

Modifica alla disciplina del reato di abuso d'ufficio e del reato di traffico di influenze illecite (AC 399, AC 645, AC 654, AC 716)

Marco Gambardella

(Professore di diritto penale – Università La Sapienza di Roma)

1. Le proposte di legge volte all'abrogazione, alla trasformazione in illecito amministrativo o alla modificazione dell'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)

1.1. Mi soffermerò prima sulle proposte di legge che intervengono sul delitto di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.).

Muovo dalla conclusione a cui giungerò: non sembra condivisibile la scelta dell'*abrogazione secca* dell'abuso d'ufficio (proposte di legge Rossello AC 399 e Pittalis AC 645), né quella della *degradazione ad illecito amministrativo* dello stesso (proposta di legge Costa AC 654), né tantomeno la proposta della *parziale abrogazione* della norma incriminatrice attraverso la soppressione della sottofattispecie del c.d. "abuso di vantaggio" (proposta di legge Pella AC 716).

Le critiche contenute nelle proposte di legge in questione, in realtà, non colgono nel segno.

(A) Talvolta perché propongono "medicine" sbagliate per risolvere i problemi, che sono innegabili.

(B) Talaltra perché si fondano su presupposti giuridici e fattuali ambigui e di dubbia correttezza.

1.2. (A) Quanto alle "medicine", alle soluzioni errate (cioè l'abrogazione dell'art. 323 c.p.) ai problemi reali, un "primo blocco di *critiche*" che sono state evidenziate nelle proposte di legge possono essere riassunte in questo modo.

(i) una prima *critica* è quella secondo cui la quasi totalità dei processi per abuso d'ufficio è archiviata, o comunque, a fronte di un'enorme quantità di

processi che iniziano, soltanto una quantità infinitesimale si chiude con una condanna. I procedimenti penali avviati per abuso d'ufficio sfociano, cioè, in condanne definitive in un caso su cento (6500 procedimenti avviati e solo 57 condanne definitive).

(ii) Un'ulteriore *critica* è quella che i capi di imputazione per abuso d'ufficio sono articolati in modo sapientemente generico, in modo esplorativo, per garantire un ampio accertamento ricognitivo. L'abuso viene quindi utilizzato come grimaldello delle procure perché, se non si prova la corruzione o la concussione, resta sempre l'art. 323 c.p. come *jolly*.

Tuttavia, la soluzione a tali critiche, a tali problemi reali posti sul tappeto – perché sono reali i problemi che abbiamo visto – non è abrogare l'art. 323 c.p., bensì (la soluzione) sta nel far rimanere in vita l'art. 323 c.p., ma sensibilizzando al contempo i *pubblici ministeri*, i quali dimostrano una scarsa attenzione nella *gestione delle iscrizioni delle notizie di reato*, oltreché nella conduzione delle indagini preliminari.

Il punto merita un approfondimento.

Ebbene, nella maggior parte dei casi, l'abuso d'ufficio viene veicolato alle Procure tramite denunce private, di cittadini che segnalano episodi di mala gestione amministrativa. Tali denunce, tuttavia, si caratterizzano per lo più dalla mera segnalazione dell'adozione di atti amministrativi illegittimi. Ma in queste ipotesi – oggi a maggior ragione di ieri – non si può procedere alla immediata iscrizione nell'apposito registro. Ai sensi del novellato art. 335 c.p.p., l'emanazione di un provvedimento illegittimo di per sé non costituisce notizia di reato. Quest'ultima deve contenere la descrizione di un fatto, determinato e non inverosimile, corrispondente in ipotesi a una fattispecie incriminatrice.

Appare allora necessario – proprio a causa della parola “fatto” e degli aggettivi “determinato e non inverosimile” inseriti nel nuovo art. 335 c.p.p. – che nella notizia di reato siano “indicati” e poi “descritti in modo analitico” tutti gli elementi fattuali richiesti da una fattispecie astratta: condotta, evento, nesso causale, presupposti e modalità della condotta. Dovendosi ritenere che la parola “fatto” in tale contesto valga ad indicare tutti gli elementi descritti in una fattispecie incriminatrice, allo stesso modo in cui è stato inteso dalla Corte Costituzionale nella sua giurisprudenza in riferimento al divieto di un secondo giudizio, ex art. 649 c.p.p.

