, ecc.).

Con la sentenza in commento la Corte di Cassazione - ponendosi in linea con altra precedente decisione<sup>[2]</sup> - ha però ribadito che può rilevare anche la violazione di una norma regolamentare, precisando che, restando impregiudicata la necessità della sussistenza di una violazione di una norma di legge, è possibile ammettere un livello minimo di etero-integrazione da parte di una fonte secondaria, che si risolva solo in una specificazione tecnica di un precetto comportamentale già compiutamente definito nella norma primaria, cosicché - in tal caso - anche la violazione delle indicazioni prescrittive di fonte secondaria potrà assumere concorrente rilievo ai fini della configurabilità del reato.

Aspetto fondamentale è che la norma di legge violata, nell'ambito della fattispecie di cui all'art. 323 c.p., si conformi ai canoni della tassatività/determinatezza propri del precetto penale, atteso che solo in tali casi è possibile ammettere un livello minimo di eterointegrazione della fonte secondaria che si risolva solo in una specificazione tecnica di un precetto comportamentale, già compiutamente definito nella norma primaria<sup>[3]</sup>.

E' stato anche precisato che la modifica introdotta con l'art. 23 d.l. 16 luglio 2020, n. 76 ha sicuramente ristretto l'ambito applicativo dell'art. 323 c.p., determinando una parziale "abolitio criminis" in relazione alle

condotte commesse prima dell'entrata in vigore della riforma, realizzate mediante violazione di norme regolamentari o di norme di legge generali e astratte, dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse o che lascino residuare margini di discrezionalità[4].

Il delitto di abuso di ufficio è configurabile non solo quando la violazione di una specifica regola di condotta è connessa all'esercizio di un potere previsto già in origine come vincolato dal legislatore, ma anche nei casi in cui l'inosservanza della regola di condotta sia collegata allo svolgimento di un potere che, astrattamente previsto come discrezionale, sia divenuto in concreto vincolato per le scelte fatte dal pubblico agente prima dell'adozione dell'atto in cui si sostanzia l'abuso di ufficio[5].

A titolo di esempio, è stato stabilito che il rilascio del titolo abilitativo edilizio, avvenuto senza il rispetto del piano regolatore generale o degli altri strumenti urbanistici, integra la violazione di specifiche regole di condotta previste dalla legge, così come richiesto dalla nuova formulazione dell'art. 323 c.p., atteso che l'art.12, co. 1, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 prescrive espressamente che il permesso di costruire, per essere legittimo, deve conformarsi agli strumenti urbanistici ed il successivo art. 13 detta la specifica disciplina urbanistica che il direttore del settore è tenuto ad osservare, non residuando margini di discrezionalità amministrativa[6].

Con la sentenza in commento, la Sezione VI della Corte di Cassazione - condividendo l'orientamento secondo il quale, anche a seguito della riformulazione dell'art. 323 c.p., la violazione di norme contenute in regolamenti può rilevare ai fini della integrazione del reato nel caso in cui esse, operando quali norme interposte, si risolvano nella specificazione tecnica di un precetto comportamentale già compiutamente definito nella norma primaria e purchè questa sia conforme ai canoni della determinatezza/ tassatività propri del precetto penale, e richiamando l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato, secondo il quale l'autorizzazione alla stipula del subappalto (disciplinata dall'art. 18, co. 3, l. 19 marzo 1990, n. 55) va qualificata come provvedimento amministrativo adottato non quale espressione di autonomia di un soggetto contraente, bensì quale espressione di un pubblico potere (Sez. 2, parere n. 142 del 12/02/1992) - non ha ritenuto fondato l'assunto posto a base della affermazione di responsabilità, secondo il quale l'art. 10 d.lgs. n. 163/2006 e le correlate norme del d.P.R. n. 207/ 2010 - che riguardano i rapporti tra l'affidatario delle opere ed il subappaltatore - avrebbero individuato un obbligo di controllo da parte del responsabile della stazione appaltante in ordine ad eventuali conflitti di interesse tra il direttore dei lavori e la ditta subappaltatrice. La Corte ha ritenuto apodittica e priva di fondamento normativo la motivazione resa dalla Corte di Appello di Milano, laddove si era limitata a ritenere che l'attività di vigilanza demandata all'imputato Y ricomprendeva anche quella di rilevare il preteso conflitto di interessi in questione, in quanto "già il solo

fatto che il subappalto andasse autorizzato implica che lo stesso avrebbe potuto non esserlo", essendo "l'autorizzazione [...] subordinata alla verifica dell'insussistenza dei motivi ostativi, operazione rimessa al potere del solo appellante".

