

PROGETTI DI RIFORMA DELL'ABUSO D'UFFICIO E DEL TRAFFICO DI INFLUENZE ILLECITE

La riforma approvata nel 2020 (art.23 del D.L. 16 luglio 2020, convertito in L.n. 120 dell'11 settembre 2020) è il quarto intervento di riforma del reato di abuso d'ufficio. Ciò è dovuto alla ricerca, nei rapporti tra potere politico e potere giudiziario, di individuare l'ampiezza del sindacato penalistico rispetto all'azione della P.A., in particolare all'area di discrezionalità amministrativa, che ha determinato una disputa tra poteri, per cui, alle riformulazioni in termini restrittivi della disposizione dell'art. 323, si sono verificate espansioni in via interpretativa della norma. Ad alimentare la controversia ha contribuito il contrasto sulla possibilità di ricondurre l'eccesso di potere all'abuso.

Non vi è dubbio che il legislatore del 1997 avesse un'opinione contraria a tale estensione, anche perché un sindacato sull'attività discrezionale avrebbe richiesto, comunque, l'individuazione di una norma di legge o di regolamento violata dall'agente.

Parte della dottrina evidenziò l'impossibilità di poter considerare accettabile l'esclusione del sindacato dell'eccesso di potere, che avrebbe comportato l'esenzione da responsabilità di forme gravi di abuso, tanto più configurabili nell'esercizio di potere discrezionale senza alcuna infrazione formale delle norme che lo disciplinano, pervenendo alla conclusione della possibile riconduzione all'abuso delle forme più gravi di deviazione dell'atto dai suoi fini, che si verificano quando il potere è esercitato per uno scopo del tutto estraneo e non previsto dai presupposti di fatto di esercizio del potere discrezionale (c.d. eccesso di potere estrinseco).

Anche la giurisprudenza ha recuperato alla sanzione penale l'eccesso di potere, identificando l'abuso con lo sviamento di potere, ossia quando il potere non viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione.

Il problema sorge, però, dalla necessità, per la constatazione dell'eccesso di potere, di un'accurata comparazione tra gli interessi in astratto della norma e quelli in concreto dell'agente, sulla base di criteri identificabili solo quando l'atto è stato compiuto. Perciò la non conciliabilità con il principio di determinatezza e con la categoria penalistica della tipicità che devono assicurare l'individuazione ex ante dei comportamenti vietati. Il problema è solo in parte superato dal fatto che i criteri tradizionalmente riferibili all'eccesso di potere siano stati

progressivamente recepiti in norma positiva, la cui inosservanza è valutabile come violazione di legge.

A complicare ulteriormente la questione impedendo qualsiasi determinatezza è intervenuto l'impiego dell'art. 97 Cost. in veste di norma integratrice dell'art. 323 c.p., sebbene sia evidente che dalla disposizione costituzionale non sia possibile ricavare precetti. Sebbene la Corte Costituzionale avesse lasciato intendere (cfr. Corte Cost. ord. n. 177/2016) l'inammissibilità dell'utilizzazione dell'art. 97 Cost., si è continuato a servirsi di tale articolo a supporto di contestazioni fluide.

La necessità, quindi, di un'ulteriore rivisitazione della riforma approvata nel 1997 risulta auspicata ben prima del 2020, ma si è realizzata solo quando si è colta l'occasione della necessità della ripartenza indotta dalla pandemia per intervenire sull'abuso d'ufficio come concausa della c.d. "amministrazione difensiva".

