CORTE COSTITUZIONALE

Sentenza **8/2022** (ECLI:IT:COST:2022:8)
Giudizio: **GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALE**
Presidente: **CORAGGIO** - Redattore: **MODUGNO**
Camera di Consiglio del **24/11/2021**; Decisione del **25/11/2021**
Deposito del **18/01/2022**; Pubblicazione in G. U. **19/01/2022**
Norme impugnate: Art. 23, c. 1°, del decreto-legge 16/07/2020, n. 76, convertito, con modificazioni, nella legge 11/09/2020, n. 120.
Massime: **44470 44471 44472 44473 44474**
Atti decisi: **ord. 46/2021**

SENTENZA N. 8

ANNO 2022

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Giancarlo CORAGGIO; Giudici : Giuliano AMATO, Silvana SCIARRA, Daria de PRETIS, Nicolò ZANON, Franco MODUGNO, Augusto Antonio BARBERA, Giulio PROSPERETTI, Giovanni AMOROSO, Luca ANTONINI, Stefano PETITTI, Angelo BUSCEMA, Emanuela NAVARRETTA, Maria Rosaria SAN GIORGIO,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 23, comma 1, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale), convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020, n. 120, promosso dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Catanzaro nel procedimento penale a carico di M. V. e

altri, con ordinanza del 6 novembre 2020, iscritta al n. 46 del registro ordinanze 2021 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 16, prima serie speciale, dell'anno 2021.

Visto l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nella camera di consiglio del 24 novembre 2021 il Giudice relatore Franco Modugno;

deliberato nella camera di consiglio del 25 novembre 2021.

Ritenuto in fatto

1.– Con ordinanza del 6 novembre 2020, il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Catanzaro ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 77 e 97 della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 23, comma 1, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale), convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020, n. 120, recante modifiche all'art. 323 del codice penale, in tema di abuso d'ufficio.

1.1.– Il giudice a quo riferisce di essere investito della richiesta di rinvio a giudizio di cinque persone, ritenute responsabili di plurime condotte di abuso d'ufficio.

Secondo la prospettazione accusatoria, tre degli imputati – in qualità di membri della commissione esaminatrice nominata nell'ambito della 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, approvata il 9 gennaio 2017, tramite l'attribuzione di un punteggio maggiore rispetto a quello riconosciuto ad altri candidati in possesso di titoli equipollenti o addirittura superiori.

Dalle indagini espletate sarebbe emerso che le indicate irregolarità erano state poste in essere al dichiarato fine di assicurare l'assunzione dei due candidati, perché già conosciuti dalla dirigenza. Vario personale medico aveva riferito, in particolare, degli ottimi rapporti intercorrenti tra i candidati favoriti e uno dei membri della commissione esaminatrice, il quale, in più occasioni, aveva manifestato la sua intenzione «di stabilizzare ed internalizzare» i candidati stessi, i quali già prestavano servizio con la struttura ospedaliera in regime di convenzione.

Sulla base di tali elementi, il pubblico ministero aveva contestato agli imputati plurime condotte di abuso d'ufficio, addebitando loro l'intenzionale violazione del dovere di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), anche in tema di procedure ad evidenza pubblica (art. 35, comma 3, lettera a, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, recante «Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche»), nonché di specifiche norme di rango regolamentare in materia di requisiti per la partecipazione alle pubbliche selezioni e di attribuzione dei punteggi (l'art. 8 del d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, «Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi», e l'art. 11 del d.P.R. 10 dicembre 1997, n. 483, «Regolamento recante la disciplina concorsuale per il personale dirigenziale del Servizio sanitario nazionale»).

1.2.– Fissata l'udienza preliminare, era intervenuto, nelle more, l'art. 23, comma 1, del d.l. n. 76 del 2020, come convertito, che ha riscritto in senso limitativo la fattispecie incriminatrice.

La citata disposizione ha, infatti, modificato la previgente formulazione dell'art. 323 cod. pen. (a tenore della quale «[s]alvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, 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 è punito con la reclusione da uno a quattro anni»), sostituendo la locuzione «di norme di legge o di regolamento» con l'altra «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

In questo modo – osserva il rimettente – la novella legislativa ha ristretto la fattispecie, operando un'abolitio criminis parziale su tre distinti fronti: rispetto all'oggetto, la violazione commessa dal soggetto pubblico deve riguardare un regola di condotta (e non, ad esempio, una regola organizzativa); rispetto alla fonte, la regola violata deve essere specifica ed espressamente prevista da una legge o da un atto avente forza di legge, con esclusione delle norme regolamentari; rispetto al contenuto, la regola violata non deve lasciare spazi di discrezionalità.

1.3.– Il giudice a quo dubita, peraltro, della legittimità costituzionale dell'intervento, sia sotto l'aspetto procedurale, con riguardo alla sua attuazione mediante decreto-legge, sia per il suo contenuto sostanziale.

Le questioni sarebbero rilevanti nel giudizio principale.

Alla luce della previgente formulazione dell'art. 323 cod. pen. e degli elementi raccolti, gli imputati avrebbero dovuto essere rinviati a giudizio, in quanto le violazioni di norme legislative e regolamentari loro ascritte risultavano senz'altro idonee a integrare il delitto di abuso d'ufficio: e ciò – in base a costante giurisprudenza – anche per quel che attiene alla contestata inosservanza dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, sanciti dall'art. 97 Cost., il quale, nella sua componente immediatamente precettiva, impone a ogni pubblico ufficiale di non usare il potere che la legge gli conferisce per compiere deliberati favoritismi e procurare ingiusti vantaggi, ovvero per realizzare intenzionali vessazioni o discriminazioni e procurare ingiusti danni.

La norma censurata avrebbe, per converso, operato una sostanziale depenalizzazione delle condotte in esame. Venuta meno la possibilità di ritenere integrato l'abuso d'ufficio dalla violazione di norme regolamentari, neppure la violazione delle residue norme di rango legislativo e costituzionale potrebbe ritenersi idonea a realizzare il delitto, trattandosi di disposizioni recanti principi ai quali deve uniformarsi l'azione amministrativa, e non già di regole di condotta dalle quali non residuino margini di discrezionalità. A seguito della novella, pertanto, il giudizio dovrebbe essere definito nell'udienza preliminare con sentenza di non luogo a procedere perché il fatto non è più previsto come reato.

1.4.– Riguardo alla non manifesta infondatezza delle questioni, la norma denunciata violerebbe anzitutto – secondo il rimettente – l'art. 77 Cost., in quanto completamente estranea alla materia disciplinata dalle altre disposizioni del d.l. n. 76 del 2020 e «assolutamente avulsa dalle ragioni giustificatrici della normativa adottata in via d'urgenza dal Governo».

