

LA GIURISPRUDENZA IN MATERIA DEI DELITTI
CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE
COME OSSERVATORIO PRIVILEGIATO PER UNA
VERIFICA DELLA DISCUSSA “INTERPRETAZIONE
CREATIVA” DELLA CORTE DI CASSAZIONE *



*Enrico Mario Ambrosetti ***

SOMMARIO 1. Vecchie e nuove problematiche in tema di interpretazione giudiziale penale. – 2. Le linee di riforma dei reati contro la pubblica amministrazione dal 1999 al 2024. – 3. La giurisprudenza in tema di pubblico ufficiale, indebita percezione di erogazioni pubbliche, abuso d'ufficio e corruzione impropria. – 4. Conclusioni: la giurisprudenza creativa in tema di reati contro la pubblica amministrazione sullo sfondo della contrapposizione tra politica legislativa e politica giudiziaria.

1. Vecchie e nuove problematiche in tema di interpretazione giudiziale penale

“L’interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge”: il titolo della nota monografia di Ombretta Di Giovine delinea in modo efficace i termini di un tema che è da sempre al centro della discussione nel mondo giuridico. Questo tradizionale problema è venuto assurgendo ad una delle questioni più controverse nell’odierno dibattito penalistico. Tanto che Paolo Ferrua in un recente scritto sul giornale “il Dubbio” del 28 agosto 2024 ha perentoriamente affermato che per uscire dalla crisi dell’amministrazione della Giustizia va innanzitutto risolto il problema “*dei giudici-legislatori, espressione con la quale alludo alle decisioni che superano la cornice dei significati ragionevolmente attribuibili al testo della legge; in altri termini le decisioni che, sotto l’alibi della insopprimibile interpretazione, si risolvono in realtà nella creazione di una nuova disposizione (giustamente dette ‘sentenze creative’)*”.

A ciò si aggiunga che nel corso degli ultimi anni l’ormai tradizionale dibattito in ordine ai controversi confini fra attività “interpretativa” e “creativa” del giudice penale ha avuto nuova linfa dall’introduzione dell’art. 618, co. 1-*bis*, c.p.p. Come è noto, il disposto stabilisce che “*se una sezione della corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la*

* Il presente contributo è destinato alla pubblicazione nel volume G. COCCO (a cura di), *L’interpretazione per un giudice liberale*, Wolters Kluwer - Cedam, 2025.

** Professore ordinario di diritto penale presso l’Università degli Studi di Padova.

decisione del ricorso". La norma, introdotta come strumento per limitare i contrasti giurisprudenziali all'interno della Corte di Cassazione, è divenuta nell'interpretazione della Suprema Corte l'aggancio normativo per "la creazione di un sistema del 'precedente' – seppure inteso in senso relativo". In tali termini si è espressa una recente sentenza della Suprema Corte (Cass., Sez. VI, 26.03.2024 n. 28594). Per comprendere correttamente questa affermazione essa va collocata nell'ambito della problematica del valore del precedente giudiziale delle Sezioni Unite rispetto alla c.d. "prevedibilità" di una norma. Sintetizzando i termini della questione, si può dire che l'introduzione di questo disposto avrebbe dato fondamento normativo alla tesi secondo cui è l'interpretazione giudiziale – nello specifico delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – ad avere un ruolo creativo della norma penale. E ciò in quanto – a fronte di un contrasto giurisprudenziale – una disposizione può essere oggetto di letture divergenti tutte legittime. È solo dal momento della decisione delle Sezioni Unite che l'esatto tenore della norma diviene "prevedibile" per il cittadino. Sul punto, si legge, infatti, nella recente pronuncia n. 28594/2024 che "più un sistema tende ad assicurare maggiore uniformità alla giurisprudenza, più il mutamento giurisprudenziale finisce per avvicinarsi ad una modifica legislativa, senza tuttavia avere gli effetti di questa".

Non è questa, peraltro, la sede per una completa e approfondita disamina delle problematiche sommariamente delineate. Il dato interessante – che ho voluto sottolineare – è l'esplicita affermazione della Suprema Corte secondo cui attività legislativa e interpretazione giudiziale finiscono per "avvicinarsi", con ciò avallando la tesi secondo cui è solamente dalla attività di interpretazione giudiziale che nasce un disposto normativo. Il mio obiettivo è, in realtà, molto meno ambizioso in quanto mi limiterò a porre l'attenzione non tanto sulle problematiche teoriche circa gli incerti confini fra attività creativa e meramente interpretativa del giudice, quanto sulle sue ricadute pratiche. Ed il settore dei delitti contro la pubblica amministrazione costituirà un osservatorio privilegiato per verificare la reale portata di questo ruolo creativo della giurisprudenza. Allo stesso tempo le decisioni giudiziali in tale ambito saranno il banco di prova per verificare se questa giurisprudenza creativa nasca effettivamente da scelte di politica giudiziaria che si contrappongono a quelle legislative.