"La ragion d'essere della figura di reato delineata da una norma di chiusura, come l'art. 323 cod. pen., è ravvisata nell'obiettivo di tutelare i valori fondanti dell'azione della Pubblica Amministrazione, che l'art. 97 della Costituzione indica nel buon andamento e nella imparzialità, i nuovi elementi di fattispecie oggetto della violazione penalmente rilevante - introdotti dalla più recente riforma - sono costituiti dalle «specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

In luogo del generico richiamo della previgente disciplina alla indeterminata violazione «di norme di legge o di regolamento», si pretende oggi che la condotta produttiva di responsabilità penale del pubblico funzionario sia connotata, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, dalla violazione di regole cogenti per l'azione amministrativa, che per un verso siano fissate dalla legge (non rilevano dunque i regolamenti, né eventuali fonti sub primarie o secondarie) e per altro verso siano specificamente disegnate in termini completi e puntuali. Di qui il lineare corollario della limitazione di responsabilità penale del pubblico funzionario, qualora le regole comportamentali gli consentano di agire in un contesto di discrezionalità amministrativa, anche tecnica: intesa, questa, nel suo nucleo essenziale come autonoma scelta di merito - effettuata all'esito di una ponderazione comparativa tra gli interessi pubblici e quelli privati - dell'interesse primario pubblico da perseguire in concreto.

Beninteso: sempreché l'esercizio del potere discrezionale non trasmodi tuttavia in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici - c.d. sviamento di

potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità - laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito; oppure si sostanzia nell'alternativa modalità della condotta, rimasta penalmente rilevante, dell'inosservanza dell'obbligo di astensione in situazione di conflitto di interessi.

La nuova disposizione normativa ha dunque un ambito applicativo ben più ristretto rispetto a quello definito con la previgente definizione della modalità della condotta punibile, sottraendo al giudice penale tanto l'apprezzamento dell'inosservanza di principi generali o di fonti normative di tipo regolamentare o subprimario (neppure secondo il classico schema della eterointegrazione, cioè della violazione "mediata" di norme di legge interposte), quanto il sindacato del mero "cattivo uso" - la violazione dei limiti interni nelle modalità di esercizio - della discrezionalità amministrativa.

La nuova formulazione della fattispecie dell'abuso di ufficio, restringendone l'ambito di operatività con riguardo al diverso atteggiarsi delle modalità della condotta, determina all'evidenza serie questioni di diritto intertemporale. In linea di principio, non può seriamente dubitarsi che si realizzi una parziale *abolitio criminis* in relazione ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della riforma, che non siano più riconducibili alla nuova versione dell'art. 323 cod. pen., siccome realizzati mediante violazione di norme regolamentari o di norme di legge generali e astratte, dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità" (cfr. Cass. Pen. sez. IV n. 442/2021).

La motivazione appena riportata della indicata sentenza delle Corte di Cassazione conferma quanto sopra indicato che, peraltro, risulta condiviso dalla prevalente giurisprudenza di legittimità.

Così: "ai fini dell'integrazione del modello legale di cui all'articolo 323 del codice penale, anche a seguito della riforma intervenuta ex articolo 23, comma 1, decreto legge n. 76 del 2020, quando la competenza a provvedere è attribuita esclusivamente ad uno specifico organo amministrativo sulla base di una legge o di altro atto avente forza di legge, la violazione delle regole di attribuzione della materia, siccome vincolanti e prive di margini di discrezionalità, integrano la violazione di specifiche regole di condotta che, unitamente alla realizzazione degli altri elementi costitutivi della fattispecie, configurano il reato di abuso d'ufficio. (cfr. Cass. Pen. sez.III n. 8792/2021)

Il delitto di abuso d'ufficio, per la sua integrazione, richiede sia la realizzazione di un evento di danno (ingiusto) o di vantaggio patrimoniale (parimenti ingiusto) e sia il dolo intenzionale.

La giurisprudenza di legittimità è infatti ferma nel ritenere che, per la configurazione del reato di abuso d'ufficio, è necessario che sussista un'autonoma e "doppia ingiustizia", nel senso che ingiusta deve essere la condotta, in quanto connotata da violazione di legge e dall'assenza di margini di discrezionalità oppure dalla violazione dell'obbligo di astensione, ed ingiusto deve essere il vantaggio patrimoniale procurato, in quanto non spettante in base al diritto oggettivo regolante la materia, o il danno arrecato. Conseguentemente, occorre una duplice distinta valutazione, non potendosi far discendere l'ingiustizia del vantaggio o del danno dalla illegittimità del mezzo utilizzato e, quindi, dall'accertata esistenza dell'illegittimità della sola condotta (*ex multis*, Sez. 6, n. 13426 del 10/03/2016, Lubelli, Rv. 267271 – 01; Cass. Pen. sez. III 8792/2021).