La Suprema Corte ha evidenziato che l'art. 10, co.2, d.lgs. n. 163/2006 - secondo cui "Il responsabile del procedimento svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal presente codice, ivi compresi gli affidamenti in economia, e alla vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti, che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti" non prevede alcun obbligo di verifica, da parte del responsabile del procedimento, dell'assetto societario della ditta subappaltatrice, non essendo previsti correlati oneri di comunicazione a riguardo da parte della ditta appaltatrice alla stazione appaltante; né, d'altra parte, tale specifico obbligo di controllo si desume dalle condizioni previste per il rilascio dell'autorizzazione al subappalto; un tale specifico obbligo di verifica non può essere desunto neppure dall'art. 10, co. 1 lett. r) d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, secondo cui "il responsabile del procedimento svolge la funzione di vigilanza sulla realizzazione dei lavori nella concessione di lavori pubblici, verificando il rispetto delle prescrizioni contrattuali", in quanto queste ultime - all'evidenza - non coinvolgono l'assetto societario della ditta subappaltante.

La Sezione VI ha quindi ravvisato l'insussistenza dell'elemento costitutivo della violazione di legge da parte del ricorrente Y, sia nella condotta di autorizzare il subappalto sub A) che nel non aver impedito il subappalto sub B) emettendo la relativa certificazione di regolare esecuzione dei lavori.

La Cassazione ha ribadito che per riconoscere la sussistenza di condotte penalmente sussumibili nell'art. 323 c.p. il giudice deve prima di tutto individuare le norme di legge o gli atti aventi forza di legge concretamente violati dal reo, sindacando poi la specificità delle regole e relativi obblighi imposti dal dettato normativo, potendo anche riconoscere alla fonte normativa secondaria un ruolo di eterointegrazione ai soli fini di una specificazione tecnica di un precetto comportamentale già compiutamente definito nella norma primaria.

Si può ricorrere allo **schema della eterointegrazione soltanto qualora non sia ravvisabile una diretta violazione di legge**. La Cassazione aderisce quindi all'orientamento già condiviso in altre sentenze di legittimità successive alla riforma, in base al quale la **«norma di legge» di cui all'art. 323 c.p. integrerebbe il precetto penale**, di cui deve, quindi, necessariamente **condividere i canoni di determinatezza/tassatività propri delle norme penali**, con la conseguenza che **non sarebbe ammesso che la norma di legge richiamata rinvii a sua volta a una fonte secondaria**.

Il riferimento alla funzione di **“specificazione tecnica”**, propria della norma secondaria, allude alla nota concezione della **riserva di legge c.d. tendenzialmente assoluta**.

### **2.1. Gli orientamenti della dottrina**

**L’orientamento giurisprudenziale si allinea con quella parte della dottrina che** ha prontamente circoscritto gli effetti della modifica normativa del 2020, affermando che occorre essere prudenti nel ritenere che fosse intervenuta un’*abolitio criminis*<sup>[7]</sup>.

Si è evidenziata la necessità innanzitutto di accertare la riconducibilità del fatto concreto, oggetto del giudizio, alla nuova e più circoscritta ipotesi di abuso d’ufficio penalmente rilevante.

Ravvisata la sussumibilità del fatto concreto nella previsione incriminatrice così come novellata, la dottrina ha sostenuto che non si sarebbe verificata una *abolitio criminis*, poiché il fatto, prima punibile, continuerebbe ad esserlo alla luce della più ristretta formulazione della disposizione, con “persistenza dell’illecito”<sup>[8]</sup>.

È stato anche chiarito che la riforma non ha esplicitato alcun effetto con riguardo al segmento di condotta che, in via alternativa rispetto al *genus* della violazione di legge, riguarda esclusivamente e più specificamente l’inosservanza dell’obbligo di astensione, rispetto al quale la fonte normativa della violazione è da individuarsi nella stessa norma penale, salvo che per il rinvio agli altri casi prescritti. In rapporto a questi ultimi, non pare ugualmente pertinente la limitazione alle fonti primarie di legge, trattandosi della violazione di un precetto vincolante già descritto dalla norma penale, sia pure attraverso il rinvio - ma solo per i casi diversi dalla presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto - ad altre fonti normative extrapenali che prescrivano lo stesso obbligo di astensione<sup>[9]</sup>.

Parte della dottrina ha sostenuto che, piuttosto che lavorare di cesello sul testo dell’art. 323 c.p., vista la clausola “salvo che il fatto non costituisca un più grave reato”, sarebbe stato probabilmente preferibile immaginare un’abrogazione secca dell’art. 323 c.p., non mancando - nel ricco panorama dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione - altre norme incriminatrici, più specifiche e severe, quali ad esempio quelle in materia di peculato o corruzione, ovvero meno gravi, come l’omissione di atti d’ufficio di cui all’art. 328 c.p. - applicabili ai fatti realmente meritevoli di pena<sup>[10]</sup>.