2. Le linee di riforma dei reati contro la pubblica amministrazione dal 1999 al 2024

Prima di prendere in esame lo specifico tema d'indagine è, peraltro, opportuno ripercorrere brevemente le recenti riforme in materia di reati contro la pubblica

amministrazione. È noto come nell'ambito della parte speciale del Codice penale questo settore sia stato sicuramente quello oggetto delle più controverse riforme. In effetti, dal 1990 ad oggi si sono susseguiti numerosi provvedimenti che hanno ridisegnato, in particolare, il quadro dei delitti inseriti nel capo primo, e cioè quello dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. A fronte di questa attività del legislatore non è, peraltro, possibile individuare una comune visione politico-criminale. La novella del 1990 (Legge 26 aprile 1990, n. 86 "*Modifiche in tema dei delitti e dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*") era sicuramente mossa dalla volontà di limitare il controllo del giudice penale sull'attività della pubblica amministrazione. In tale prospettiva si possono leggere, per un verso, l'abrogazione dei delitti di interesse privato in atti d'ufficio (art. 324 c.p.) e peculato per distrazione e, per altro verso, la riformulazione del c.d. abuso innominato (art. 323 c.p.) e dell'omissione d'atti d'ufficio (art. 328 c.p.). Sempre in quest'ottica vanno viste le modifiche relative alle qualifiche soggettive di cui agli artt. 357 e 358 c.p. Le definizioni di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico si erano rivelate tautologiche: nella sostanza, il testo dei due articoli si limitava a dire che è pubblico ufficiale chi svolge una pubblica funzione ed è incaricato di pubblico servizio chi presta un pubblico servizio. Allo stesso tempo, le due disposizioni erano fortemente carenti di un necessario grado di determinatezza sia sul piano del limite "esterno" fra attività pubblica e quella privata, sia sul piano del confine interno fra pubblica funzione e pubblico servizio.

A distanza di circa venti anni è iniziata una diversa tendenza legislativa. Ad una ben diversa visione politico criminale si ispirano, infatti, le più recenti riforme, ed in particolare dapprima la "Riforma Severino" (Legge 6 novembre 2012, n. 190 "*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*") e poi la "Spazzacorrotti" (Legge 9 gennaio 2019, n. 3 "*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*"), che sono entrambe mosse – principalmente – dal proposito di inasprire il trattamento sanzionatorio per numerosi reati, escludendo altresì il condannato dai benefici penitenziari ed in specie dalle misure alternative alla detenzione. Per la precisione, va detto che fra gli obiettivi della "Riforma Severino" rientra anche quello di ridisegnare il quadro dei delitti di corruzione e concussione. In precedenza, la novella del 1990 non aveva apportato modifiche rilevanti rispetto al quadro originario del Codice Rocco, limitandosi ad inserire alcune circostanze aggravanti – art. 319-*bis* c.p. – e il nuovo delitto di corruzione in atti giudiziari – art. 319-*ter* c.p. –. È con la c.d. riforma

“Severino” che viene mutato sensibilmente il quadro dei delitti di concussione e corruzione, da un lato, attraverso lo spacchettamento della concussione per induzione nel delitto di induzione indebita a dare o promettere utilità – art. 319-*quater* c.p. – e, dall’altro, con l’inserimento all’art. 318 c.p. della nuova fattispecie della “corruzione per l’esercizio della funzione” in luogo di quella tradizionale della “corruzione per un atto d’ufficio”. Le ragioni di questa riforma nascono dalla nota questione dei controversi confini fra la fattispecie di concussione e quella di corruzione. Il principale nodo problematico era quello della “evanescenza” del concetto di induzione, che aveva portato alla creazione in sede giurisprudenziale della figura della “concussione ambientale”. A tale riguardo, è indiscutibile che la fenomenologia degli accordi corruttivi nel corso degli anni aveva subito una profonda trasformazione. È, quindi, nella prospettiva di rendere più determinata la fattispecie dell’art. 317 c.p. che va letta la scelta del legislatore del 2012 di inserire la nuova fattispecie dell’art. 319-*quater* c.p.

Questo è, in estrema sintesi, il quadro della recente evoluzione normativa in tema di reati contro la pubblica amministrazione. Come si è anticipato nelle battute iniziali, si deve prendere atto che le linee di politica criminale che hanno guidato il legislatore nel corso di questi anni sono state spesso contraddittorie. Emblematiche sono sul punto le vicende dell’art. 323 c.p. Anche in quest’ultima fase nella quale il Parlamento ha inteso incrementare l’apparato sanzionatorio, con riguardo all’abuso d’ufficio si è percorsa la diversa strada di restringerne sempre di più l’ambito di applicazione per poi arrivare alla riforma Nordio dell’estate del 2024 e alla definitiva abrogazione del reato. Anche in questo caso ci si limiterà ad alcuni brevi cenni in merito alla tormentata vita di questa controversa fattispecie.

Dal 1990, quando fu sostituito il delitto di abuso innominato con quello di abuso d’ufficio, vi sono state due ulteriori significative modifiche al testo dell’art. 323 c.p. Per la precisione, dal 1930 a oggi, quattro sono state le versioni della norma: la prima nel 1930, la seconda nel 1990, la terza nel 1997 e la quarta nel 2020. Come è noto, le ragioni di questa particolare attenzione del legislatore nascono dal fatto che proprio mediante la contestazione/applicazione dell’abuso d’ufficio si realizza un sindacato del P.M./Giudice sull’attività della pubblica amministrazione. Ed effettivamente, l’originaria formulazione del 1930 e quella del 1990 erano palesemente in contrasto con il principio di determinatezza e tassatività della fattispecie in quanto l’art. 323 c.p. si limitava a punire l’abuso del pubblico ufficiale senza descrivere in alcun modo quali fossero le caratteristiche essenziali che determinassero l’illiceità penale di un comportamento o di un atto illegittimo del pubblico funzionario. La conseguenza inevitabile,

derivante dal tenore letterale della norma, era la difficoltà se non l'impossibilità di tracciare un confine fra i fatti di abuso rilevanti penalmente e quelli concretanti una mera illegittimità amministrativa.

