

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

7-8/2024

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti.

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Andrea Abbagnano Trione, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Enrico Mario Ambrosetti, Ennio Amodio, Gastone Andreatza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Enrico Basile, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Carlo Bonzano, Matilde Brancaccio, Carlo Bray, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Gaia Caneschi, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Carlotta Conti, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Jacopo Della Torre, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Stefano Finocchiaro, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Dèsirèe Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Giorgio Lattanzi, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Adelmo Manna, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Francesco Mazzacuva, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Bartolomeo Romano, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scarioina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia.

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Silvia Bernardi, Pietro Chiaraviglio, Beatrice Fragasso, Cecilia Pagella, Emmanuele Penco, Gabriele Ponteprino, Tommaso Trincherà.

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2023, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

PAPER

A. ZAMPINI, <i>Un percorso di rieducazione accidentato sul piano normativo, ma non incostituzionale. Spunti per la “messa in sicurezza” dell’art. 27-bis d.P.R. n. 448 del 1988.....</i>	5
G. RIZZO MINELLI, <i>La salvaguardia dell’ambiente marino tra diritto sovranazionale ed istanze punitive.....</i>	21
G. BIONDI, <i>L’applicazione delle pene sostitutive di pene detentive brevi nella fase di esecuzione del processo penale.....</i>	51
E. CIPANI, <i>La giurisprudenza recente in tema di mafie delocalizzate, mafie straniere e mafie autoctone: riemerge il problema (probatorio?) della esteriorizzazione del metodo mafioso.....</i>	103
N. GRANOCCHIA, <i>Prevedibilità ex lege dell’evento mortale e responsabilità oggettiva nell’omicidio preterintenzionale. Un primo spiraglio per la colpa in concreto si apre nella giurisprudenza della Quinta Sezione.....</i>	117

CONTRIBUTI

G.L. GATTA, <i>Morte dell’abuso d’ufficio, recupero in zona cesarini del ‘peculato per distrazione’ (art. 314-bis c.p.) e obblighi (non pienamente soddisfatti) di attuazione della direttiva UE 2017/1371.....</i>	135
G.L. GATTA, <i>La legge Nordio e il “soffocamento applicativo” del traffico di influenze illecite. Tra parziale abolitio criminis e profili di illegittimità costituzionale per violazione di obblighi internazionali.....</i>	145
M. NICOLINI, <i>La Cassazione ancora sull’autonomia dell’elemento soggettivo della preterintenzione: un contrasto ormai conclamato.....</i>	153
P. CHIARAVIGLIO, <i>La pericolosità per l’ordine pubblico del conducente prevenuto fra automatismi e giudizi individualizzati.....</i>	161
E. DOLCINI, <i>Le funzioni della pena nel pensiero di Franco Bricola.....</i>	171
P. BERNARDONI, <i>Messa alla prova nel processo minorile e decreto “Caivano”: il GUP di Genova afferma l’irretroattività delle modifiche normative.....</i>	179
G.L. GATTA, <i>Abuso d’ufficio e traffico di influenze dopo la l. 114/2024: il quadro dei problemi di diritto intertemporale e le possibili questioni di legittimità costituzionale.....</i>	187

**MORTE DELL'ABUSO D'UFFICIO,
RECUPERO IN ZONA CESARINI DEL 'PECULATO PER DISTRAZIONE'
(ART. 314-BIS C.P.) E OBBLIGHI (NON PIENAMENTE SODDISFATTI)
DI ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA UE 2017/1371(*)**

di Gian Luigi Gatta

Dedicherò il mio intervento all'art. 9 del decreto-legge, estraneo alla materia penitenziaria alla quale è per lo più dedicato il decreto-legge oggetto di conversione. Tale articolo inserisce nel codice penale un nuovo art. 314-bis e, con esso, il nuovo delitto di "Indebita destinazione di denaro o cose mobili", che punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni, "fuori dei casi previsti dall'articolo 314:

il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, li destina ad un uso diverso da quello previsto da specifiche disposizioni di legge o da atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità e intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o ad altri un danno ingiusto".