Il citato decreto-legge, adottato a seguito dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 che ha coinvolto il Paese, è stato, infatti, motivato – per quanto si legge nel preambolo – con la ritenuta «straordinaria necessità e urgenza di realizzare un'accelerazione degli investimenti e delle infrastrutture attraverso la semplificazione delle procedure in materia di contratti pubblici e di edilizia, operando senza pregiudizio per i presidi di legalità», nonché con l'esigenza, ritenuta anch'essa indifferibile, «di introdurre misure di semplificazione

procedimentale e di sostegno e diffusione dell'amministrazione digitale, nonché interventi di semplificazione in materia di responsabilità del personale delle amministrazioni, nonché di adottare misure di semplificazione in materia di attività imprenditoriale, di ambiente e di green economy, al fine di fronteggiare le ricadute economiche conseguenti all'emergenza epidemiologica da Covid-19».

In questa prospettiva, il decreto contiene, da un lato, molteplici disposizioni volte a semplificare le procedure amministrative in materia di contratti pubblici, edilizia, organizzazione del sistema universitario e del Corpo nazionale dei Vigili del fuoco, nonché le procedure in materia di attività di impresa, ambiente e green economy; dall'altro, misure volte al sostegno e alla diffusione dell'amministrazione digitale.

Sarebbe quindi evidente la completa disomogeneità della norma denunciata, per contenuto e finalità, rispetto al resto del corpo normativo in cui è inserita, non potendo ravvisarsi alcun nesso di strumentalità tra la modifica, in senso fortemente restrittivo, del delitto di abuso d'ufficio e l'esigenza di semplificare le procedure amministrative in vista del rilancio economico del Paese.

Una tale incisiva riforma della figura criminosa, implicante delicate scelte di natura politico-criminale, avrebbe richiesto un adeguato dibattito parlamentare, possibile ove si fossero seguite le ordinarie procedure di formazione della legge. La riforma non apparirebbe diretta a fronteggiare specifici eventi eccezionali, ma a delimitare "a regime" la responsabilità penale dei funzionari pubblici in relazione all'attività svolta, sicché avrebbe potuto formare oggetto del normale esercizio del potere di iniziativa legislativa.

Al riguardo, il rimettente ricorda come la giurisprudenza di questa Corte abbia individuato, tra gli indici alla stregua dei quali verificare la carenza del requisito della straordinarietà del caso di necessità e urgenza, proprio la «evidente estraneità» della norma censurata rispetto alla materia disciplinata da altre disposizioni del decreto-legge che la contiene (sono citate le sentenze n. 128 del 2008 e n. 171 del 2007). L'inserimento di norme eterogenee rispetto all'oggetto e alla finalità del decreto spezza, infatti, il legame logico-giuridico tra la valutazione fatta dal Governo dell'urgenza di provvedere e i provvedimenti provvisori con forza di legge adottati.

1.5.– Ove pure, peraltro, si ritenesse la disposizione censurata omogenea rispetto al contenuto e alla ratio del decreto-legge, essa si porrebbe egualmente in contrasto con l'art. 77 Cost. per difetto del presupposto della straordinaria necessità ed urgenza.

Rispetto a una depenalizzazione, infatti, l'eccezionale urgenza di provvedere, atta a legittimare la procedura per decreto, «non [potrebbe] essere realisticamente postulata se non in ipotesi residuali», nella specie palesemente insussistenti, «tenuto conto dei fisiologici tempi di svolgimento di qualsivoglia procedimento penale e della totale assenza di incidenza di singole vicende penali sul piano della semplificazione amministrativa».

Risulterebbe emblematica, in tal senso, l'assoluta assenza, nel preambolo del decreto-legge, di una motivazione riguardo alla straordinaria necessità che rendeva urgente, in quel momento, la riscrittura del delitto di abuso d'ufficio.

1.6.– Sul piano dei contenuti, poi, la disposizione censurata si porrebbe in contrasto con gli artt. 3 e 97 Cost.

Il reato di abuso d'ufficio è volto, infatti, a tutela dell'interesse, costituzionalmente garantito, al buon andamento, all'imparzialità e alla trasparenza della pubblica amministrazione: il che renderebbe palese la contraddizione tra la finalità che ha ispirato il decreto-legge – semplificare l'azione amministrativa «operando senza pregiudizio per i presidi

di legalità», come indicato nel preambolo – e la norma denunciata.

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"».

Per un verso, infatti, l'inosservanza di un vincolo di condotta integrerebbe, già di per sé, un diverso reato (omissione di atti d'ufficio in caso di condotta omissiva, falso conseguente al compimento di un atto in difetto dei presupposti, ovvero un diverso abuso d'autorità specificamente previsto): il che renderebbe inoperante il delitto in esame, stante la clausola di sussidiarietà con cui l'art. 323 cod. pen. esordisce («salvo che il fatto non costituisca un più grave reato»).

Per altro verso, poi, i casi nei quali la legge determina «il se, il cosa e il come» di una condotta imposta a un agente pubblico sarebbero non solo estremamente rari, ma atterrebbero, altresì, «ad una sfera minuta dell'attività amministrativa». In pratica, dunque, il legislatore avrebbe riservato la rilevanza penale 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.

1.7.– Il rimettente rileva, da ultimo, come le questioni debbano ritenersi ammissibili, ancorché il loro accoglimento determini la caducazione della norma abrogatrice e, di conseguenza, la reviviscenza della precedente disciplina, con effetti in malam partem.

Ad avviso del giudice a quo, la giurisprudenza di questa Corte, sin dalla sentenza n. 148 del 1983, avrebbe chiarito che gli effetti in malam partem di una pronuncia di illegittimità costituzionale non precludono l'esame nel merito della normativa censurata, fermo restando il divieto per la Corte stessa, in virtù della riserva di legge prevista dall'art. 25, secondo comma, Cost., di «configurare nuove norme penali» (è citata la sentenza n. 394 del 2006): ipotesi che non verrebbe in rilievo nella specie, in quanto l'eventuale decisione di accoglimento si limiterebbe a rimuovere gli ostacoli all'applicazione di una disciplina stabilita dal legislatore. Il controllo di legittimità costituzionale non potrebbe, infatti, soffrire limitazioni, e gli effetti delle sentenze di accoglimento nel processo principale dovrebbero essere valutati dal giudice secondo i principi generali sulla successione nel tempo delle leggi penali.

2.– È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che le questioni siano dichiarate inammissibili o non fondate.

2.1.– L'Avvocatura dello Stato osserva che la norma censurata ha certamente circoscritto la sfera di operatività della norma incriminatrice dell'abuso d'ufficio, stabilendo che l'abuso

possa essere integrato solo dalla violazione di regole di condotta poste da fonti primarie in modo specifico ed espresso, nonché, soprattutto, escludendo che possa venire in rilievo l'attività amministrativa anche solo in minima parte discrezionale; mentre è rimasta inalterata la condotta alternativa concernente l'inosservanza dell'obbligo di astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, o negli altri casi prescritti.