Tuttavia – come è noto –, il legislatore del 1990 è ricaduto di fatto nel medesimo errore di tecnica legislativa. Analogamente a quanto previsto dall'originaria fattispecie, anche nella versione del 1990 la condotta di abuso non veniva descritta in modo determinato e preciso, individuando il discrimine fra illiceità penale e mera illegittimità amministrativa nel c.d. dolo specifico del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio. Proprio in ragione di questa sfortunata formulazione legislativa già nel 1997 il legislatore si è visto costretto ad un'ulteriore riforma, la quale per la prima volta delinea in modo apparentemente determinato e tassativo gli elementi della condotta incriminata. Pur a fronte di un dettato normativo decisamente più corrispondente ai canoni della legalità, anche questa fattispecie ha avuto vita travagliata. Il principale nodo ermeneutico ha riguardato il concetto di “*norma di legge*”. In particolare, è stato da subito controverso se in tale concetto rientrasse, per un verso, l'inosservanza dei principi generali regolanti l'amministrazione pubblica, ed in specie di quello sancito dall'art. 97 Cost., e, per altro verso, l'eccesso di potere e cioè uno specifico vizio di legittimità dell'atto amministrativo.

Come avremo modo di illustrare nel prossimo paragrafo, la successiva novella del 2020 nasce in evidente contrapposizione a quella che era stata l'evoluzione giurisprudenziale su tali problematiche. L'ennesima riforma ha, quindi, riguardato esclusivamente le modalità della condotta, ed in specie il controverso concetto di violazione di legge. Infatti, da un lato si è espunta dalla condotta la violazione delle norme regolamentari, dall'altro, si è circoscritta la rilevanza al mancato rispetto “*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 buona sostanza, anche la novella del 2020 si è mossa nella prospettiva di limitare – una volta per tutte – il sindacato/ingerenza del giudice penale nelle scelte della pubblica amministrazione ed in particolare in quelle caratterizzate dall'esercizio di un potere discrezionale.

L'ultimo capitolo della storia recente dell'art. 323 c.p. si colloca solamente quattro anni dopo la riforma del 2020 e costituisce un vero colpo di scena. Nel periodo estivo entrano in vigore quasi contestualmente il d.l. 4 luglio 2024, n. 92 convertito nella legge 8 agosto 2024, n. 112, il quale all'art. 314-*bis* c.p. introduce la nuova fattispecie di “Indebita destinazione di denaro o cose mobili”, e la successiva legge 9 agosto 2024, n. 114 che porta alla definitiva *abolitio criminis* dell'abuso d'ufficio. I due

provvedimenti legislativi sono strettamente legati fra loro in quanto l'introduzione dell'art. 314-*bis* c.p. è sembrata giustificarsi proprio nella prospettiva di assicurare un presidio di sanzione penale per almeno una parte delle condotte illecite che rientravano nella fattispecie dell'art. 323 c.p.

3. La giurisprudenza in tema di pubblico ufficiale, indebita percezione di erogazioni pubbliche, abuso d'ufficio e corruzione impropria

È giunto il momento di prendere in esame le posizioni giurisprudenziali strettamente connesse alle diverse riforme che sono succedute nel tempo in materia di reati contro la pubblica amministrazione. Il primo caso riguarda un duplice intervento legislativo in merito all'art. 357 c.p. Nel precedente paragrafo si è già menzionata la riformulazione delle nozioni di pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio ad opera della l. n. 86/90. Con riferimento alla qualifica di pubblico ufficiale il testo dell'art. 357 – nella stesura del 1990 – recitava: *“Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giurisdizionale o amministrativa. Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi, e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione e dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi e certificativi”*. Il nodo ermeneutico riguardava la definizione della pubblica funzione amministrativa ed in particolare i c.d. indici della pubblica funzione. In effetti, l'utilizzo della congiunzione “e” sembrava deporre inequivocabilmente nel senso di una necessaria presenza congiunta del potere di formazione della volontà dell'ente, di quello autoritativo e di quello certificativo. In forza di questo *novum* legislativo la tradizionale attribuzione della qualità di pubblico ufficiale sarebbe venuta meno dal momento che, in precedenza, la consolidata giurisprudenza riteneva che i c.d. indici della qualità di pubblico ufficiale potessero essere alternativi. In altre parole, all'esito di questa modifica vi sarebbe stato un sensibile restringimento della sfera di applicazione del disposto dell'art. 357 c.p.

In tali termini – va subito detto – si è pronunciata qualche isolata pronuncia della Suprema Corte. Ad esempio, con riguardo alla figura del medico convenzionato con il Servizio Sanitario Nazionale, si è escluso che il sanitario rivestisse la qualifica di pubblico ufficiale proprio per l'assenza di poteri congiunti autoritativi e certificativi: *“la qualifica di pubblico ufficiale, per effetto delle modificazioni apportate all'art. 357 c.p. dall'art. 17 l. 26 aprile 1990, n. 86, appartiene esclusivamente a chi abbia*