1. Nelle premesse del decreto-legge il Governo motiva il ricorso alla decretazione d'urgenza in ragione di una ritenuta "straordinaria necessità e urgenza di definire, anche in relazione agli obblighi euro-unitari, il reato di indebita destinazione di beni ad opera del pubblico agente". Consentitemi di sottolineare come questa motivazione, non accompagnata da ulteriori precisazioni, sia criptica e incapace di giustificare il ricorso alla decretazione d'urgenza, alla luce dei presupposti previsti dall'art. 77 Cost.

La Relazione di accompagnamento del decreto-legge, nel tentativo di chiarire le ragioni dell'intervento del Governo, finisce, con una eterogenesi dei fini, per negarle. Essa fa riferimento, infatti, alla necessità di chiarire se e in che limiti sono penalmente rilevanti le condotte distrattive del funzionario pubblico, risolvendo un problema posto dalla riforma attuata dalla legge n. 86 del 1990 sopprimendo dall'art. 314 c.p. il peculato per distrazione e riformando l'abuso d'ufficio. Orbene, onorevoli Senatori, da quella riforma sono passati trentaquattro anni!

Se un'esigenza di chiarimento si pone, non è certo da oggi, e il decreto-legge sembrerebbe allora utilizzato al di fuori dei presupposti costituzionali.

(*) Memoria scritta presentata il 10 luglio 2024 alla Commissione Giustizia del Senato della Repubblica, in occasione dell'audizione nell'ambito dell'esame del disegno di legge n. 1183 «Conversione in legge del decreto-legge 4 luglio 2024, n. 92, recante misure urgenti in materia penitenziaria, di giustizia civile e penale e di personale del Ministero della giustizia».

7-8/2024

2. Senonché, a mio parere, la decretazione d'urgenza si giustifica per ragioni non esplicitate ma solo evocate nell'apparente motivazione che si legge nelle premesse del decreto-legge e nella citata Relazione del Governo. Lo scorso 14 giugno, intervenendo alla [riunione del Consiglio dei ministri della giustizia dell'Unione Europea](#), a proposito della nuova proposta di Direttiva europea in tema di contrasto alla corruzione il Ministro della giustizia On. Carlo Nordio ha rassicurato l'Europa circa la prossima abolizione del reato di abuso d'ufficio dicendo che nel nostro Paese vi è "un arsenale normativo penale di ben diciassette articoli" per contrastare la corruzione e il malaffare nella p.a. Ribadendo quanto sostenuto in altre sedi e a più riprese nell'ultimo anno, il Ministro Nordio ha quindi affermato il carattere non problematico dell'abolizione dell'abuso d'ufficio, che come sapete è in queste ore in corso alla Camera (d.d.l. A.C. 1718, d'iniziativa del Ministro Nordio).

Nei timidi riferimenti a non meglio precisati "obblighi eurounitari", nella premessa del decreto-legge e nella Relazione, vanno rinvenute le vere ragioni dell'intervento normativo, [necessario per evitare una violazione di obblighi di incriminazione previsti dal diritto UE](#) e per non esporre il Paese a una procedura di infrazione. Ciò in quanto, come è reso evidente dal decreto-legge, a fronte dell'abolizione dell'abuso d'ufficio non è affatto sufficiente per far fronte a quegli obblighi "l'arsenale normativo penale" evocato dal Ministro.

L'ormai imminente abolizione dell'abuso d'ufficio, piuttosto, apre una voragine nella tutela della p.a. che il Governo si è tardivamente reso conto di dover arginare, limitatamente agli obblighi europei, e che il Parlamento, nonostante le indicazioni emerse anche nel corso delle audizioni disposte nel corso dell'esame del citato disegno di legge C. 1718, non ha evitato attraverso opportuni emendamenti.