L'obiettivo perseguito è il medesimo che il legislatore si era proposto di raggiungere in precedenza attraverso la modifica dell'art. 323 cod. pen. operata dalla legge 16 luglio 1997, n. 234 (Modifica dell'art. 323 del codice penale, in materia di abuso d'ufficio, e degli articoli 289, 416 e 555 del codice di procedura penale), che aveva introdotto nella formula descrittiva dell'illecito la locuzione «in violazione di norme di legge o di regolamento», con l'intento di rendere più selettiva la fattispecie incriminatrice.

Nell'interpretare il novellato art. 323 cod. pen., tuttavia, un consolidato orientamento giurisprudenziale ha ritenuto che il requisito della violazione di legge potesse essere integrato anche dall'inosservanza dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, di cui all'art. 97 Cost., finendo così per dare rilievo anche alla violazione di principi generali, per loro natura indeterminati, e quindi per vanificare l'intento del legislatore dell'epoca.

La ratio del d.l. n. 76 del 2020, nella parte relativa alla modifica del delitto di abuso d'ufficio, sarebbe dunque quella di sottrarre definitivamente al sindacato penale le condotte dei soggetti pubblici che non implichino la violazione di leggi specifiche e ben determinate.

2.2.– Ciò premesso, l'Avvocatura generale dello Stato eccepisce l'inammissibilità delle questioni per inadeguatezza della motivazione sulla rilevanza.

Il giudice a quo si sarebbe limitato ad affermare che, per i fatti oggetto del giudizio principale, rispetto ai quali gli esiti investigativi avrebbero imposto il rinvio a giudizio, la modifica normativa censurata imporrebbe invece il proscioglimento degli imputati perché il fatto non costituisce più reato, essendo stata contestata la violazione di norme di principio e regolamentari, e non di regole di condotte poste da fonti primarie da cui non residuino margini di discrezionalità.

Il rimettente avrebbe omesso però di verificare l'eventuale perdurante riconducibilità dei fatti in contestazione al paradigma punitivo dell'abuso d'ufficio, sotto il profilo dell'inosservanza, da parte degli imputati, di un obbligo di astensione in presenza di un conflitto di interessi. Dall'ordinanza di rimessione traspaiono, infatti, gli ottimi rapporti intercorrenti tra i due candidati e uno dei membri della commissione esaminatrice, il quale avrebbe manifestato senza remore e in più occasioni il proprio intento «di stabilizzare ed internalizzare» i candidati stessi.

Una simile verifica avrebbe consentito, considerata la fase in cui versa il procedimento – destinata, tra l'altro, proprio alla precisazione e all'integrazione della contestazione –, una eventuale modifica dell'imputazione e l'emissione del decreto che dispone il giudizio, con conseguente irrilevanza delle questioni.

2.3.– Anche a ritenere integrato il requisito della rilevanza, le questioni risulterebbero, comunque sia, inammissibili, quanto a quelle sollevate in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., e non fondata, quanto a quella sollevata in riferimento all'art. 77 Cost.

Riguardo ai primi due parametri, il giudice a quo invoca, infatti, una pronuncia ablativa della modifica normativa, che avrebbe come effetto la reviviscenza della precedente norma incriminatrice dell'abuso d'ufficio, che assegna rilevanza penale a un maggior numero di condotte. Una simile pronuncia risulterebbe, tuttavia, preclusa alla luce della costante

giurisprudenza di questa Corte, secondo cui l'adozione di pronunce con effetti in malam partem in materia penale trova ostacolo nel principio della riserva di legge sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., il quale, rimettendo al legislatore la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, 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, comunque sia, alla punibilità.

Né varrebbero in senso contrario le sentenze n. 394 del 2006 e n. 148 del 1983, citate dal rimettente, trattandosi di pronunce concernenti il distinto tema dell'ammissibilità del sindacato di legittimità costituzionale sulle cosiddette norme penali di favore: qualifica che non spetterebbe alla norma censurata.

Rileva, altresì, l'Avvocatura dello Stato che, con la sentenza n. 447 del 1998, questa Corte si è già specificamente espressa nel senso dell'inammissibilità di analoghe questioni di legittimità costituzionale dell'art. 323 cod. pen., come sostituito dall'art. 1 della legge n. 234 del 1997, sollevate in riferimento ai medesimi parametri.

2.4.– Non fondata risulterebbe, infine, la questione sollevata in riferimento all'art. 77 Cost., non potendosi ritenere carenti né il requisito dell'omogeneità della norma censurata rispetto alle altre disposizioni del d.l. n. 76 del 2020, né quello della straordinaria necessità e urgenza di provvedere alla modifica normativa in esame.

Il nesso tra la modifica della disciplina dell'abuso d'ufficio e l'emergenza epidemiologica da COVID-19 sarebbe costituito, infatti, dall'idea che la ripresa del Paese possa essere agevolata da una più chiara delimitazione delle responsabilità, sia sul fronte contabile, sia su quello penale. Con particolare riguardo a quest'ultimo, l'obiettivo è stato, in specie, quello di circoscrivere l'area dell'abuso d'ufficio penalmente rilevante, in modo da rasserenare gli amministratori pubblici, chiamati a lavorare per facilitare la ripresa del Paese.

In tale ottica, l'intervento realizzato, diretto ad elidere la "paura della firma", risulterebbe non solo connesso alle altre materie disciplinate dall'indicato decreto-legge e volte più propriamente alla semplificazione delle procedure, ma anche connotato dalla straordinaria necessità e urgenza, proprio per consentire agli amministratori pubblici di agire subito, senza il timore di incorrere in denunce per abuso d'ufficio, specie in un periodo caratterizzato dal susseguirsi di normative non sempre di agevole e immediata comprensione.

Considerato in diritto

1.– Il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Catanzaro dubita della legittimità costituzionale dell'art. 23, comma 1, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale), convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020, n. 120, che ha modificato la disciplina del reato di abuso d'ufficio, sostituendo, nell'art. 323 del codice penale, la locuzione – riferita alla violazione integrativa del reato – «di norme di legge o di regolamento» con l'altra, più restrittiva, «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

I dubbi del rimettente attengono, sia al procedimento di produzione della norma, e segnatamente alla scelta di introdurla mediante decretazione d'urgenza, sia ai suoi contenuti.

Sotto il primo profilo, la norma censurata violerebbe l'art. 77 della Costituzione, perché del tutto estranea, in assunto, alla materia disciplinata dalle altre disposizioni del d.l. n. 76 del 2020 e avulsa dalle ragioni giustificatrici della normativa adottata in via d'urgenza dal

Governo, legate alla ritenuta necessità di introdurre misure di semplificazione amministrativa e di rilancio economico del Paese, per far fronte alle ricadute economiche conseguenti all'emergenza epidemiologica da COVID-19.