congiuntamente sia il potere certificativo che quello autoritativo per conto dell'ente pubblico che rappresenta. Pertanto, deve escludersi che il medico convenzionato con l'INAIL possa attribuirsi tale qualifica in quanto lo stesso ha esclusivamente il potere di certificazione, mentre è privo del secondo" (Cass., Sez. V, 19 novembre 1990, in Cass. pen. 1991, I, 1393). Peraltro, l'orientamento prevalente del Supremo Collegio è stato nel senso opposto: "in tema di delitti contro la p.a., i criteri di identificazione della pubblica funzione amministrativa di cui all'art. 17 della l. 26 aprile 1990 n. 86, sostituito dell'art. 357 c.p. (l'esistenza di un contributo determinante dell'agente alla formazione e alla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione, la presenza di poteri autoritativi, l'esistenza di poteri certificativi) non sono cumulativi, ma alternativi, nel senso che basta uno solo di essi a conferire tale natura all'attività svolta dal soggetto, essendo stata la congiunzione "e" evidentemente usata nel suo valore coordinativo e non in quello aggiuntivo" (Cass., Sez. VI, 20 gennaio 1992, in Giust. pen., 1992, II, 441). Tale posizione è stata accolta da una sentenza delle Sezioni Unite pronunciata dopo che il legislatore con la l. 7 febbraio 1992, n. 181 è intervenuto a correggere il testo dell'art. 357 c.p., sostituendo le "e" con delle "o". In particolare, con riferimento ai fatti risalenti ad epoca anteriore all'entrata in vigore della legge n. 86 del 1990, la Cassazione ha altresì precisato che la sostituzione dell'art. 357 c.p. ad opera dell'art. 17 della suddetta legge non ha posto una questione di successione di leggi né di "ius novum" più favorevole all'imputato, in quanto tale ultima norma non ha introdotto sostanziali cambiamenti in relazione alla qualifica soggettiva di "pubblico ufficiale", ma ha soltanto precisato i requisiti contenuti "in nuce" nella precedente definizione datane dal codice penale, e conseguentemente ha ritenuto che anche prima della sostituzione, nel testo dell'ultima parte del co. 2 dell'art. 357 c.p., delle congiunzioni copulative "e" con quelle disgiuntive "o" ad opera della l. n. 181/1992, doveva considerarsi sufficiente, ai fini della qualificazione di pubblico ufficiale, l'esercizio disgiunto del potere autoritativo o di quello certificativo (Cass., Sez. un., 11 luglio 1992, Giust. pen., 1993, II, 232).

Questa vicenda legislativa e giurisprudenziale è sintomatica dell'approccio della Suprema Corte nell'interpretazione del testo letterale della norma. Sul punto, vanno distinti due piani di riflessione. Per quanto riguarda il primo, va doverosamente riconosciuto che il testo dell'art. 357 c.p. – nella versione del 1990 – costituisce il classico esempio di infortunio legislativo. Non era sicuramente l'intenzione del Parlamento di introdurre un requisito congiunto per gli indici della qualità di pubblico ufficiale. Tant'è che – non appena la questione interpretativa si è delineata nella giurisprudenza

del Supremo Collegio – il Parlamento a distanza di poco più di anno dalla riforma si è subito attivato con un nuovo provvedimento per correggere l'errore, introducendo la vocale disgiuntiva rispetto a quella congiuntiva. Spostandoci sul diverso piano dei canoni interpretativi utilizzati dalla Corte di Cassazione, è altrettanto legittimo sostenere che nel caso in esame si è in presenza di un evidente caso di ermeneutica creativa. Ai sensi dell'art. 12 delle Preleggi il primo e fondamentale canone interpretativo è quello letterale: *“nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse”*. È quindi palese che, nel caso di specie, affermare che la vocale “e” ha un significato disgiuntivo significa abbandonare totalmente il criterio dell'interpretazione letterale. D'altro canto, una conferma di quanto ora affermato viene proprio dal fatto che il legislatore si è visto costretto con la legge n. 181/1992 a sostituire le “e” con le “o”. Se effettivamente la “e” ha un valore disgiuntivo non si comprendono le ragioni per cui il Parlamento ha ritenuto necessario approvare un provvedimento *ad hoc* per emendare il testo dell'art. 357 c.p.

D'altra parte, non è questo l'unico caso in cui decisioni giudiziali forzano il dato letterale della norma. Sempre restando nell'ambito dei reati contro la pubblica amministrazione, un ulteriore caso si rinviene con riguardo all'art. 316-*ter* c.p. (Indebita percezione di erogazioni pubbliche). La *quaestio iuris* è la seguente, e cioè se il finanziamento, garantito da enti pubblici – ad esempio, il Fondo di garanzia per le PMI (Piccole e medie imprese) –, rientri nell'oggetto materiale indicato nelle norme dell'art. 316-*ter* c.p. e dell'art. 640-*bis* c.p.: contributi, sovvenzioni, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle comunità europee. Sul punto, è dato osservare che nella più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione vi sono decisioni che assimilano alle erogazioni da parte di enti pubblici quelle garantite dagli stessi (Cass., Sez. VI, 13 gennaio 2022, n. 11246, in CED Cass. pen. 2022, rv 283106-01; Cass., Sez. VI, 24 novembre 2021, n. 2125 in CED Cass. pen. 2022, rv 282675-01). Per la precisione, nelle motivazioni delle due sentenze la Corte di Cassazione ha chiarito che la prestazione della garanzia pubblica va ricondotta nella nozione di “altre erogazioni, comunque, denominate”, in considerazione della sua gratuità e del suo ruolo di presupposto fondamentale ai fini dell'erogazione. Con riguardo a queste due pronunce va sottolineato che in entrambe la Corte si pone il problema se questa lettura del disposto non sia, in realtà, frutto di un arbitrario procedimento analogico, giungendo però ad affermare che *“non si tratta, in conclusione, di avvalorare*