Ora, il delitto di abuso di ufficio è una fattispecie piuttosto analitica, le condotte tipiche e gli eventi incriminati sono determinati – anche sulla base dell’opera interpretativa della giurisprudenza – con molta precisione. Il provvedimento illegittimo dunque è solo un possibile “sintomo” di un abuso d’ufficio: è un “sospetto” di una notizia di reato. Per tale ragione siffatte denunce dovrebbero essere qualificate come “atti non costituenti notizie di reato” e dovrebbero quindi essere iscritte nell’apposito registro (il c.d. modello 45) e potrebbero – su base discrezionale – essere oggetto di una verifica preliminare (la c.d. pre-inchiesta) finalizzata a “ricercare” una notizia di reato vera e propria. Solo nel caso in cui vengano individuati tutti i plurimi elementi che concorrono a delineare il fatto nell’abuso d’ufficio, si potrà iscrivere nel registro degli atti costituenti notizie di reato. Ma in tal caso la notizia di reato non è più la denuncia: si è qui in presenza di una *notitia criminis* “presa d’iniziativa”.

Del pari, una volta avviata l’indagine, la verifica della consistenza probatoria (al fine delle determinazioni relative all’esercizio dell’azione penale) non solo dovrebbe riguardare tutti gli elementi – nessuno escluso – che concorrono a delineare la fattispecie abusiva di cui all’art. 323 c.p., fra i quali spicca il dolo intenzionale, data la sua difficoltà di accertamento; ma impone anche di raggiungere uno *standard* probatorio complessivo assai pregnante, in ragione della *nuova regola decisoria dell’archiviazione* di cui al novellato art. 408 c.p.p. che impedisce l’esercizio dell’azione quando gli elementi acquisiti durante le indagini preliminari non consentano una ragionevole previsione di condanna.

Se si acquisirà maggior consapevolezza da parte delle Procure del funzionamento, sia delle nuove regole che governano la scelta relativa all’iscrizione nell’uno o nell’altro registro, sia delle nuove norme che indicano la prognosi a cui deve essere sottoposta la notizia di reato ai fini della richiesta di rinvio a giudizio, non si dovrebbero più determinare più quegli effetti patologici segnalati dalle statistiche, i quali, quindi, non possono essere ricondotti alla mancanza di determinatezza della fattispecie: tutt’altro.

1.3. (B) La seconda soluzione che viene data ai problemi con l’abrogazione dell’art. 323 c.p., è altrettanto errata, perché si fonda su presupposti fattuali e giuridici ambigui e di dubbia correttezza.

Vediamo quali sono le critiche raggruppabili in questo secondo blocco.

(i) Le critiche sono legate a difetti di tecnica legislativa, che comportano un contrasto con il principio di legalità per carenza di determinatezza della fattispecie legale dell'art. 323 c.p. Non si individua qui, dalla descrizione legale della condotta incriminata, che cosa sia lecito e cosa sia penalmente vietato.

Da questa carenza di determinatezza è derivata – almeno così si dice – la c.d. “burocrazia difensiva” o “amministrazione difensiva”, ossia la “burocrazia del non fare”. L'abuso d'ufficio terrorizza allora chi deve firmare e gli blocca la mano. Ciò porta anche la preoccupazione, espressa dai sindaci italiani, che l'abuso d'ufficio freni la loro azione amministrativa.

(ii) E non solo vi è questa critica, ma, collegata alla stessa, vi è anche la critica sul fatto che l'abuso d'ufficio permetta un'ingerenza del giudice penale nell'attività discrezionale della pubblica amministrazione. Oltretutto, si sostiene che, al più, queste indagini portate avanti siano indagini su episodi storici di modesto disvalore.

Al riguardo, tuttavia, possiamo dire che non è assolutamente vero che l'abuso d'ufficio abbia una fattispecie scarsamente determinata. Lo è soltanto se si mette in discussione la sua “essenza”, data proprio dal necessario controllo del giudice penale sull'attività discrezionale dei funzionari pubblici, sullo scorretto uso dei poteri pubblici, che avvantaggia o danneggia un consociato specifico.