Anche a voler diversamente opinare sul punto, peraltro, difetterebbe, comunque sia, il presupposto della straordinaria necessità ed urgenza: presupposto che, rispetto a interventi di (parziale) depenalizzazione – quale quello realizzato dalla norma censurata –, sarebbe ravvisabile solo in casi residuali, nella specie insussistenti, tenuto conto dei tempi di svolgimento dei processi penali e dell'assenza di ricadute delle singole vicende penali sul piano della semplificazione amministrativa.

Quanto, poi, ai contenuti, la norma denunciata si porrebbe in contrasto con gli artt. 3 e 97 Cost., giacché, alla luce della modifica da essa operata, l'abuso, per assumere rilievo penale, dovrebbe risolversi nell'inosservanza di una norma legislativa che preveda una attività amministrativa vincolata «nell'an, nel quid e nel quomodo»: il che renderebbe pressoché impossibile la configurabilità del reato, posto a presidio del buon andamento, dell'imparzialità e della trasparenza della pubblica amministrazione. I casi di attività amministrativa integralmente vincolata sarebbero, infatti, estremamente rari e atterrebbero, comunque sia, a una sfera minuta dell'agere della pubblica amministrazione. Il legislatore avrebbe, dunque, circoscritto la rilevanza penale a una casistica del tutto marginale, quantitativamente e qualitativamente, 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.

Ne risulterebbe violato il principio di eguaglianza, giacché, privando di rilievo penale ogni forma di esercizio di discrezionalità amministrativa, la norma denunciata attribuirebbe all'agente pubblico un potere dispositivo assoluto e sottratto al vaglio giudiziale, con il risultato di equiparare situazioni affatto diverse: il potere discrezionale attribuito al pubblico amministratore e la facoltà di disposizione della propria cosa riconosciuta al proprietario privato.

2.– Per meglio affrontare le questioni, è necessario ricostruire preliminarmente la genesi della disposizione sottoposta a scrutinio, ripercorrendo, in sintesi, la travagliata vicenda normativa e giurisprudenziale che si colloca alle sue spalle.

La figura criminosa dell'abuso d'ufficio, assolvendo una funzione "di chiusura" del sistema dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, rappresenta, infatti, il punto saliente di emersione della spigolosa tematica del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa: tematica percorsa da una perenne tensione tra istanze legalitarie, che spingono verso un controllo a tutto tondo, atto a fungere da freno alla mala gestio della cosa pubblica, e l'esigenza di evitare un'ingerenza pervasiva del giudice penale sull'operato dei pubblici amministratori, lesiva della sfera di autonomia ad essi spettante.

Al tempo stesso, si tratta di fattispecie caratterizzata da congeniti margini di elasticità, generatori di persistenti problemi di compatibilità con il principio di determinatezza.

Di tutto ciò è testimonianza la tormentata parabola storica della figura.

2.1.– Nel disegno originario del codice penale del 1930, l'abuso d'ufficio era descritto all'art. 323 con formula semplice, ma, in pari tempo, estremamente comprensiva: veniva, infatti, punito il pubblico ufficiale che, «abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette[sse], per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge».

Le criticità di una ipotesi criminosa così congegnata rimanevano, peraltro, attutite dal fatto

che essa era chiamata a recitare un ruolo marginale nel sistema. Si trattava, infatti, di una figura sussidiaria e blandamente punita, stretta, com'era, tra le due fattispecie delittuose cui risultava allora precipuamente affidato il controllo di legalità sull'attività amministrativa: il peculato per distrazione e l'interesse privato in atti d'ufficio (artt. 314 e 324 cod. pen.). Figure anch'esse, peraltro, dai contorni assai labili, che permettevano alla magistratura penale penetranti incursioni sulle scelte della pubblica amministrazione.

2.2.– Lo scenario mutava con la riforma operata dalla legge 26 aprile 1990, n. 86 (Modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione), la quale, onde arginare tale temperie, estromise dalla fattispecie del peculato la forma per distrazione e abrogò il reato di interesse privato in atti d'ufficio.

Di riflesso, però, la riforma riscrisse l'art. 323 cod. pen., nella prospettiva di far refluire nell'abuso d'ufficio una parte delle condotte già colpite dalle fattispecie abrogate, con un filtro – almeno negli intenti – di maggiore selettività. A questo fine, si prevedeva che l'abuso d'ufficio – esteso anche agli incaricati di pubblico servizio – dovesse essere finalizzato ad un vantaggio, proprio od altrui, «ingiusto», o a un danno altrui del pari «ingiusto», con la previsione di un sensibile aumento della pena, qualora il vantaggio fosse di natura patrimoniale.

I risultati non furono, tuttavia, quelli sperati. L'abuso d'ufficio acquistava di colpo una centralità applicativa in precedenza ignota, non accompagnata, però, da un reale incremento di determinatezza della fattispecie tipica, la quale restava incentrata su una condotta in sé vaga – quale quella di «abusa[re] del[l]'ufficio» – senza che il requisito dell'ingiustizia del vantaggio o del danno, oggetto del dolo specifico, si rivelasse capace di delimitare adeguatamente i confini del tipo.

Il rivisitato art. 323 cod. pen. divenne, così, il nuovo strumento per un penetrante sindacato della magistratura penale sull'operato dei pubblici funzionari, adombrando il costante spettro dell'avvio di indagini in loro danno.

2.3.– A distanza di pochi anni, il legislatore corse quindi ai ripari, riscrivendo una seconda volta la norma incriminatrice con l'art. 1 della legge 16 luglio 1997, n. 234 (Modifica dell'art. 323 del codice penale, in materia di abuso d'ufficio, e degli articoli 289, 416 e 555 del codice di procedura penale).

Dismesso il generico riferimento all'abuso dell'ufficio (che resta solo nella rubrica dell'art. 323 cod. pen.), la condotta tipica viene individuata nella «violazione di norme di legge o di regolamento», ovvero, in alternativa, nella omessa astensione «in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti». La fattispecie si trasforma, altresì, in reato di evento, essendo richiesta, ai fini del suo perfezionamento, l'effettiva verificazione dell'ingiusto danno o dell'ingiusto vantaggio patrimoniale (il vantaggio non patrimoniale perde rilevanza); evento che deve essere oggetto di dolo intenzionale.

Nel risagomare la figura, il legislatore del 1997 aveva agito con il trasparente intento di renderne più nitidi i confini, impedendo, in specie, un sindacato del giudice penale sull'esercizio della discrezionalità amministrativa. Il riferimento alla «violazione di norme di legge o di regolamento», evocando uno dei vizi tipici dell'atto amministrativo, doveva servire infatti a metter fuori, a contrario, l'eccesso di potere, non menzionato.

Le intenzioni del legislatore hanno dovuto, però, fare i conti con le soluzioni della giurisprudenza, la quale, dopo una fase iniziale di ossequio allo spirito della novella, è virata verso interpretazioni estensive degli elementi di fattispecie, atte a travalicare i rigidi paletti che la novella legislativa aveva inteso fissare e a riaprire ampi scenari di controllo del giudice penale sull'attività amministrativa discrezionale.