una interpretazione analogica o estensiva della norma incriminatrice che porti ad ampliare arbitrariamente la sfera della rilevanza penale a discapito del penalmente lecito, ma di delimitarne l'ambito di operatività attraverso la definizione dell'oggetto della sua fattispecie, in rapporto, da un lato, al discrimine con la più generica e tendenzialmente omnicomprensiva fattispecie della truffa punita dall'art. 640, c.p., e dall'altro lato, in coerenza alla chiara finalità del legislatore di non lasciare impunte condotte latamente fraudolente ogniqualvolta difetti l'elemento decettivo proprio della truffa. L'orientamento che si propugna non pone fondati problemi di legittimità costituzionale, poiché la tecnica legislativa utilizzata non è connotata da una inaccettabile genericità descrittiva. La giurisprudenza costituzionale ha già affermato – sia pure con riferimento ad altre figure di reato – che l'uso di espressioni sommarie, di vocaboli polisensibili, ovvero di clausole generali o concetti “elastici” non viola il parametro costituzionale di determinatezza quando al giudice sia comunque consentito, attraverso la complessiva descrizione del fatto e avuto riguardo alle finalità dell'incriminazione e al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca, di stabilire il significato dell'elemento che isolatamente considerato non sia specifico, e al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del valore precettivo (Corte Cost., sent. n. 327 del 2008, in tema di disastro ambientale; in materia di immigrazione clandestina, sent. n. 5 del 2004 e sent. n. 34 del 1995)” (Cass., Sez. VI, 24 novembre 2021, n. 2125, cit.). Pur a fronte di queste argomentazioni dei giudici di legittimità, non pare arbitrario affermare che il Supremo Collegio omette di prendere in considerazione un duplice dato testuale: il primo è che nel disposto degli art. 316-ter c.p. e 640-bis c.p. si fa esplicito riferimento a “contributi, sovvenzioni, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle comunità europee”. Ebbene, vi è un duplice stravolgimento del dato letterale: innanzitutto, va segnalato che “prestare una garanzia” non rientra nel comune significato di “erogare una somma”; in secondo luogo, la norma fa espresso riferimento a soggetti di natura pubblica che effettuino l'erogazione, e non a quelli privati. Allo stesso tempo non si può affatto sostenere – così come fa la Corte – che i termini utilizzati nelle due norme – art. 316-ter c.p. e 640-bis c.p. – possano essere annoverati fra i concetti elastici”. Essi hanno un preciso significato fattuale e giuridico. Il vero è che proprio dalla motivazione emerge esplicitamente che la scelta interpretativa si giustifica solo facendo riferimento alla “chiara finalità del legislatore di non lasciare impunte condotte latamente fraudolente ogniqualvolta difetti l'elemento decettivo proprio della truffa”.

Sarebbe, quindi, la presunta volontà legislativa a legittimare interpretazioni contrastanti con il dato testuale del disposto.

Proseguendo nella disamina delle decisioni giudiziali, si deve ora volgere l'attenzione a quella che è stata e continua ad essere la principale *querelle* nell'ambito dei reati contro la pubblica amministrazione, e cioè quella relativa al delitto di abuso d'ufficio. Nel precedente paragrafo si sono riepilogati i principali passaggi legislativi dal 1990 ad oggi. Per ciò che concerne il versante giurisprudenziale, è interessante analizzare le sentenze della Suprema Corte dalla novella del 1997. Sul punto, è dato constatare che la giurisprudenza nel corso di un ventennio ha modificato sensibilmente le proprie posizioni. Nell'immediatezza della riforma si era pronunciata nel senso che nella nuova formulazione dell'art. 323 c.p. – relativamente al concetto di legge – è necessario che la norma violata non sia genericamente strumentale alla regolarità dell'attività amministrativa in quanto essa deve vietare puntualmente il comportamento sostanziale del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio. Conseguentemente, secondo la Suprema Corte non avrebbe costituito violazione di legge il mancato rispetto di “norme generalissime o di principio, come quella prevista dall'art. 97 della Costituzione”. Per quanto riguarda poi l'eccesso di potere, la Corte di Cassazione – in linea con quanto affermato nella sentenza “Tosches” (Cass., Sez. II, 4 dicembre 1997, n. 877, in *Cass. pen.*, 1998, 2332) – si era orientata nel senso di escluderne la rilevanza. Nello spazio di una ventina d'anni queste posizioni sono state sostanzialmente superate. In alcune sentenze si è, infatti, affermato che, anche dopo le modifiche introdotte dalla l. n. 234 del 1997, la portata applicativa dell'art. 323 c.p. non si limita alle violazioni di legge in senso stretto, ma vi rientrano anche le altre situazioni che integrano un vizio dell'atto amministrativo, e dunque anche le ipotesi di eccesso di potere e quelle di sviamento del potere, riconoscibili se il potere pubblico è stato esercitato al di fuori dello schema che ne legittima l'attribuzione (Cass., Sez. VI, 24 giugno 2014, n. 37373). Il vero mutamento di indirizzo deve, peraltro, ravvisarsi nell'affermazione che il requisito della violazione di norme di legge è, quindi, integrato anche dalla sola inosservanza del principio di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione sancito dall' art. 97 Cost. per la parte in cui esprime il divieto di ingiustificate preferenze o di favoritismi ed impone al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio una precisa regola di comportamento di immediata applicazione (*ex multis*, Cass., Sez. II, 27 ottobre 2015, n. 46096, in CED Cassazione penale 2016, rv 265464; Cass., Sez. VI, 26 giugno 2013, n. 34086, in CED Cassazione penale 2013, rv 257036; Cass., Sez. VI, 14 giugno 2012, n. 41215). In buona sostanza,

pur a fronte di una volontà del legislatore del 1997 di restringere il sindacato sull'attività della Pubblicazione Amministrazione, la giurisprudenza nel corso degli anni è venuta orientandosi su interpretazioni volte, per l'appunto, a mantenere se non accrescere questo potere di sindacato: da una prima posizione della Corte di Cassazione, sostanzialmente in linea con la *voluntas legis* che aveva portato alla riformulazione dell'art. 323 c.p., si è poi nel corso degli anni, giunti ad un diverso indirizzo giurisprudenziale secondo cui nel concetto di violazione di legge va ricompreso sia l'eccesso di potere, sia il mancato rispetto di principi generali della Costituzione.

