



Procura distrettuale della Repubblica di Brescia

- Il Procuratore -

AL SIGNOR PRESIDENTE DELLA 2^a COMMISSIONE
DELLA CAMERA DEI DEPUTATI

Oggetto: audizione in tema di riforma dell'abuso d'ufficio. Note del dr. Francesco Prete, procuratore della Repubblica di Brescia.

Sul tema in oggetto sono al vaglio di codesta Onorevole Commissione **quattro proposte** di legge di iniziativa parlamentare, tese all'abolizione o al restringimento dell'area di rilevanza penale della fattispecie.

I fautori dell'abolizione del reato di abuso d'ufficio ritengono che tale **fattispecie** sia **inutile e dannosa**: inutile perché non porta quasi mai a condanna; dannosa perché già la sua iscrizione nei registri di una procura della Repubblica genera discredito e afflizione. Il problema, quindi, non si risolve con una più definita descrizione della fattispecie, ma eliminandola.

I fautori della conservazione ritengono, al contrario, che la riforma del 2020 abbia **risolto il problema della indeterminatezza** del reato e ora bisognerà **sensibilizzare i pubblici ministeri ad evitare iscrizioni avventate** o comunque non coerenti con l'attuale formulazione della norma.

Personalmente non mi annovero tra i fautori dell'abolizione e tuttavia mi lasciano perplesso gli argomenti di coloro che vorrebbero conservare il reato così com'è.

Fino a che l'architave della fattispecie sarà la violazione di regole, sia pure vincolanti, che disciplinano l'agire amministrativo, ritengo imprescindibile, anzi **doverosa, l'iscrizione del reato da parte del pubblico ministero**. Di fronte ad una denuncia nella quale si prospetti che il funzionario ha violato le regole dell'azione amministrativa, il pubblico ministero non potrà fare altro che iscrivere quell'esposto in un registro, se vuole accertare la violazione prospettata dal denunciante. Certo, in astratto potrà iscriverlo nel registro dei fatti non costituenti reato (mod 45) ma nel panorama nazionale non tutti i p.m. sono disposti a ritenere pregiudizialmente insussistente il reato, senza neppure verificarne gli elementi.

Negli ultimi anni si nota un maggior ricorso al **modello 45** e questo **spiega la riduzione del numero delle iscrizioni per abuso d'ufficio**. Tale riduzione non significa affatto che siano calate le denunce, ma più semplicemente che queste vengono iscritte a modello 45, anziché nel registro degli indagati (modello 21). Aggiungo che questo orientamento negli ultimi anni sta creando un notevole contenzioso giacché il cittadino che

si vede archiviare a modello 45 un proprio esposto sempre più spesso denuncia il pubblico ministero proprio per abuso d'ufficio. Senza fare vittimismo, l'analisi del fenomeno ci dice che sta crescendo sempre più il numero delle denunce contro giudici e pubblici ministeri proprio per abuso d'ufficio in relazione alle decisioni che assumono o non assumono.

Un'altra riflessione – non critica - che mi sento di fare è che **l'ultima versione del 323 c.p.**, introdotta con il decreto semplificazioni del 2020, nel tentativo di meglio definire gli elementi costitutivi del reato, **ha finito per svuotarlo di contenuto** e renderlo praticamente inapplicabile. Nel momento in cui la fattispecie astratta richiede la violazione di regole espressamente previste dalla legge e vincolanti per il p.u. si è **lasciata fuori tutta l'area della discrezionalità** amministrativa nella quale realmente si annida il rischio di un uso distorto della pubblica funzione a fini di vantaggio o di danno ingiusti.

Nella **sentenza n. 8 del 2022¹** la Corte costituzionale ha mostrato grande considerazione per le ragioni spesso addotte dalla pubblica amministrazione e che risiedono nel timore per i dipendenti pubblici di essere sottoposti a procedimento penale per un presunto, e assai spesso indimostrato, uso distorto della pubblica funzione. Conseguenze di questo timore sono la **“burocrazia difensiva”** e la **“paura della firma”**. La Corte, proprio

¹ Corte cost 8/22 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.

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

muovendo da tale considerazione, ha ritenuto compatibile con l'assetto costituzionale l'ultima formulazione dell'articolo 323 come espressa dal legislatore del 2020, mostrando di **prendere le distanze da quella giurisprudenza che aveva ritenuto legittimo per il giudice penale sindacare anche l'eccesso di potere**. E allora, dice la Corte, una norma che voglia impedire incursioni penali nella sfera della discrezionalità della pubblica amministrazione va considerata conforme ai principi costituzionali.

Insomma, il **legislatore del 2020** per trovare il punto di equilibrio fra il principio di tassatività della norma penale e la tutela dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione **ha escluso il controllo penale in tutta l'area della discrezionalità amministrativa**. Così il problema si è risolto solo in apparenza giacché per raggiungere il risultato si è arrivati a ritenere che **l'abuso d'ufficio si configura solo per violazione di norme vincolanti**, ossia quelle norme amministrative che stabiliscono l'*an*, il *quid* e il *quomodo* dell'azione amministrativa.