Permettetemi allora, pur con tutto il dovuto rispetto, di sottolineare come questo modo di procedere – l'adozione per decreto-legge di un emendamento a un disegno di legge ancora all'esame del Parlamento – è al di fuori delle normali e proprie dinamiche del processo di formazione delle leggi e come ciò sia ancora più grave allorché accade in una materia, come quella penale, presidiata dalla garanzia costituzionale della riserva di legge.

Mentre vi parlo l'abuso d'ufficio non è ancora stato abolito, ma è già in vigore una norma che, per rispettare i vincoli del diritto UE, ne conserva in vita una parte – il c.d. peculato per distrazione; norma speciale e più favorevole, quindi applicabile anche ai fatti commessi prima della sua introduzione.

3. Per comprendere meglio quel che cripticamente è scritto nella Relazione del decreto-legge occorrono due passaggi. Il primo riguarda la definizione del peculato per distrazione e i suoi rapporti con l'abuso d'ufficio. Il secondo richiede di mettere a fuoco gli obblighi di incriminazione derivanti dai vincoli europei.

3.1. Per sessant'anni, dal 1930 al 1990, il peculato (art. 314 c.p.) ha punito pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso di denaro o di altra cosa mobile, appartenente alla pubblica amministrazione, se ne appropria, ovvero lo distrae a profitto proprio o di altri". Un

grave delitto contro la p.a., da sempre punito nel massimo con dieci anni di reclusione (dieci anni e sei mesi, dal 2015). Quando nasce, il peculato abbraccia condotte sia di *appropriazione*, sia di *distrazione*, per tale ultima intendendosi la *destinazione di denaro o beni ad uso diverso* da quello che legittima il possesso.

La citata riforma del 1990 riscrisse la fattispecie del peculato limitandola alle condotte di appropriazione. Questo non comportò però una *abolitio criminis*, perché da allora – come è risaputo tra i penalisti – dottrina e giurisprudenza ricondussero il vero e proprio peculato per distrazione alla fattispecie di abuso d’ufficio (e il peculato per sottrazione/appropriativa al peculato ex art. 314 c.p.).

Pur dopo la formale abrogazione dell’ipotesi di peculato per distrazione, secondo il consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità, la previsione dell’articolo 314 c.p. è rimasta applicabile «nel caso in cui il denaro o altri beni siano *sottratti* alla destinazione pubblica ed impiegati per il soddisfacimento di interessi privatistici dell’agente», ricorrendo tuttavia la diversa ipotesi delittuosa di cui all’articolo 323 c.p. «quando si sia in presenza di una distrazione a profitto proprio che [...] si concretizzi in un uso indebito del bene che *non ne comporti la perdita* e la conseguente lesione patrimoniale a danno dell’ente cui appartiene [...] ovvero qualora l’*utilizzodi* denaro pubblico avvenga in *violazione delle regole contabili* e sia funzionale alla realizzazione, oltre che di indebiti interessi privati, *anche di interessi pubblici* obiettivamente esistenti [...]»¹.

3.2. Vengo ora ai vincoli europei. Il peculato per distrazione è oggetto di un obbligo di incriminazione derivante dal diritto UE, che vincola il legislatore ai sensi dell’art. 117, comma 1 Cost. Mi riferisco all’art. 4, comma 3 della [Direttiva UE 2017/1371 del 5 luglio 2017 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale](#). Come si legge nel nono considerando di questa direttiva, possono ledere gli interessi finanziari dell’Unione alcune condotte del funzionario pubblico che mirano alla “appropriazione indebita di fondi o beni, per uno scopo contrario a quello previsto”.