Per quanto qui più interessa, è venuto infatti a consolidarsi, da un lato, nella giurisprudenza di legittimità, l'indirizzo in forza del quale la «violazione di norme di legge», rilevante come abuso d'ufficio, può essere integrata anche dall'inosservanza del generalissimo principio di imparzialità della pubblica amministrazione, enunciato dall'art. 97 Cost.: principio che – secondo la Corte di cassazione – nella parte in cui vieta al pubblico funzionario di operare ingiustificati favoritismi o intenzionali vessazioni, esprimerebbe una precisa regola di comportamento di immediata applicazione (ex plurimis, Corte di cassazione, sezione sesta penale, sentenza 21 febbraio 2019-23 maggio 2019, n. 22871; Corte di cassazione, sezione sesta penale, sentenza 12 giugno 2018-29 ottobre 2018, n. 49549; Corte di cassazione, sezione seconda penale, sentenza 27 ottobre 2015-20 novembre 2015, n. 46096).

Dall'altro lato, poi, si è assistito al recupero nell'area di rilevanza penale degli atti viziati da eccesso di potere, nella forma dello sviamento. Con soluzione ermeneutica avallata dalle sezioni unite, la Corte di cassazione ha ritenuto, infatti, che la violazione di legge cui fa riferimento l'art. 323 cod. pen. ricorra non solo quando la condotta del pubblico funzionario si ponga in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando sia volta alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, dando luogo appunto a un vizio di sviamento: vizio che integrerebbe la violazione di legge, perché sta a significare che la potestà non è stata esercitata secondo lo schema normativo che legittima l'attribuzione (Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 29 settembre 2011-10 gennaio 2012, n. 155).

Si è venuta a creare, in questo modo, una situazione che riecheggia, per molti versi, quella registratasi all'indomani della legge n. 86 del 1990 e alla quale la successiva legge n. 234 del 1997 aveva inteso por rimedio. Ciò, peraltro, in presenza di un inasprimento della pena edittale del reato, che, già fissata da tale ultima legge nella reclusione da sei mesi a tre anni, è stata elevata dall'art. 1, comma 75, lettera p), della legge 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione) alla reclusione da uno a quattro anni.

2.4.– La vicenda ora descritta non è rimasta, tuttavia, priva di ricadute.

Per opinione ampiamente diffusa, deve individuarsi, infatti, proprio in tale stato di cose una delle principali cause della sempre maggiore diffusione del fenomeno che si è soliti designare come "burocrazia difensiva" (o "amministrazione difensiva"). I pubblici funzionari si astengono, cioè, 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 (cosiddetta "paura della firma").

A questi fini, poco conta l'enorme divario, che pure si è registrato sul piano statistico, tra la mole dei procedimenti per abuso d'ufficio promossi e l'esiguo numero delle condanne definitive pronunciate in esito ad essi. Il solo rischio, ubiquo e indefinito, del coinvolgimento in un procedimento penale, con i costi materiali, umani e sociali (per il ricorrente clamore mediatico) che esso comporta, basta a generare un "effetto di raffreddamento", che induce il funzionario ad imboccare la via per sé più rassicurante.

Tutto ciò, peraltro, con significativi riflessi negativi in termini di perdita di efficienza e di rallentamento dell'azione amministrativa, specie nei procedimenti più delicati.

2.5.– Benché l'esigenza di contrastare la "burocrazia difensiva" e suoi guasti, agendo sulle cause del fenomeno, fosse già da tempo avvertita, la scelta di porre mano all'intervento è maturata solo a seguito dell'emergenza pandemica da COVID-19, nell'ambito di un eterogeneo provvedimento d'urgenza volto a dare nuovo slancio all'economia nazionale, messa a dura prova dalla prolungata chiusura delle attività produttive disposta nella prima fase acuta

dell'emergenza. Si allude al d.l. n. 76 del 2020, correntemente noto come "decreto semplificazioni".

Il provvedimento si occupa, in un apposito capo (il Capo IV del Titolo II), intitolato «[r]esponsabilità», delle due principali fonti di "timore" per il pubblico amministratore (e, dunque, dei suoi "atteggiamenti difensivistici"): la responsabilità erariale e la responsabilità penale. Entrambe vengono fatte oggetto di modifiche limitative e all'insegna della maggiore tipizzazione.

Quanto alla responsabilità penale, l'art. 23 del decreto-legge in esame – norma oggi censurata, rimasta invariata all'esito della conversione operata dalla legge n. 120 del 2020 – ridefinisce per la terza volta, nel suo unico comma, il perimetro applicativo del delitto di abuso d'ufficio: nell'occasione, però, senza riscrivere per intero la disposizione del codice penale, ma incidendo in modo "mirato" sulla prima delle due condotte tipiche, rappresentata dalla «violazione di norme di legge o di regolamento» (mentre quella alternativa dell'inosservanza di un obbligo di astensione resta invariata). La modifica consiste, in specie, nella sostituzione della locuzione «di norme di legge o di regolamento» con l'altra «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

In negativo, dunque, la recente novella estromette il riferimento ai regolamenti; in positivo, richiede che la violazione abbia ad oggetto regole specifiche previste in modo espresso da fonti primarie e che non lascino al funzionario pubblico spazi di discrezionalità. Particolarmente su questo secondo versante, risulta trasparente l'intento di sbarrare la strada alle interpretazioni giurisprudenziali che avevano dilatato la sfera di operatività della norma introdotta dalla legge n. 234 del 1997: la puntualizzazione che l'abuso deve consistere nella violazione di regole specifiche mira ad impedire che si sussuma nell'ambito della condotta tipica anche l'inosservanza di norme di principio, quale l'art. 97 Cost.; richiedendo che le regole siano espressamente previste dalla legge e tali da non lasciare «margini di discrezionalità» si vuol negare rilievo al compimento di atti viziati da eccesso di potere.

Si è, dunque, al cospetto di una modifica di segno restrittivo dell'area di rilevanza penale – specie nel raffronto con la "norma vivente" disegnata dalle ricordate interpretazioni giurisprudenziali – con conseguenti effetti di abolitio criminis parziale, operanti, come tali, ai sensi dell'art. 2, secondo comma, cod. pen., anche in rapporto ai fatti anteriormente commessi (quali quelli oggetto del giudizio a quo).

Della legittimità costituzionale di un simile intervento dubita, tuttavia, l'odierno rimettente, ponendo in discussione, sul piano costituzionale, sia la scelta di attuarlo tramite provvedimento d'urgenza, sia la correttezza, dal punto di vista sostanziale, delle soluzioni concretamente adottate.