E, di fronte al comportamento dell'agente pubblico posto in essere in violazione del principio di legalità dell'attività amministrativa, che avvantaggia o danneggia qualcuno, non ci sono episodi di scarso disvalore.

D'altronde è certo che se si abroga l'art. 323 c.p. almeno una parte dello spazio occupato dall'abuso d'ufficio sarà coperto da altre incriminazioni, talvolta maggiormente sanzionate, le quali vedranno espandere il loro campo d'azione: omissione di atti d'ufficio (art. 328 c.p.), peculato per distrazione (art. 314 c.p.), turbata libertà delle gare e del procedimento di scelta del contraente (artt. 353 e 353-*bis* c.p.).

Da notare che le figure di reato che si riespandono opereranno solo per i fatti futuri, ossia per le condotte umane poste in essere dopo l'abrogazione dell'art. 323 c.p. Quanto alle condanne definitive pronunciate per abuso d'ufficio, esse dovranno essere revocate dal giudice dell'esecuzione *ex art.* 673 c.p.p.

L'illecito amministrativo proposto dal progetto di legge Costa (AC 654) si applicherà anch'esso solo per i fatti futuri: manca infatti in proposito una disposizione transitoria per farlo retroagire; e comunque il principio di irretroattività convenzionale (art. 7 CEDU) ricadendo nella c.d. "materia penale" rende molto problematico l'applicazione al passato del nuovo illecito amministrativo.

Inoltre, come risulta in modo inequivocabile dai dati ministeriali diffusi, vi è un elenco di reati che sono contestati "congiuntamente" con l'abuso d'ufficio (anni 2016-2021), soprattutto agli amministratori locali: i falsi, la truffa, la corruzione, gli abusi edilizi e paesaggistici. Sopprimere l'art. 323 c.p. non servirebbe dunque a rendere immuni dal diritto penale le condotte dei pubblici funzionari, ma anzi lascerebbe sussistere le più gravi ipotesi criminose e i procedimenti penali a carico degli stessi.

1.4. In definitiva, abrogando o degradando ad illecito amministrativo l'abuso d'ufficio si elimina il controllo di legalità del giudice penale sull'azione discrezionale della PA. Al giudice penale sarà precluso di verificare se l'esercizio dei poteri pubblici sia stato volutamente indirizzato, al di fuori della legalità, a favorire o danneggiare qualcuno.

Inoltre, si sopprime anche il nucleo ottocentesco (tranne che per la proposta di legge Pella AC 716, che abroga unicamente la sottofattispecie del c.d. "abuso di vantaggio") collegato alla visione liberale dello Stato: la protezione dei diritti dei cittadini contro le prevaricazioni dei funzionari pubblici (l'abuso di autorità). Gli atti arbitrari commessi con abuso di potere.

Abrogando o, a maggior ragione trasformando in illecito amministrativo l'abuso d'ufficio, non si comprende perché in Italia non sarà più sanzionabile penalmente la presa, da parte dell'agente pubblico, di un interesse privato in un atto d'ufficio, mentre in Francia sì: attraverso l'art. 432-12 del *Code Pénal*, il quale punisce la *prise illégale d'intérêts*.

Ancora, in Italia non costituirà più reato il caso in cui l'agente pubblico adotti volontariamente un provvedimento amministrativo illegittimo o arbitrario, che incida sui diritti dei consociati, mentre in Spagna sì: attraverso il delitto di *prevaricación administrativa*, art. 404 del *Código Penal*.

Per non parlare dell'ordinamento tedesco, che prevede una norma incriminatrice di ampia portata, § 266 *Untreue* (StGB), la c.d. infedeltà; un vero e proprio abuso di fiducia.