L’art. 4, comma 3 stabilisce che “gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché, se intenzionale, l’appropriazione indebita costituisca reato” e precisa subito che “ai fini della presente direttiva, s’intende per «appropriazione indebita» “l’azione del funzionario pubblico, incaricato direttamente o indirettamente della gestione di fondi o beni, tesa a impegnare o erogare fondi o ad appropriarsi di beni o *utilizzarli per uno scopo in ogni modo diverso da quello per essi previsto*, che leda gli interessi finanziari dell’Unione”. Il successivo comma 4 dell’art. 4 della Direttiva precisa poi che ai fini della direttiva s’intende per «funzionario pubblico» un funzionario dell’Unione o un funzionario

¹ V. Cass., Sez. 6, n. 36496 del 30/09/2020, dep. 18/12/2020, Vasta Mario, in motivazione (par. 6 del considerando in diritto), ove si richiamano Cass. Sez. 6, n. 12658 del 02/03/2016, Tripodi (rv. Ced 26687101) e n. 19484 del 23/01/2018, Bellinazzo e altri (rv. Ced 27378301), quanto alla prima ipotesi, e Cass. Sez. 6, n. 41768 del 22/06/2017, P.G., P.C. in proc. Fitto e altri (rv. Ced 27128301) e n. 27910 del 23/09/2020, Perricone (rv. Ced 27967701), quanto alla seconda.

7-8/2024

nazionale, compresi i funzionari nazionali di un altro Stato membro e i funzionari nazionali di un paese terzo.

Questo obbligo di incriminazione non è soddisfatto dalla norma che incrimina il peculato (art. 314 c.p.), perché essa si riferisce alle sole condotte di appropriazione e non anche di distrazione, ma alla luce del citato orientamento giurisprudenziale lo è (almeno in parte, come si dirà) dalla norma che punisce l'abuso d'ufficio.

Per questa ragione, tra gli ultimi atti del Governo Draghi e della Ministra della Giustizia Prof.ssa Marta Cartabia, è stato adottato il d.lgs. 4 ottobre 2022, n. 156, recante "Disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 14 luglio 2020, n. 75, di attuazione della direttiva (UE) 2017/1371". L'art. 1, lett. b) di questo decreto ha inserito un riferimento all'art. 323 c.p. (cioè all'abuso d'ufficio) nell'art. 322-*bis* c.p., che estende alcuni delitti contro la p.a. (come la corruzione e il peculato) ai funzionari pubblici nella menzionata accezione europea, e così anche ai fatti lesivi di interessi finanziari dell'Unione.

Più di ogni altra parola è chiarissima a pagina 2 la Relazione governativa di accompagnamento dello schema di quel decreto legislativo, scritta dai tecnici di Via Arenula e di Palazzo Chigi, che fu sottoposta per il competente parere al Senato (XVIII Legislatura, Atto n. 405):

come a suo tempo evidenziato nella tabella di concordanza trasmessa a corredo del decreto legislativo 14 luglio 2020, n. 75, la completa trasposizione nell'ordinamento interno della già menzionata fattispecie di «appropriazione indebita» del funzionario pubblico, contemplata dall'articolo 4(3) della direttiva passa – quanto all'ipotesi di cd. distrazione di beni pubblici per finalità diversa da quella prevista – anche per l'applicazione dell'articolo 323 cod. pen.: il cui ambito soggettivo di applicazione, conseguentemente, dev'essere adeguato alla nozione di «funzionario pubblico» dettata dall'articolo 4(4) della direttiva. Per tali ragioni, con la disposizione in esame le previsioni dell'articolo 322-*bis* del codice vengono estese al reato di cui all'articolo 323 cod. pen.

L'art. 1 del disegno di legge Nordio (C 1718), in corso di approvazione alla Camera, non solo abroga l'art. 323 c.p., facendo cadere assieme all'abuso d'ufficio anche il peculato per distrazione, ma incurante dell'obbligo di incriminazione europea elimina dall'art. 322-*bis* c.p. il riferimento allo stesso art. 323 c.p.