3.– Il Presidente del Consiglio dei ministri, intervenuto in giudizio per mezzo dell'Avvocatura generale dello Stato, ha eccepito l'inammissibilità delle questioni, innanzitutto per inadeguatezza della motivazione sulla rilevanza.

Il giudice a quo ha reputato le questioni rilevanti sull'assunto che le modifiche operate dalla norma censurata – sopravvenuta dopo la fissazione dell'udienza preliminare – imporrebbero il proscioglimento degli imputati nel giudizio principale, i quali avrebbero dovuto essere invece rinviati a giudizio in base al precedente testo dell'art. 323 cod. pen. Agli imputati è contestato, infatti, di aver favorito, quali membri della commissione esaminatrice di un concorso pubblico, due candidati (imputati anch'essi, si può supporre quali concorrenti extranei), in violazione sia del generale principio di imparzialità posto dall'art. 97 Cost., sia di una norma di legge che ribadisce il principio con riguardo alle procedure di reclutamento del personale (art. 35, comma 3, lettera a, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, recante

«Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche»), sia, infine, di talune norme regolamentari in tema di attribuzione dei punteggi e di valutazione dei titoli. Nessuna di tali violazioni rileverebbe più alla luce della nuova configurazione delle fattispecie: non quella delle norme regolamentari, ormai estromessa dal campo applicativo dell'incriminazione; ma nemmeno quella delle residue norme di rango legislativo e costituzionale, trattandosi di disposizioni recanti principi generali, e non già di specifiche regole di condotta dalle quali non residuino margini di discrezionalità.

Tale ragionamento – in sé del tutto plausibile – non sarebbe però, secondo l'Avvocatura dello Stato, sufficiente, avendo il rimettente omesso di verificare se le condotte ascritte agli imputati, non più rilevanti come violazione di legge, restino tuttavia inquadrabili nell'altra modalità di realizzazione del reato – non incisa dalla novella – costituita dalla mancata astensione «in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti». Verifica, questa, in assunto tanto più necessaria a fronte del fatto che la stessa ordinanza di rimessione ha posto in evidenza gli ottimi rapporti intercorrenti tra i candidati favoriti e uno dei membri della commissione, il quale avrebbe manifestato ripetutamente il proprio intento di «stabilizzare ed internalizzare» i candidati stessi: donde un possibile conflitto d'interessi.

L'eccezione non è fondata.

A prescindere da ogni possibile dubbio sul fatto che le esternazioni cui allude l'Avvocatura dello Stato bastino ad integrare un «caso prescritto» di astensione, vale osservare che si tratta di esternazioni ascrivibili, secondo l'ordinanza di rimessione, a uno solo dei membri della commissione esaminatrice, e non agli altri.

A tutto pure concedere, peraltro, il passaggio dall'una all'altra modalità di realizzazione del reato richiederebbe – come la stessa Avvocatura dello Stato riconosce – una modifica dell'imputazione (per diversità del fatto): modifica che il pubblico ministero non risulta aver operato. Il giudice a quo dovrebbe, quindi, eventualmente sollecitarla, restituendo gli atti al pubblico ministero ove questi non aderisse al suo invito (ciò, in ossequio al meccanismo delineato dalle Sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza 20 dicembre 2007-1° febbraio 2008, n. 5307, riguardo al controllo del giudice sull'imputazione nell'udienza preliminare). Ottica nella quale le questioni risulterebbero, comunque sia, rilevanti, incidendo sull'esercizio della funzione giurisdizionale.

4.– Di ben maggiore consistenza è un altro profilo di inammissibilità, connesso al petitum, anch'esso oggetto di eccezione da parte dell'Avvocatura dello Stato.

Il giudice a quo invoca, infatti, una pronuncia ablativa della modifica operata dalla norma censurata, che avrebbe come effetto la reviviscenza della precedente norma incriminatrice dell'abuso d'ufficio, dal perimetro applicativo più vasto. Si tratta, dunque, inequivocabilmente, della richiesta di una sentenza in malam partem in materia penale.

Viene di conseguenza in rilievo il costante indirizzo di questa Corte, secondo cui l'adozione di pronunce con effetti in malam partem in materia penale risulta, in via generale, preclusa dal principio della riserva di legge sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., il quale, rimettendo al «soggetto-Parlamento» (sentenza n. 5 del 2014), che incarna la rappresentanza politica della Nazione (sentenza n. 394 del 2006), le scelte di politica criminale (con i relativi delicati bilanciamenti di diritti e interessi contrapposti), 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, comunque sia, alla punibilità (ex plurimis, sentenze n. 17 del 2021, n. 37 del 2019, n. 46 del 2014, n. 324 del 2008, n. 394 del 2006 e n. 161 del 2004; ordinanze n. 219 del 2020, n. 65 del 2008 e n. 164 del 2007).

A questo riguardo, è necessario tuttavia distinguere – come fa, del resto, la stessa Avvocatura dello Stato – la questione che investe il procedimento di produzione della norma da quelle intese a denunciare vizi sostanziali, attinenti, cioè, a quanto la norma dispone.

5.– Per quel che riguarda la questione sollevata in riferimento all'art. 77 Cost. – che assume carattere pregiudiziale, proprio perché concernente il corretto esercizio della funzione normativa primaria (ex plurimis, sentenze n. 115 del 2020, n. 288 e n. 247 del 2019) – questa Corte ha avuto modo, in effetti, di chiarire che la preclusione delle pronunce in malam partem non viene in considerazione quando si discuta di vizi formali o di incompetenza, relativi, cioè, al procedimento di formazione dell'atto legislativo e alla legittimazione dell'organo che lo ha adottato.

Se l'esclusione delle pronunce in malam partem mira a salvaguardare il monopolio del «soggetto-Parlamento» sulle scelte di criminalizzazione, sarebbe illogico che detta preclusione possa scaturire da interventi normativi operati da soggetti non legittimati, i quali pretendano di "neutralizzare" le scelte effettuate da chi detiene quel monopolio – quale il Governo, che si serva dello strumento del decreto legislativo senza il supporto della legge di delegazione (sentenze n. 189 del 2019 e n. 5 del 2014), o le Regioni, che legiferino indebitamente in materia penale, loro preclusa (sentenza n. 46 del 2014) –; ovvero che possa derivare da interventi normativi operati senza il rispetto del corretto iter procedurale, che pure assume una specifica valenza garantistica nella cornice della riserva di legge, connessa al fatto che il procedimento legislativo «implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione» (sentenza n. 230 del 2012), consentendo, così, alle une e all'altra un apporto critico alle «scelte di criminalizzazione adottate dalla maggioranza» (sentenza n. 487 del 1989).

Ciò vale anche e specificamente per le norme penali introdotte mediante decreto-legge.