Come si è già anticipato nel precedente paragrafo, la successiva novella del 2020 nasce in evidente contrapposizione proprio all'evoluzione giurisprudenziale su tali problematiche. Infatti, l'ennesima riforma ha "toccato" esclusivamente le modalità della condotta, ed in specie il controverso concetto di violazione di legge. Da un lato, si è espunta dalla condotta la violazione delle norme regolamentari, dall'altro, si è circoscritta la rilevanza al mancato rispetto "*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 buona sostanza, anche la novella del 2020 si è mossa nella prospettiva di limitare – una volta per tutte – il sindacato/ingerenza del giudice penale nelle scelte della pubblica amministrazione ed in particolare in quelle caratterizzate dall'esercizio di un potere discrezionale. Tuttavia, anche questa modifica del testo dell'art. 323 c.p. non ha avuto gli esiti sperati dal Parlamento. In effetti, da un esame della giurisprudenza successiva alla novella del 2020 sono riemerse quelle posizioni della giurisprudenza già manifestatesi nella vigenza della norma del 1997. In particolare, in relazione alla *vexata quaestio* del concetto di "*violazione di norma di legge*", la Corte di Cassazione in una pronuncia ha ribadito che "*in tema di abuso di ufficio, la modifica introdotta con l'art. 23 d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv., con modificazioni, nella l. 11 settembre 2020, n. 120, che ha ristretto l'ambito applicativo dell'art. 323 c.p., non ha determinato l'abolitio criminis delle condotte realizzate mediante violazione dell'art. 97 Cost., nella parte in cui è vietata l'attuazione di intenti discriminatori o ritorsivi, quale connotato dell'imparzialità nell'esercizio delle pubbliche funzioni, trattandosi di principio costituzionale di portata immediatamente precettiva, che non necessita di alcun adattamento o specificazione*" (Cass., Sez. I, 6 dicembre 2021, n. 2080, in CED Cass. pen. 2022, rv 282720-01). È pur vero che in altre pronunce il Suprema Collegio ha escluso la rilevanza della violazione dell'art. 97 Cost. (Cass., Sez. VI, 10/06/2022, n. 28402, in CED Cass. pen. 2022, rv 283359-01), certo è che anche dopo questa ennesima riforma vi è stata parte della giurisprudenza che si è

ostinata a ritenere ininfluenza il dato normativo così come risulta dal testo di legge. Inoltre, con riferimento all'abolizione nelle modalità della condotta del requisito della "violazione di regolamento" la Corte di Cassazione ha affermato che *"a seguito della riformulazione del reato di abuso di ufficio ad opera dell'art. 23 d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv., con modif., nella l.11 settembre 2020, n. 120, ai fini della integrazione del reato, la violazione di norme contenute in regolamenti può rilevare 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"*(Cass., Sez. VI, 16 febbraio 2021, n. 33240, rv 281843-01, in Cass. pen. 2021, 3913). Anche sotto questo profilo la posizione assunta dalla Cassazione ha, quindi, vanificato sul piano dell'applicazione giudiziale la riforma del 2020. Ad analoghe conclusioni si può pervenire anche con riferimento alla diversa modalità della condotta rimasta inalterata nella formulazione del 2020, e cioè la violazione del dovere di astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto. Il problema è che – anche con riguardo al dovere di astensione – si possono aprire le più varie opzioni: espressioni come quella tradizionale dell'art. 51 n. 1 c.p.c., "commensale abituale" ovvero quelle dell'art. 7 d.p.r. 16 aprile 2013, n. 62 (Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165) *"conviventi, oppure persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale"* – oppure *"in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza"* – possono dare adito ad interpretazioni di diverso tenore. In altre parole, formulazioni come quelle ora menzionate lasciano ampi spazi per un "arbitrio" giudiziale. Rivolgendo l'attenzione ad una decisione di un giudice di merito, va segnalato che la violazione del dovere di astensione è stata ravvisata nel fatto che un membro della commissione di un concorso pubblico partecipasse a una chat su *WhatsApp*, nata in occasione di un precedente rapporto temporaneo di lavoro, scambiando messaggi con un candidato al suddetto concorso (Trib. Vicenza, 22 luglio 2022, inedita). Nel caso in esame si presenta sicuramente il tema dell'opportunità di astensione dalla commissione giudicatrice. Tuttavia, se si ritiene che una tale circostanza rientri nel concetto di *"frequentazione abituale"*, coerentemente si sarebbero dovuti considerare – a titolo di esempio – potenzialmente abusi d'ufficio tutti i concorsi della pubblica amministrazione, ed in specie quelli del mondo universitario, ogniqualvolta fra un membro della commissione giudicatrice vi sia un rapporto di conoscenza pluriennale con il candidato, il quale

– ad esempio – si è laureato con l'esaminatore e ha svolto tutta la sua carriera accademica, e a volte anche professionale, "sotto l'ala protettrice" di chi lo dovrà esaminare.

In ultima analisi, la scelta legislativa di abrogare l'art. 323 c.p. nasce proprio dalle posizioni della giurisprudenza, la quale nel corso di più di 25 anni si è sempre contrapposta al Parlamento, cercando di limitare la portata delle riforme legislative. D'altra parte, il contrasto fra Parlamento e Sistema Giudiziario non può considerarsi cessato neppure dopo l'abrogazione dell'abuso d'ufficio. Le ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale relative all'eliminazione del delitto di cui all'art. 323 c.p. (Ord. Trib. Firenze 24 settembre 2024, 3 ottobre 2024, 28 ottobre 2024, Ord. Trib. Locri 30 settembre 2024, Ord. Trib. Busto Arsizio 21 ottobre 2024, e Ord. Trib. Bolzano 11 novembre 2024, tutte in *www.sistemapenale.it*) vanno lette nel quadro finora delineato. Va da sé che le questioni sollevate con le questioni di legittimità costituzionale sono meritevoli di un approfondimento che esula dal tema di indagine. Ciò che appare interessante sottolineare è che il contrasto fra scelte legislative e decisioni giudiziali prosegue anche dopo l'*abolitio criminis* di una fattispecie che suscita problemi anche dopo la sua abolizione.