### **2.2. Considerazioni conclusive**

Chi scrive condivide in pieno l'interpretazione della norma in questione resa dalla giurisprudenza di legittimità.

E' interessante riflettere sull'evoluzione normativa e giurisprudenziale che nel tempo ha attraversato il delitto di cui all'art. 323 c.p., originariamente rubricato «abuso di ufficio in casi non preveduti specificamente dalla legge».

Tale norma rappresentava una sorta di norma di chiusura del sistema, ritenendosi che i delitti contro la pubblica amministrazione fossero destinati a tutelare il normale e buon funzionamento, nonché il prestigio della pubblica amministrazione e la probità dei pubblici funzionari che la "incarnavano".

Con l'entrata in vigore della Costituzione, all'art. 97, comma 2, sono stati delineati i "veri" beni giuridici tutelati, ossia il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione: il primo garantirebbe l'efficienza dell'azione amministrativa in aderenza al pubblico interesse; la seconda sarebbe posta a presidio della parità di trattamento tra tutti i cittadini, che non dovrebbe essere alterata dalla condotta (illecita) dei pubblici agenti.

Nel tempo, però, com'è noto si è avvertita la necessità di eliminare i difetti di tecnica normativa che caratterizzavano l'art.323 c.p., in presenza delle sempre più avvertite esigenze di determinatezza, nel quadro di una moderna lettura del principio di legalità ed in presenza del ruolo di vera e propria supplenza assunto talora dall'intervento della magistratura penale.

Molti processi intentati in materia di abuso d'ufficio si risolvevano in diatribe e riflessioni sulla legittimità dei singoli atti, sfociando in dibattimenti spesso articolati relativi a profili che avrebbero dovuto trovare la loro naturale sede di trattazione nella giustizia amministrativa.

Si ritiene che fosse necessaria, quindi, una ridefinizione del campo delle condotte punibili a titolo di abuso d'ufficio, senza, però, eliminare dal sistema penale una norma che comunque consente il necessario controllo sulla legalità e legittimità degli atti e sullo svolgimento delle pubbliche funzioni, non prospettabile in termini di reale efficienza mediante i soli rimedi del diritto amministrativo.

In tale ottica si colloca la novella dell'art. 323 c.p. e la sua interpretazione resa dalla sentenza in commento. Quest'ultima, con un apprezzabile sforzo interpretativo, attribuisce rilevanza alla violazione di norme

contenute in regolamenti, riconoscendo loro il solo compito di operare, quali norme interposte, ai fini dell'esigenza, tanto avvertita nel tempo, di specificazione tecnica del precetto comportamentale già definito nella norma primaria, pure sempre nel rispetto dei canoni della tipicità e tassatività propri del precetto penale.

---

[1] Sulla legittimità della nuova disciplina si è pronunciata la Corte costituzionale con la sent. 25 novembre 2021-18 gennaio 2022 n. 8

[2] Cass., sez. VI, 16 febbraio 2021, Del Principe.

[3] Cfr. Cass.pen., Sez. VI, sent. n. [33240](#) del 16/02/2021 Ud., dep. 08/09/2021, Rv. 281843 – 01.

[4] Cass.pen., Sez. VI, sent. n. [442](#) del 09/12/2020 Ud., dep. 08/01/2021, Rv. 280296 – 01.

[5] Cass. pen. Sez. VI, sent. n. [8057](#) del 28/01/2021 Ud., dep. 01/03/2021, Rv. 280965 – 01.

[6] Cass. pen. Sez. VI, sent. n. [31873](#) del 17/09/2020 Ud., dep. 12/11/2020, Rv. 279889 – 01; Sez. III, sent. n. [26834](#) del 08/09/2020 Cc., dep. 28/09/2020, Rv. 280266 – 01.

[7] G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in *Sistema penale*, 17 luglio 2020.

[8] Cfr. B. Romano, *Diritto penale, pt. g.*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 2020, p. 143 ss.

[9] V. sul punto B. Romano, nota a Cass., Sez. VI, 9 dicembre 2020 (dep. 8 gennaio 2021), n. 442 in *Penale. Diritto e Procedura*.

[10] In tal senso cfr. ancora B. Romano, *La continua riforma dell'abuso di ufficio e l'immobilismo della pubblica amministrazione*, ne *Il Penalista, Focus* del 28 luglio 2020.