Ecco allora spiegata la necessità e l'urgenza di intervenire con decreto-legge per cercare di ripristinare (almeno) il peculato per distrazione. Diversamente da una prima bozza circolata dopo il Consiglio dei Ministri, la versione del decreto-legge promulgata e pubblicata interviene anche – e molto opportunamente – sull'art. 322-*bis* c.p., sostituendo il riferimento all'art. 323 c.p. con quello al nuovo art. 314-*bis* c.p. Chi, non essendo esperto di diritto penale, avesse ancora qualche residuo dubbio sul fatto che con il nuovo reato inserito in questo decreto-legge il Governo mira a conservare in vita una parte dell'abuso d'ufficio, in ciò vincolato dall'Europa, basta che si domandi perché dove c'era scritto art. 323 c.p., nell'art. 322-*bis* c.p., ora c'è scritto art. 314-*bis* c.p.

7-8/2024

4. A mio parere il Parlamento, in sede di conversione del decreto-legge, deve ora domandarsi se, una volta abrogato l'art. 323 c.p., con il nuovo art. 314-*bis* c.p. (Indebita destinazione di denaro o cose mobili), entrato in vigore senza soluzione di continuità, sarà salvo l'adempimento all'obbligo della citata Direttiva.

La mia risposta non è pienamente affermativa, perché residuano numerose criticità che la legge di conversione dovrebbe opportunamente risolvere.

Ne evidenzio subito le più evidenti, che suggeriscono due primi emendamenti:

- un primo emendamento, necessario per evitare una procedura di infrazione per contrasto con l'art. 6 (Responsabilità delle persone giuridiche) della citata Direttiva 2017/1371, deve a mio parere interessare l'art. 25, comma 1 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 sostituendo il riferimento all'art. 323 c.p. (inserito in attuazione della Direttiva PIF dal d.lgs. n. 75/2020) con il riferimento all'art. 314-*bis* c.p. Ciò è necessario per includere il nuovo reato, al posto di quello di abuso d'ufficio, tra quelli presupposto della responsabilità delle persone giuridiche quando il fatto offende gli interessi finanziari della UE.
- Un secondo emendamento, per evitare una possibile procedura di infrazione per contrasto con l'art. 7 (Sanzioni per le persone fisiche) della citata Direttiva 2017/1371, dovrebbe aumentare il massimo edittale della pena dagli attuali tre anni di reclusione a quattro anni (quantomeno) nelle ipotesi di fatto commesso a danno degli interessi finanziari della UE con profitto o danno superiori a 100.000 euro. La Direttiva (art. 7, comma 3) impone infatti di punire le condotte distrattive "con una pena massima di almeno quattro anni di reclusione qualora ne derivino danni o vantaggi considerevoli". I danni o i vantaggi sono considerati considerevoli, ai sensi della Direttiva, qualora siano di valore superiore a 100.000 euro. Proprio in attuazione della Direttiva PIF il legislatore italiano, con il d.lgs. n. 14 luglio 2020, n. 75 ("Attuazione della direttiva (UE) 2017/1371, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale") aveva previsto aumenti di pena analoghi per diverse fattispecie punite con la reclusione inferiore nel massimo a quattro anni, tra le quali il peculato mediante profitto dell'errore altrui (art. 316, comma 2 c.p.), l'indebita percezione di erogazioni pubbliche (art. 316-*ter*, comma 1, ultimo periodo, c.p.) e l'induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319-*quater*, comma 2 c.p.). Non è infatti sufficiente l'aggravante comune prevista dall'art. 61 n. 7 c.p., relativa ai delitti contro il patrimonio o che comunque offendono il patrimonio. Questa aggravante comune comporta un aumento della pena fino a un terzo (cioè fino a quattro anni) solo se e quando l'aumento di pena è applicato nella misura massima, sempre che l'aggravante non risulti soccombente o sterilizzata per effetto del giudizio di bilanciamento con concorrenti attenuanti. D'altra parte, l'aggravante comune non è ancorata al dato quantitativo di 100.000 euro previsto dalla Direttiva.