Questa Corte ha, infatti, scrutinato nel merito, malgrado i possibili effetti in malam partem conseguenti al loro accoglimento, non solo questioni volte a censurare l'inserimento in sede di conversione di norme penali "intruse", prive cioè di ogni collegamento logico-giuridico con il testo originario del decreto-legge convertito (sentenza n. 32 del 2014) (operazione che menoma indebitamente il dibattito parlamentare, comprimendolo all'interno dei tempi contingentati correlati alla breve "vita provvisoria" dell'atto normativo del Governo); ma anche, e prima ancora, questioni intese – come l'odierna – a denunciare la carenza dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza, ai quali è subordinata l'eccezionale legittimazione del Governo ad adottare atti con forza di legge in assenza di delegazione parlamentare (sentenza n. 330 del 1996; ordinanze n. 90 del 1997 e n. 432 del 1996, tutte in tema di depenalizzazione mediante decreto-legge di reati in materia di inquinamento delle acque).

6.– Se pure dunque ammissibile, la questione in esame non è, però, fondata.

6.1.– Per costante giurisprudenza di questa Corte, la preesistenza di una situazione di fatto comportante la necessità e l'urgenza di provvedere tramite l'utilizzazione di uno strumento eccezionale, quale il decreto-legge, costituisce un requisito di validità dell'adozione di tale atto, la cui mancanza configura un vizio di legittimità costituzionale del medesimo, che non è sanato dalla legge di conversione, la quale, ove intervenga, risulta a sua volta inficiata da un vizio in procedendo (ex plurimis, sentenze n. 149 del 2020, n. 10 del 2015, n. 93 del 2011, n. 128 del 2008, n. 171 del 2007 e n. 29 del 1995).

Il sindacato resta, tuttavia, circoscritto alle ipotesi di "mancanza evidente" dei presupposti in discorso o di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà della loro valutazione (ex plurimis, sentenze n. 186 del 2020, n. 288 e n. 97 del 2019, n. 137, n. 99 e n. 5 del 2018, n. 236 e n. 170 del 2017): ciò, al fine di evitare la sovrapposizione tra la valutazione politica del Governo e

delle Camere (in sede di conversione) e il controllo di legittimità costituzionale (sentenze n. 186 del 2020, n. 93 del 2011, n. 83 del 2010 e n. 171 del 2007). L'espressione, usata dall'art. 77 Cost., per indicare i presupposti della decretazione d'urgenza è connotata, infatti, da un «largo margine di elasticità» (sentenza n. 5 del 2018), onde consentire al Governo di apprezzare la loro esistenza con riguardo a una pluralità di situazioni per le quali non sono configurabili rigidi parametri (sentenze 137 del 2018 e n. 171 del 2007).

Questa Corte ha chiarito, per altro verso, che l'omogeneità costituisce un requisito del decreto-legge sin dalla sua origine, poiché «l'inserimento di norme eterogenee all'oggetto o alla finalità del decreto spezza il legame logico-giuridico tra la valutazione fatta dal Governo dell'urgenza del provvedere ed "i provvedimenti provvisori con forza di legge", di cui alla norma costituzionale citata» (sentenze n. 149 del 2020 e n. 22 del 2012).

Il riconoscimento dell'esistenza dei presupposti fattuali, di cui all'art. 77, secondo comma, Cost., resta, dunque, collegato ad una intrinseca coerenza delle norme contenute nel decreto-legge, o dal punto di vista oggettivo e materiale, o dal punto di vista funzionale e finalistico. L'urgente necessità del provvedere può riguardare, cioè, una pluralità di norme accomunate o dalla natura unitaria delle fattispecie disciplinate, ovvero dall'intento di fronteggiare una situazione straordinaria complessa e variegata, che richiede interventi oggettivamente eterogenei, in quanto afferenti a materie diverse, ma indirizzati tutti all'unico scopo di approntare urgentemente rimedi a tale situazione (tra le altre, sentenza n. 149 del 2020, n. 137 del 2018, n. 170 del 2017, n. 244 del 2016 e n. 22 del 2012).

Per i decreti-legge ab origine a contenuto plurimo, quel che rileva è dunque il profilo teleologico, ossia l'osservanza della ratio dominante l'intervento normativo d'urgenza (sentenze n. 213 del 2021, n. 170 e n. 16 del 2017, e n. 287 del 2016). Anche su tale fronte, il sindacato di questa Corte resta, peraltro, circoscritto ai casi in cui la rottura del nesso tra la situazione di necessità ed urgenza che il Governo mira a fronteggiare e la singola disposizione del decreto-legge risulti evidente, così da connotare quest'ultima come «totalmente "estranea"» o addirittura «intrusa», analogamente a quanto avviene con riguardo alle norme aggiunte dalla legge di conversione (sentenza n. 213 del 2021).

6.2.– Alla luce dei principi ora ricordati, le censure del giudice rimettente non possono essere condivise.

Non si può ritenere, anzitutto, come egli opina, che la norma censurata sia «eccentrica ed assolutamente avulsa», per materia e finalità, rispetto al decreto-legge in cui è inserita.

Come emerge dal preambolo, dai lavori preparatori e dalle dichiarazioni ufficiali che ne hanno accompagnato l'approvazione, il d.l. n. 76 del 2020 reca un complesso di norme eterogenee accomunate dall'obiettivo di promuovere la ripresa economica del Paese dopo il blocco delle attività produttive che ha caratterizzato la prima fase dell'emergenza pandemica. In quest'ottica, il provvedimento interviene in molteplici ambiti: semplificazioni di vario ordine per le imprese e per la pubblica amministrazione, diffusione dell'amministrazione digitale, ma anche responsabilità degli amministratori pubblici.

Quanto a quest'ultima, e segnatamente alla responsabilità penale per abuso d'ufficio, è ben vero che di essa non si fa alcuna menzione nel titolo del provvedimento (che parla esclusivamente di «[m]isure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale»), mentre nel preambolo il tema è richiamato in modo cursorio ed ambiguo (con il secco riferimento alla ritenuta «straordinaria necessità e urgenza di introdurre», tra gli altri, «interventi di semplificazione in materia di responsabilità del personale delle amministrazioni»). Né molto più prodiga di indicazioni è la relazione al disegno di legge di conversione A.S.1883, laddove la modifica dell'art. 323 cod. pen. viene giustificata con la mera esigenza «di definire in maniera più compiuta la condotta rilevante ai fini del reato di abuso di ufficio», senza alcuna

precisazione riguardo al collegamento dell'intervento con gli obiettivi di fondo del provvedimento d'urgenza.

Tale collegamento è individuabile – anche alla luce del convincimento espresso dal Presidente del Consiglio dei ministri nel presentare il decreto – nell'idea che la ripresa del Paese possa essere facilitata da una più puntuale delimitazione delle responsabilità. "Paura della firma" e "burocrazia difensiva", indotte dal timore di un'imputazione per abuso d'ufficio, si tradurrebbero, in quanto fonte di inefficienza e immobilismo, in un ostacolo al rilancio economico, che richiede, al contrario, una pubblica amministrazione dinamica ed efficiente.