L'ultimo capitolo relativo agli orientamenti giurisprudenziali riguarda il delitto di c.d. corruzione impropria. Con la riforma "Severino" del 2012 la struttura della fattispecie dell'art. 318 c.p. è stata modificata: non viene più incriminata la corruzione per atto d'ufficio, bensì quella per l'esercizio della funzione pubblica. Come è noto, in giurisprudenza sia prima, sia dopo la novella del 2012 si è posta la questione se lo stabile asservimento del pubblico ufficiale di interessi personali di terzi, che non comporti il compimento di atti contrari al dovere d'ufficio, configuri il più grave delitto di cui all'art. 319 c.p. Al riguardo, l'indirizzo prevalente della Suprema Corte successivo alla riformulazione della fattispecie è quello secondo cui "*in tema di corruzione, configura il reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio – e non il più lieve reato di corruzione per l'esercizio della funzione di cui all'art. 318 cod. pen. – lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi, che si traduca in atti, che, pur formalmente legittimi, in quanto discrezionali e non rigorosamente predeterminati nell'an, nel quando o nel quomodo, si conformino all'obiettivo di realizzare l'interesse del privato nel contesto di una logica globalmente orientata alla realizzazione di interessi diversi da quelli istituzionali*" (fra le altre, Cass., Sez. VI, 20 ottobre 2016, n. 3606, in CED Cass. pen. 2017, rv 269347; Cass., Sez. VI, 15 settembre 2017, n. 46492, in CED Cass. pen. 2018, rv 271383 e in *Cass. pen.*, 2018, 1527; Cass., Sez. VI, 05 aprile 2018, n. 29267, in CED Cass. pen. 2018, rv 273448 e in *Cass. pen.*, 2019, 230; Cass. pen., sez. VI, 19/04/2018, n. 51946, in CED Cass. pen. 2019, rv 274507 e in *Cass. pen.* 2019, 3640).

Peraltro, si deve dare atto che, nel tempo è venuto emergendo una diversa posizione della Sezione VI della Corte di Cassazione la quale si è sforzata di individuare gli elementi che connotano la struttura del nuovo art. 318 c.p., evitando che, attraverso la formula “dell’asservimento del pubblico funzionario agli interessi del privato”, torni in campo il più grave delitto di cui all’art. 319 c.p. In simile ottica, la Corte di Cassazione – in plurime sentenze – ha affermato che “*in tema di corruzione, lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi realizzato attraverso l’impegno permanente a compiere od omettere una serie indeterminata di atti ricollegabili alla funzione esercitata, integra il reato di cui all’art. 318 c.p. e non il più grave reato di corruzione propria di cui all’art. 319 c.p., salvo che la messa a disposizione della funzione abbia prodotto il compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio*” (ex multis, Cass., Sez. VI, 25 settembre 2014, n. 49226, in CED Cassazione penale 2015, rv 261355 e in *Cass. pen.*, 2015, 4, 1415; Cass., Sez. VI, 11 dicembre 2018, n. 4486 in CED Cass. pen. 2019, rv 274984 e in *Cass. pen.*, 2019, 3495; Cass., Sez. VI, 19 settembre 2019, n. 45184, in *Gdir.* 2020, 4, 97).

Ebbene, con riferimento a questa evoluzione giurisprudenziale si deve osservare come – per una volta – la svolta ermeneutica sia in linea con le opzioni legislative. A tale proposito, è stato autorevolmente rilevato che dopo la riforma del 2019, la quale ha innalzato la pena detentiva per il delitto di cui all’art. 318 c.p. – reclusione da tre a otto anni – rispetto a quella originaria – reclusione da sei mesi a tre anni –, il contrasto fra i due indirizzi della Corte di legittimità appare “sdrammatizzato”¹. In ultima analisi, non pare fuor di luogo concludere che ove scelte legislative e attività giudiziaria si muovono nella medesima prospettiva politico-criminale, l’interpretazione dei disposti resta molto più aderente al testo normativo.

4. Conclusioni: la giurisprudenza creativa in tema di reati contro la pubblica amministrazione sullo sfondo della contrapposizione tra politica legislativa e politica giudiziaria

Concluso questo breve *excursus* relativo alle principali problematiche interpretative nate a seguito delle riforme intervenute nell’ultimo quarto di secolo, non ci può esimere da alcune considerazioni finali. Come è emerso chiaramente dalla precedente

¹ G. FIDELBO, *La corruzione “funzionale” e il contrastato rapporto con la corruzione propria*, in G. FIDELBO (a cura di), *Il contrasto ai fenomeni corruttivi dalla “spazza-corrotti” alla riforma dell’abuso d’ufficio*, Torino, 2020, 39.

disamina, il tema della ermeneutica creativa assume nei reati contro la pubblica amministrazione una rilevanza particolare. E ciò perché, in molti casi, le soluzioni giudiziali che vanno al di fuori dalla cornice dei significati ragionevolmente attribuibili al testo di una norma sono conseguenza di una palese contrapposizione fra politica legislativa e giudiziaria. Gli esempi dianzi illustrati ne sono una palese conferma.

Questo non significa ovviamente che le opzioni giurisprudenziali non siano a volte più legittime rispetto a quelle legislative. L'esempio eclatante è quello in materia di art. 357 c.p. La prima formulazione letterale della nozione di pubblico ufficiale, nella versione che prevedeva la necessità dei poteri congiunti rappresentativi, autoritativi e certificativi, era frutto di un indiscutibile errore da parte del Parlamento. Questo, tuttavia, non consentiva un intervento di ortopedia ermeneutica da parte della Corte di Cassazione, la quale ha sostenuto che la congiunzione "e" può avere sostanzialmente significato disgiuntivo.