5. Sottopongo poi all'attenzione della Commissione ulteriori possibili emendamenti, da valutare dopo aver confrontato il testo della nuova disposizione con quelli dell'art. 4 della citata Direttiva e dell'abrogando art. 323 c.p.:

7-8/2024

- Nel testo dell'art. 314-*bis* sarebbe a mio avviso opportuno sostituire l'espressione "altra cosa mobile" con l'espressione "altri beni", onde non escludere dalla sfera di applicazione della norma i beni immobili, che pure possono essere distratti (si pensi all'utilizzo di un appartamento, di un garage o di un ufficio per fini privati, diversi da quelli per i quali è stato assegnato). L'art. 323 c.p. consente (ancora per poco) di punire la distrazione del bene immobile; l'art. 314-*bis*, che ne prenderà il posto, non lo consentirà se non sarà emendato. Dovrebbe di conseguenza essere modificata anche la rubrica dell'art. 314-*bis* c.p., eliminando il riferimento ai beni *mobili*. Sul piano sistematico, anche per meglio chiarire i rapporti con il peculato per appropriazione di cui all'art. 314 c.p., e in ossequio alla tradizione, si potrebbe valutare di denominare il nuovo delitto come "Peculato per distrazione". Di questo si tratta, d'altra parte.
- Sarebbe altresì a mio avviso opportuno intervenire sull'art. 314-*bis* c.p. eliminando l'espressione "in violazione di specifiche disposizioni di legge o da atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità", che è un improprio lascito del moribondo abuso d'ufficio. Questa espressione infatti riprende, in diverso contesto normativo, quella inserita nell'art. 323 c.p. dalla riforma che, nel 2020, ha interessato l'abuso d'ufficio, in senso limitativo. Se l'abuso d'ufficio con molti problemi interpretativi è stato utilizzato dal 1990 per reprimere il peculato per distrazione, nel quale è confluito dall'art. 314 c.p., e se ora si sceglie di configurare una figura autonoma di peculato per distrazione accanto al peculato, collocandola nell'art. 314-*bis* c.p., perché mai mutuare la fattispecie dall'abuso d'ufficio – un *dead crime walking* – anziché dal peculato, che è la *sedes materiae* della fattispecie? Ecco allora che l'espressione amputata dall'art. 323 c.p. e innestata dal decreto-legge nel nuovo art. 314-*bis* c.p. potrebbe essere sostituita con l'avverbio "indebitamente": "Fuori dei casi previsti dall'articolo 314, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, li destina indebitamente ad un uso diverso da quello previsto da specifiche disposizioni di legge o da atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità e intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o ad altri un danno ingiusto, è punito...". Questa modifica sarebbe sistematicamente coerente con il testo dell'art. 316 c.p. (Peculato mediante profitto dell'errore altrui) - che fa riferimento al pubblico funzionario che riceve o ritiene "indebitamente" denaro o altra utilità" - e allargherebbe l'ambito di applicazione della fattispecie, rendendola più aderente all'obbligo di incriminazione europeo (a ben vedere, ancor più aderente rispetto all'abrogando art. 323 c.p.). L'attuale versione della nuova norma incriminatrice non può infatti sanzionare alcuni fatti meritevoli di repressione. Mi riferisco, ad esempio e in particolare, ai casi in cui l'indebita destinazione ad altro uso del bene pubblico sia realizzata in violazione di regolamenti amministrativi (assai diffusi nella p.a.), oppure di norme di legge che lascino al pubblico funzionario margini di

7-8/2024

discrezionalità che il giudice è opportuno valuti nel caso concreto². Ritengo che la citata Direttiva europea, che non contiene una limitazione alla punizione delle condotte distrattive simile a quella ora introdotta dal decreto-legge, suggerisca se non addirittura imponga di ampliare l'ambito di applicazione della nuova incriminazione.