Infine, l'abrogazione secca dell'abuso d'ufficio (o la sua trasformazione in illecito amministrativo) si pone in contrasto con la recente *proposta di direttiva europea* del 3 maggio 2023 in materia di anticorruzione, la quale all'art. 11 prevede appunto che sia incriminato anche il c.d. *abuse of functions*. Se sarà approvata la direttiva di lotta alla corruzione, l'Italia non potrà non avere all'interno del suo codice penale una figura di reato che efficacemente punisca l'agente pubblico che abusa del suo ufficio o agisce in conflitto di interessi.

In particolare, ai sensi dell'art. 11 della citata direttiva (*Abuso di funzioni*), occorre invero garantire le misure necessarie per fare in modo che i seguenti comportamenti siano punibili come reato, se commessi intenzionalmente: “il compimento o l'omissione di un atto, in violazione di norme di legge, da parte di un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni, allo scopo di ottenere un vantaggio indebito per il funzionario stesso o per un terzo”.

2. La proposta di legge di modifica del delitto di traffico di influenze illecite (art. 346-*bis* c.p.)

2.1. Quanto alla *proposta di legge Pittalis* (AC 645), la quale prende in considerazione anche la *modifica del delitto di traffico di influenze illecite* (art. 346-*bis* c.p.), si può osservare quanto segue.

Premesso che si conviene nella carenza di determinatezza della fattispecie, la quale non riesce, affidandosi al solo significato letterale, a tipizzare con precisione le condotte illecite, soprattutto con riferimento al concetto di “mediazione illecita”.

E che inoltre la Corte di cassazione è intervenuta in proposito con delle importanti decisioni (Alemanno e Arcuri), aggiungendo “in via giurisprudenziale” una porzione di incriminazione: la mediazione è illecita quando è finalizzata a commettere un reato.

Tuttavia, le *modifiche* contenute nella *proposta Pittalis* (AC 645) sono eccentriche e superflue:

(i) nel caso dell’inserimento della *patrimonialità* della utilità data o promessa al faccendiere, la stessa è dissonante con lo stretto collegamento della figura di traffico di influenze illecite con le altre ipotesi corruttive dove è esclusa la patrimonialità dell’utilità.

Sarebbe un ritorno al passato (pre-modifiche del 2019): con la legge spazzacorrotti del 2019 si è infatti correttamente ampliato l’oggetto della condotta: oltre al denaro si fa riferimento ad “altra utilità”; sicché l’incriminazione non è più limitata a “vantaggi di tipo patrimoniale”, in linea con quanto stabilito dai delitti di corruzione, induzione indebita e concussione dove è rilevante qualunque vantaggio materiale o morale, patrimoniale o non patrimoniale (ad esempio, le prestazioni sessuali).

Oltretutto, l’allargamento della prestazione del cliente anche ai vantaggi di natura non patrimoniale è in linea sia con le disposizioni convenzionali, le quali fanno riferimento a “*any undue advantage*” (convenzione di Strasburgo del 1999 e convenzione di Merida), sia con la recente *proposta di direttiva europea* del 3 maggio 2023 in materia di lotta alla corruzione in cui all’art. 10 (*Trading in influence*) si allude “*an undue advantage of any kind*“. Anche dunque tale modifica, che introduce la necessaria patrimonialità della prestazione, contrasterebbe con la direttiva europea qualora la stessa fosse approvata;

(ii) nel caso di inserimento dell'aggettivo *illecito* in relazione dell'esercizio delle funzioni/poteri da parte dell'agente pubblico e alla sua remunerazione, esso è inutile: perché la finalità di pagare il pubblico agente rende già illecita la sua azione.

2.2. A mio modo di vedere, seguendo un diverso percorso di riforma dell'art. 346-*bis* c.p. può tentarsi una configurazione delle condotte tipiche che soddisfi maggiormente i canoni penalcostituzionali di determinatezza e tassatività.

E ciò, in estrema sintesi, agendo sull'enunciato legislativo, nel senso di valorizzare il nesso inscindibile tra il delitto di traffico di influenze illecite e le figure di corruzione.

Come noto (e come evidenziato anche nella Relazione alla citata proposta di legge), il delitto di traffico di influenze è stato introdotto nel 2012 nel nostro sistema penale per contrastare le condotte prodromiche all'atto vero e proprio corruttivo, si anticipa la risposta penale nei fenomeni corruttivi.