L'abuso d'ufficio è infatti caratterizzato da un doppio evento alternativo consistente nel procurare intenzionalmente a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero nell'arrecare ad altri un danno ingiusto.

Tenuto conto di quanto sopra indicato e dei dati statistici richiamati dalle proposte in esame confermati dal Ministro e dal Ministero della Giustizia che evidenziano un reato al centro di processi ad alto tasso di archiviazione e con percentuali irrisorie di condanne in quelli che sfociano al dibattimento, specie se confrontate con i procedimenti iscritti, la vicenda dell'abuso d'ufficio – e delle sue infinite riforme – ci pone innanzi al seguente dilemma. Nella misura in cui si cerchi ad oltranza di formalizzare il fatto tipico, ovvero di vincolarlo alla puntuale infrazione di regole formali, il reato perde la sua ragion d'essere, smarrendo il legame con il suo humus empirico criminologico, presumibilmente costituito da un uso distorto della discrezionalità. D'altro canto, proprio se si tenta di includere quest'ultimo elemento nel fatto tipico, sia pure limitatamente alle sue manifestazioni più gravi (gravitanti attorno alla figura dello "sviamento di potere"), qualunque formula appare insoddisfacente, dal momento che l'uso del potere discrezionale si rivela effettivamente "distorto", solo a seguito di un complesso apprezzamento *ex post*. La soluzione del dilemma, almeno in un ordinamento penale a fondamento costituzionale, dovrebbe discendere dall'interazione tra i principi di legalità, sussidiarietà ed *extrema ratio*: preso atto

di quanto appena detto, i fenomeni sottesi all'abuso andrebbero regolati con strumenti diversi dal diritto penale.

Questa conclusione giustificherebbe la sostituzione dell'art. 323 c.p. con uno o più illeciti amministrativi, che (potrebbero conformarsi a parametri più duttili di quelli ai quali sottostà (o dovrebbe sottostare) il reato, rivelandosi idonei a recepire, in una certa misura, rinvii a fonti sublegislative, norme di principio, clausole generali e anticipazioni di tutela. Ma nulla esclude che la sanzione amministrativa, proporzionata all'effettiva gravità dei fatti, possa rivelarsi più efficace di una fattispecie penale che raramente varca la soglia delle indagini preliminari e quasi mai quella di una condanna definitiva (provocando comunque rilevanti costi sociali e danni a chi è preso nelle sue maglie). (cfr. Attilio Nisco – "La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile" in Sistema Penale)

Le proposte di riforma esaminate si muovono nella direzione indicata, ad eccezione della proposta Pella ed altri che, a mio avviso, pur rappresentando una sostanziale modifica, in grado di eliminare alcuni dei problemi evidenziati ma non tutti, ritarderebbe l'approfondimento dei possibili illeciti amministrativi idonei ad assicurare una tutela piena ed efficace con una riforma finalmente definitiva.

Per quanto concerne le modifiche proposte da Pittalis ed altri all'art. 346 bis del Codice Penale si condivide la prima, ossia quella che aggiunge la parola "*patrimoniale*" alle parole o "*altra utilità*" che delimita meglio l'ambito di operatività della norma anche se lo circoscrive.

Non può essere, invece, condivisa la proposta secondo cui l'attività di mediazione deve essere finalizzata all'esercizio illecito da parte del pubblico ufficiale delle sue funzioni e del suo potere, perché l'ipotesi è prevista come aggravante dal IV comma dell'art. 346 bis c.p. come segnalato anche dal servizio studi con il dossier n. 82 del 28.3.2023.