- La nuova fattispecie, collocata dopo l'art. 314 c.p., costituisce un'ipotesi meno grave di peculato (per distrazione, anziché per appropriazione). Il Parlamento dovrebbe allora a mio parere valutare l'opportunità di estendere anche a tale ipotesi la disciplina prevista per il peculato in tema di:
 1. confisca obbligatoria del profitto, anche per equivalente (art. 322-ter c.p.); v. anche l'art. 10 della suddetta Direttiva;
 2. confisca in casi particolari (o "allargata") (art. 240-bis c.p.);
 3. riparazione pecuniaria (art. 322-quater c.p.);
 4. attenuante del fatto di particolare tenuità (art. 323-bis c.p.)
 5. pene accessorie (art. 32-quater, incapacità di contrattare con la p.a.; 32-quinquies, estinzione del rapporto di lavoro o di impiego);
 6. sospensione condizionale della pena (artt. 165, comma 4, 166, comma 1 c.p.).

6. Permettetemi di concludere con una riflessione, che sottopongo alla Vostra attenzione. Con il decreto-legge al Vostro esame viene fatta salva la rilevanza penale di una ridotta, per quanto importante, classe di fatti di peculato (per distrazione), non riconducibile alla più grave fattispecie di cui all'art. 314 c.p. e non più riconducibile all'abroganda figura dell'abuso d'ufficio. Sotto la spinta di un vincolo europeo, il Governo ha evitato una possibile lacuna di tutela causata dall'abrogazione dell'art. 323 c.p., evidentemente non coperta dalle diciassette fattispecie evocate dal Ministro Nordio in una sede istituzionale europea.

Per effetto dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio, restano però altre e se possibile ancor più gravi lacune di tutela, delle quali, Signora Presidente e onorevoli Senatori, il Parlamento deve a mio avviso farsi carico, salvo doverne renderne conto ai cittadini e agli osservatori internazionali, nei prossimi mesi ed anni, sul piano della responsabilità politica. Il messaggio veicolato abolendo l'abuso d'ufficio - cioè rinunciando allo stigma penale per il funzionario pubblico che abusa del suo ufficio - è eticamente dirompente. A breve non saranno più punibili, infatti, queste condotte:

- Non sarà più punibile l'abuso di vantaggio: ad es., quello del funzionario pubblico che, senza prendere una tangente (corruzione), abusi del suo potere per

² In questo senso v. anche D. MICHELETTI, [La "distrazione" gioca brutti scherzi. Sulle ricadute intertemporali del nuovo art. 314-bis c.p.](#), in *Discrimen*, 8 luglio 2024, il quale a ragione domanda al legislatore distratto: le condotte distrattive più ricorrenti e meno gravi, quelle cioè che esprimono un margine di discrezionalità amministrativa oppure che non si pongono contro norme di legge o altri atti aventi forza di legge ma violano uno della miriade di parametri amministrativi che la giurisprudenza riteneva un tempo sufficiente a sintomatizzare una distrazione, che fine fanno?

7-8/2024

avvantaggiare sé o un suo conoscente, amico, amante, compagno di partito, assumendolo presso un ente pubblico anche se non ha i requisiti per quel posto, oppure stipulando con lui un contratto di servizi senza passare per un bando pubblico in violazione del codice degli appalti.