A tale proposito, spiccano le molteplici funzioni svolte dalla "clausola" che apre l'enunciato dell'art. 346-*bis* c.p. (<<Chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli artt. 318, 319, 319-*ter* e nei reati di corruzione di cui all'art. 322-*bis*>>).

La clausola posta nell'*incipit*, anzitutto, evita il concorso di reati con le figure di corruzione, segnando una "progressione criminosa" nella quale il traffico di influenze rimane assorbito nelle più gravi ipotesi di corruzione realizzate effettivamente.

Ma la clausola svolge anche un'altra funzione nel contesto dell'art. 346-*bis* c.p. Essa evidenzia, rende manifesto, l'obiettivo politico-criminale perseguito dal legislatore con l'introduzione nel 2012 (e la riformulazione nel 2019) del delitto di traffico di influenze illecite: quest'ultimo costituisce un avamposto nella lotta alla illegalità nell'azione dei pubblici poteri, sanzionando penalmente condotte precorritrici o propedeutiche ai reati di corruzione, le quali hanno come finalità l'influenza illecita sulle attività della pubblica amministrazione. Condotte le quali creano il pericolo che i pubblici agenti vengano effettivamente corrotti.

Si può allora approfondire tale ulteriore ruolo della "clausola iniziale" per una soluzione equilibrata delle questioni che si agitano intorno ai

contrassegni giuridici dell'illiceità della mediazione, e che tenga presente le istanze di politica criminale, le caratteristiche del microsistema corruttivo e gli interessi tutelati.

La “clausola iniziale” potrebbe fornire allora un decisivo contributo sia nella tipizzazione delle condotte sia nel fondare il loro disvalore (di azione), introducendo un *elemento soggettivo del fatto tipico*: lo “scopo” di commettere un reato appartenente al microsistema della corruzione; “scopo” (“fine”) che se effettivamente realizzato configura una progressione criminosa con l'assorbimento del primo reato di traffico di influenze nel successivo di corruzione.

Si potrebbe inserire nella parte iniziale della disposizione – al posto di quella oggi presente – la seguente clausola : <<chiunque al fine di commettere i reati di cui agli artt. 318, 319, 319-ter, 322-bis c.p. [...]>>. “Fine specifico” che costituisce pertanto elemento essenziale del tipo di reato (traffico di influenza), e non esaurisce i suoi effetti nella sfera del concorso di reati e della colpevolezza.

Si risolverebbe in modo adeguato la questione del significato del requisito della mediazione illecita; inoltre la mancanza di regolamentazione della attività di *lobbying* non alimenterebbe più i dubbi nell'identificare il confine del penalmente rilevante riguardo alla attività di rappresentanza di interessi particolari presso i decisori pubblici; nonché si eviterebbero le scorciatoie interpretative nel caso in cui il trafficante rivesta la qualifica di agente pubblico. E questo perché si dovrebbe trattare inevitabilmente di una mediazione “finalizzata” alla realizzazione di uno dei delitti contemplati nella clausola iniziale.

Tale modifica permetterebbe poi di ritenere *non* irragionevole la equiparazione sanzionatoria fra le due ipotesi criminose di traffico di influenze, le renderebbe anche più omogenee tra loro; lasciando emergere la funzione politico-criminale, di “sistema” delle fattispecie in questione, ossia di anticipare la soglia di rilevanza penale dei fenomeni corruttivi in accordo con il contenuto della clausola iniziale.

Stempererebbe inoltre il problema di dover assegnare una qualificazione, in termini di illecito, “creativa” ai due elementi di anti-giuridicità speciale delineati nell'enunciato dell'art. 346-bis c.p.: l'*indebitamente* relativo alla dazione/promessa e l'*illiceità* della mediazione (onerosa). Tali elementi non dovrebbero così più farsi carico di un ruolo che non gli spetta: quello di essere

requisiti “decisivi” nella ricostruzione del piano della tipicità, della selezione dei comportamenti penalmente rilevanti; e si risolverebbero entrambi in un richiamo all’esigenza che il fatto sia commesso in assenza di una disciplina che autorizzi la condotta tipica.