In questa prospettiva, la modifica volta a restringere, meglio definendola, la sfera applicativa del reato dell'abuso d'ufficio (specie in rapporto alla precedente "norma vivente" di matrice giurisprudenziale) non è neppure una "monade" isolata. Come già si è accennato, infatti, la norma censurata si abbina, nell'ambito di dell'apposito capo del "decreto semplificazioni" dedicato alle «[r]esponsabilità» (il Capo IV del Titolo II), a disposizioni volte a "tranquillizzare" i pubblici amministratori rispetto all'altro rischio che accompagna il loro operato: vale a dire la responsabilità erariale.

In conclusione, non può dunque sostenersi che la norma censurata sia palesemente estranea alla traiettoria finalistica portante del decreto.

6.3.– Neppure, poi, può ritenersi, come pure assume il rimettente, che rispetto alla norma in esame si versi, comunque sia, in un caso di evidente mancanza del presupposto della straordinaria necessità ed urgenza.

Al riguardo, non può condividersi, nella sua assolutezza, l'affermazione del giudice a quo, stando alla quale sarebbe, in linea generale, «opinabile, se non addirittura impossibile», che la depenalizzazione parziale di una figura criminosa rivesta caratteri di straordinaria necessità ed urgenza. Si tratta, infatti, di assunto apodittico e non sorretto da adeguata base logica, il quale trova smentita nella citata sentenza n. 330 del 1996, con cui questa Corte negò che fosse censurabile per difetto dei presupposti della decretazione d'urgenza la depenalizzazione di alcuni reati in materia di inquinamento delle acque.

Ciò premesso, deve osservarsi come l'intervento normativo oggi in discussione rifletta due convinzioni, per quanto si è visto, entrambe diffuse: a) che il "rischio penale" e, in specie, quello legato alla scarsa puntualità e alla potenziale eccessiva ampiezza dei confini applicativi dell'abuso d'ufficio, rappresenti uno dei motori della "burocrazia difensiva"; b) che quest'ultima costituisca a propria volta un freno e un fattore di inefficienza dell'attività della pubblica amministrazione.

È ben vero che l'esigenza di contrastare tali fenomeni, incidendo sulle relative cause – e, in particolare, per quel che qui rileva, ridefinendo la portata del precetto dell'art. 323 cod. pen. –, non nasce con l'emergenza epidemiologica, ma si connette all'epifania, ben anteriore, degli indirizzi giurisprudenziali che hanno dilatato la sfera applicativa dell'incriminazione, attraendovi, tanto la violazione dell'art. 97 Cost., quanto lo sviamento di potere. Ma, se la necessità della riforma trae origine da quegli indirizzi, è però l'esigenza di far "ripartire" celermente il Paese dopo il prolungato blocco imposto per fronteggiare la pandemia che – nella valutazione del Governo (e del Parlamento, in sede di conversione) – ha impresso ad essa i connotati della straordinarietà e dell'urgenza. Valutazione, questa, che non può considerarsi manifestamente irragionevole o arbitraria.

7.– Il discorso è diverso per le questioni sollevate in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., intese a censurare i contenuti della norma. Riguardo ad esse, resta, infatti, pienamente operante la ricordata preclusione delle sentenze in malam partem in materia penale, cui consegue, come eccepito dall'Avvocatura dello Stato, l'inammissibilità delle questioni stesse.

Onde superare l'ostacolo, il rimettente invoca decisioni di questa Corte (in specie, le sentenze n. 394 del 2006 e n. 148 del 1983) che hanno ammesso la sindacabilità in malam partem delle cosiddette norme penali di favore: qualifica che tuttavia non compete alla norma oggi in esame.

Come questa Corte ha chiarito (sentenza n. 394 del 2006; in senso conforme, tra le altre, sentenza n. 155 del 2019, n. 57 del 2009 e n. 324 del 2008; ordinanza n. 413 del 2008), 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. 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.

La qualificazione come norma penale di favore non può essere fatta, di contro, 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 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 (sulla inammissibilità delle questioni volte a conseguire il ripristino di norme incriminatrici abrogate o di discipline penali sfavorevoli, ex plurimis, sentenze n. 37 del 2019, n. 57 del 2009 e n. 324 del 2008; ordinanze n. 282 del 2019, n. 413 del 2008 e n. 175 del 2001).

Questa Corte ha già applicato, peraltro, i ricordati principi all'evoluzione legislativa dell'abuso d'ufficio, dichiarando inammissibili, con la sentenza n. 447 del 1998, questioni analoghe a quelle ora in esame, sollevate in riferimento ai medesimi parametri (artt. 3 e 97 Cost.), aventi ad oggetto l'art. 323 cod. pen., come riformulato – anche allora in senso restrittivo – dalla legge n. 234 del 1997.

Nell'occasione, si è posto in evidenza come una censura di illegittimità costituzionale non possa 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 (sentenza n. 447 del 1998; in senso analogo, con riferimento all'abrogazione del reato di ingiuria, sentenza n. 37 del 2019; si vedano pure la sentenza n. 273 del 2010 e l'ordinanza n. 317 del 1996).

Si è rilevato, altresì, nella medesima occasione, che, in linea di principio, 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» (sentenza n. 447 del 1998).

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, e in particolare tramite interventi dilatativi del perimetro di rilevanza penale (sulla inammissibilità di questioni in malam partem basate sulla denuncia di violazione dell'art. 3 Cost., ex plurimis, sentenza n. 411 del 1995; ordinanze n. 437 del 2006 e n. 580 del 2000).

8.– Alla luce delle considerazioni che precedono, la questione sollevata in riferimento all'art. 77 Cost., logicamente pregiudiziale, deve essere dichiarata non fondata, mentre quelle sollevate in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost. debbono essere dichiarate inammissibili.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

1) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 23, comma 1, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale), convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020, n. 120, sollevata, in riferimento all'art. 77 della Costituzione, dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Catanzaro con l'ordinanza indicata in epigrafe;

2) dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 23, comma 1, del d.l. n. 76 del 2020, come convertito, sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Catanzaro con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 25 novembre 2021.

F.to:

Giancarlo CORAGGIO, Presidente

Franco MODUGNO, Redattore

Roberto MILANA, Direttore della Cancelleria

Depositata in Cancelleria il 18 gennaio 2022.

Il Direttore della Cancelleria

F.to: Roberto MILANA

Le sentenze e le ordinanze della Corte costituzionale sono pubblicate nella prima serie speciale della Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (a norma degli artt. 3 della legge 11 dicembre 1984, n. 839 e 21 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 1985, n. 1092) e nella Raccolta Ufficiale delle sentenze e ordinanze della Corte costituzionale (a norma dell'art. 29 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, approvate dalla Corte costituzionale il 16 marzo 1956).

Il testo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale fa interamente fede e prevale in caso di divergenza.