Come ha scritto il giudice che ha rimesso la questione davanti alla Corte costituzionale, il legislatore del 2020 ha finito per descrivere un **reato "legislativamente impossibile"** essendo del tutto improbabile che il pubblico funzionario, per procurare ingiusto vantaggio o danno, arrivi a violare norme cogenti che gli impongono di esercitare la funzione stabilendo rigidamente tempi e contenuto dei suoi atti.

La realtà ci racconta una cosa diversa, ossia che la **concreta possibilità di favorire** o pregiudicare qualcuno, piegando in suo favore la pubblica funzione, **si annida** non già nella sfera dell'attività vincolata, ma in quella della **discrezionalità** ove il p.u. ha maggiori margini di manovra. In questo senso, l'attuale formulazione del 323 è una **foglia di fico**, idonea a dimostrare in astratto che il nostro ordinamento punisce l'abuso d'ufficio, ma in realtà inidonea a fornire uno strumento di reale efficacia repressiva degli illeciti. Salvo che non si formi ancora una volta una giurisprudenza che cerchi di recuperare il sindacato sul vizio di eccesso di potere sotto forma di sviamento di potere, come adombrato in un *obiter dictum* da Cass n. 442/2020. In che, oltre a confermare la diagnosi fatta dalla Corte costituzionale su un diritto vivente sganciato da quello positivo, porterebbe all'infinito il dibattito.

Se questo è, **l'attuale fattispecie**, proprio per la sua inidoneità ad incidere nel concreto, **scontenta sia chi ha a cuore l'imparzialità e il buon andamento** della pubblica amministrazione - perché comunque preclude al giudice penale di sindacare quelle condotte nelle quali realmente si nasconde il rischio di un abuso d'ufficio - **sia chi**, al contrario, **vorrebbe una pubblica amministrazione più serena e non esposta al rischio di incriminazioni evanescenti**.

Sotto questo aspetto si può comprendere la posizione di chi propone l'abolizione del reato, essendo verosimile che **la riforma del 2020, ancor di più delle precedenti, porterà alla celebrazione di processi che si concluderanno in un nulla di fatto**, per di più avendo messo in piedi un procedimento che ha impegnato inutilmente la macchina giudiziaria e



generato effetti pregiudizievoli per chi lo ha subito. In questo solco v. Cass. 28 gennaio 2021 n. 8057 e 9 dicembre 2020 n. 442.

In particolare, **non trovo irragionevole la soppressione di tutta quella parte della norma che oggi fa riferimento alla violazione di specifiche regole di condotta...con l'effetto di recare danno ingiusto ad altri.** Al di là delle difficoltà pratiche sopra evidenziate, vale sottolineare che la stragrande maggioranza degli esposti provengono da chi ritiene di aver subito un danno e proprio questi esposti alimentano l'enorme percentuale di archiviazioni/assoluzioni. Peraltro, se un cittadino ritiene di essere stato danneggiato dalla pubblica amministrazione ha una via maestra, quella del **ricorso al giudice amministrativo.**

Al contrario, mantenere l'abuso di danno vuol dire lasciare inalterati i problemi e tenere ingolfato il **giudice penale** al quale si ricorre più volentieri forse perché **l'accesso è gratuito**, mentre così non è se si adisce il giudice amministrativo.

Per converso, **non condivido la proposta di chi voglia eliminare l'abuso di vantaggio**, in questo confortato da una previsione della Convenzione ONU contro la corruzione e dall'orientamento che sta maturando in ambito europeo ove si chiede agli Stati membri di punire proprio questa figura.

Non trovo ragioni valide per decriminalizzare l'abuso di vantaggio poiché laddove il pubblico ufficiale abbia approfittato della propria funzione per procurare a sé o ai suoi correi (i beneficiari dell'atto) un ingiusto vantaggio patrimoniale, il disvalore è evidente e il fatto resterebbe privo di sanzione penale. Si pensi al pubblico ufficiale che emetta un provvedimento che riguardi se stesso o i beneficiari, procurando loro un ingiusto vantaggio patrimoniale come, ad esempio, nel caso di rilascio di concessione in sanatoria. Abrogando l'abuso di vantaggio la condotta sarebbe legittima, salvo sussumerla sotto altra fattispecie, se tecnicamente possibile.

A maggior ragione manterrei la **configurazione del reato quando il pubblico ufficiale abbia consapevolmente violato l'obbligo di astenersi** in presenza di un conflitto interessi rispetto alla pratica che sta trattando. L'approfittamento della funzione pare evidente tutte le volte in cui il p.u. si trovi ad operare in una situazione in cui già la legge glielo vieta. Mi sento di aggiungere che il **vecchio interesse privato in atti d'ufficio del p.u. in conflitto di interesse sia stato in Italia troppo sbrigativamente abrogato**, eppure racchiude il nucleo del disvalore di condotte che invece meritano una copertura penale.

Ringrazio.

29 maggio 2023