- Non sarà più punibile l'abuso di danno: ad es., quello del funzionario pubblico che, senza usare violenza o minaccia (concussione), abusi del suo potere per danneggiare un cittadino, magari un concorrente in amore, in politica, nel commercio o, semplicemente, una persona con la quale ha un dissapore. Può essere il caso del sindaco o di un funzionario tecnico che, in materia edilizia, neghi un permesso per costruire o un cambio di destinazione d'uso di un terreno o di un immobile al quale il cittadino avrebbe pienamente diritto.
- Non sarà più punibile, sempre a proposito di abuso di danno, il magistrato – giudice o pubblico ministero – che parimenti, fuori dai casi di corruzione, avvantaggi o danneggi intenzionalmente un imputato. Si parla tanto di una presunta irresponsabilità dei magistrati e poi si elimina il reato di abuso d'ufficio, che è molto spesso oggetto di denunce, fondate o meno, contro i magistrati. Si pensi ad esempio al pubblico ministero (o anche un ufficiale o agente della polizia giudiziaria), che senza ricevere una tangente porti o non porti in giudizio un elemento di prova, a carico o a discarico, per avvantaggiare o danneggiare un imputato.
- Non sarà più punibile l'abuso da conflitto di interessi, che era rimasto indenne dalla riforma del 2020: ad es. quello del pubblico funzionario (sindaco, assessore, consigliere comunale, docente di scuola o università pubblica) che, in presenza di un conflitto di interessi, e senza prendere una tangente, non si astenga dal votare una delibera dell'ente pubblico procurando a sé o ad altri un ingiusto vantaggio o danno. Ad esempio un professore che, durante l'esame di maturità, dia il voto decisivo nella commissione a favore della promozione di uno studente che non la merita, solo perché è il figlio di prime nozze della sua attuale compagna. Oppure il medico specialista di una struttura sanitaria pubblica che, immediatamente dopo aver effettuato una visita ambulatoriale, inviti il paziente a recarsi nel suo laboratorio privato per un approfondimento diagnostico invece che indirizzarlo ad uno dei contigui presidi ospedalieri.
- Non sarà più punibile l'abuso di chi "trucca" concorsi pubblici per l'assunzione di personale: ad es., quello dei commissari del concorso per magistratura o quello dei professori universitari, membri di una commissione di concorso, che senza ricevere tangenti e ricorrere a minacce facciano vincere il concorso per professore a un candidato a loro vicino, escludendo gli altri in modo abusivo. La turbativa d'asta in simili casi non è configurabile, secondo [un recente e forse col senno di poi "intempestivo" orientamento della Sezione VI](#) della Cassazione, che ha ritenuto invece integrabile il reato di...abuso d'ufficio. Ora che quel reato svanisce, l'impunità per rettori, direttori di dipartimento e professori che truccano i concorsi è assicurata, salva l'applicabilità di altri reati, come quelli di falso, che solo i più "sprovveduti" commettono (se li commettono) e che restano

7-8/2024

baluardi formali di legalità gravati dal compito di arginare forme di malcostume e malaffare tanto odiose quanto diffuse nella p.a.

Il peculato per distrazione è un frammento residuo dell'abolizione dell'abuso d'ufficio, al cospetto di questa inquietante costellazione di fatti che rischiano di restare senza una seria risposta sanzionatoria, alimentando il malcostume nella pubblica amministrazione.

Permettetemi di ribadire quanto ho sostenuto nelle mie precedenti audizioni parlamentari. Aniché abrogare *tout court* la norma sull'abuso d'ufficio, usando l'accetta in una materia tanto delicata e complessa, il Governo e il Parlamento avrebbero dovuto studiare e proporre una complessiva riforma, attenta a rispettare i principi del sistema, anche quelli costituzionali ed europei, senza creare vuoti di tutela che emergeranno inesorabilmente dai fatti di cronaca non appena, è questione di settimane o mesi, si avrà notizia di processi e condanne in fumo, per fatti gravi, o di sentenze definitive di condanna revocate per *abolitio criminis*.

Un'abolizione del reato che, ad alimentare un profilo di disuguaglianza che percorre il sistema penale, non solo da noi, interessa reati dei colletti bianchi, dei potenti, mentre generalmente si continuano a inserire nuove figure di reato o a inasprire le pene per i più disagiati, che affollano le carceri teatro di suicidi e oggetto – lo registro non senza amarezza – di un timido intervento proprio ad opera del decreto-legge ora in sede di conversione.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**