La cartina di tornasole del fatto che alcune scelte della giurisprudenza sono orientate da visioni di politica giudiziaria divergenti da quelle fatte nelle aule parlamentari è la vicenda dell'abuso d'ufficio.

Molto si è scritto sul punto. Vi è, peraltro, un aspetto che non è stato debitamente valorizzato. In un recente contributo sono pubblicati i risultati di un'indagine statistica relativa delle decisioni in materia di abuso d'ufficio in sede di giudizio di legittimità². Un punto si rivela particolarmente interessante: *"A parte le 10 sentenze emesse in fase cautelare, il numero delle pronunce prese in considerazione in questa prima fase dell'indagine ammonta a 356. Di queste, 111 confermano la condanna inflitta nei gradi di merito, mentre 85 l'annullano; per quanto riguarda le sentenze assolutorie emesse nei precedenti gradi di giudizio, 42 sentenze di Cassazione le confermano, mentre 24 le annullano. Complessivamente, quindi, si può osservare, da un lato (ma si tratta di una considerazione di ordine generale, che sarebbe interessante poter formulare rispetto alla totalità dei reati) che la Suprema Corte ribalta l'esito dei giudizi di merito quasi nella metà dei casi (42 %)".* Ebbene, da questi dati giudiziari emerge, oltre al fatto ampiamente noto circa l'esigua percentuale di procedimenti penali che giungono ad una condanna definitiva per abuso d'ufficio, un elemento rilevante, e cioè la "volatilità" degli esiti processuali: sia con riferimento alle sentenze di condanna, sia con riguardo a quelle di assoluzione, poco meno della metà giungono in sede di giudizio di legittimità a un esito opposto a quello del merito.

² C. PAGELLA, *L'abuso d'ufficio nella giurisprudenza massimata della Corte di Cassazione: un'indagine statistico-criminologica su 500 sentenze*, in *Sistema penale*, 2023, 231.

In buona sostanza, questi dati dimostrano inequivocabilmente come la tutela assicurata dall'art. 323 c.p. sia stata – in via generale – più simbolica che effettiva: una norma che porta ad una “applicazione minimale da parte delle corti italiane” e ad un “rovesciamento” di quasi la metà dei giudizi fra merito e legittimità non garantisce una reale ed effettiva tutela al buon andamento e alla imparzialità della pubblica amministrazione. Allo stesso tempo, il delitto di abuso nel corso degli ultimi decenni è stato un importante ed insostituibile strumento di controllo giudiziario sull'attività politico-amministrativa in sede penale. Questa è la vera ragione a fondamento, dapprima, delle scelte interpretative della giurisprudenza di merito e legittimità e, ora, delle questioni di legittimità costituzionale in ordine all'abrogazione dell'art. 323 c.p.

Al tirar delle somme, si può dare risposta al quesito proposto nelle battute introduttive. L'indagine svolta conferma che la giurisprudenza creativa è oggi il punto di emergenza della contrapposizione fra la visione politico-criminale del potere legislativo e quella dell'ordine giudiziario. Non è ovviamente solamente il settore dei reati contro la pubblica amministrazione ad essere condizionato da simile contrasto. Oggi, la materia dell'immigrazione è ancora più significativa del dissidio in atto.

Va da sé che riconoscere tale fenomeno non esclude necessariamente che alcune soluzioni proposte dai giudici appaiano corrispondenti a scelte politico-criminali maggiormente in linea con principi dell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo rispetto a quelle del Parlamento italiano. Ed è altrettanto pacifico che il giudice può e deve fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata a tali principi e, ove questa non sia possibile, sollevare questione di costituzionalità. Il dato patologico si presenta solamente quando il giudice nazionale si svincola dal testo legislativo per creare una norma che trova fonte esclusivamente nella decisione giudiziale.

In conclusione, questo è il quadro attuale del fenomeno. Vista l'odierna conflittualità fra politica e magistratura è ragionevole prevedere che simile situazione difficilmente muterà per lo meno nel prossimo futuro.

ABSTRACT

Il rapporto fra interpretazione creativa e vincolo alla legge costituisce un tema fondamentale nell'attuale discussione penalistica. Il presente articolo prende in esame il settore dei reati contro la Pubblica Amministrazione per verificare in quale prospettiva si siano presentati orientamenti giurisprudenziali che possono annoverarsi nei casi di interpretazione creativa di una norma penale.

Dall'esame dei principali indirizzi in materia della Corte di Cassazione emerge chiaramente che le pronunce giudiziali cd. creative nascono da una diversa visione fra la politica legislativa e quella giudiziaria.

PAROLE CHIAVE

Legge - Interpretazione - Creativa - Reati - Pubblica - Amministrazione

* * *

JURISPRUDENCE REGARDING CRIMES AGAINST THE PUBLIC ADMINISTRATION AS A
PRIVILEGED OBSERVATORY FOR A VERIFICATION OF
THE DISCUSSED "CREATIVE INTERPRETATION" OF THE SUPREME COURT

ABSTRACT

The relationship between creative interpretation and obligation to the law constitutes a fundamental theme in the current criminal law discussion. This article examines the sector of crimes against the Public Administration to verify in what perspective jurisprudential orientations have been presented which can be included in cases of creative interpretation of a criminal law.

From the examination of the main guidelines on the matter of the Court of Cassation it clearly emerges that the so-called creative judicial rulings arise from a different vision between legislative and judicial politics.

KEYWORDS

Law - Interpretation - Creative - Crimes - Public - Administration