

Audizione del Presidente dell'ANAC, Avv. Giuseppe Busià, sul disegno di legge di iniziativa governativa recante modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare (S.808), presso la II° Commissione – Giustizia

Senato, 5 settembre 2023

Indice

1. <i>Profili sovranazionali</i>	2
2. <i>La proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta contro la corruzione</i>	3
3. <i>Inquadramento ed evoluzione normativa della fattispecie dell'abuso d'ufficio</i>	5
4. <i>Le attuali difficoltà applicative della fattispecie di abuso d'ufficio</i>	8
5. <i>L'analisi dei dati, le loro possibili letture e i diversi fattori che ostacolano l'efficienza amministrativa</i>	9
6. <i>Possibile disallineamento rispetto all'ordinamento internazionale e vuoti normativi</i>	11
7. <i>Vuoti di tutela ed incertezze applicative nell'ordinamento interno</i>	13
8. <i>Necessari correttivi in caso di abrogazione; importanza di una norma "di chiusura" dell'ordinamento</i>	15
9. <i>Osservazioni sulla proposta normativa relativa al traffico di influenze illecite</i>	16
10. <i>Conclusioni</i>	18

Si desidera esprimere, innanzitutto, un sentito ringraziamento al Presidente e ai componenti della II° Commissione del Senato della Repubblica per avere deciso di audire l'Autorità rispetto ad un tema così rilevante, che è stato oggetto in passato di numerosi interventi da parte del legislatore e che continua ad animare il dibattito politico.

In pieno spirito collaborativo, si intende sottoporre a codesta Commissione alcuni approfondimenti ed osservazioni, sperando di fornire un utile contributo al delicato compito cui è chiamata.

Il disegno di legge in esame, di proposta governativa, contiene un ampio ed articolato progetto riformatore in materia di giustizia, che include, oltre ad importanti interventi sul codice di procedura penale, anche rilevanti modificazioni alle disposizioni del codice penale relative ai reati di abuso d'ufficio e traffico di influenze illecite, sulle quali verte essenzialmente il presente documento.

In particolare, l'articolo 1 della proposta normativa in discussione prevede, da un lato, la **cancellazione del reato di abuso d'ufficio**, mediante l'abrogazione dell'articolo 323 c.p., dall'altro, il **ridimensionamento della fattispecie di traffico di influenze illecite**, mediante una riscrittura dell'art. 346-*bis* c.p., limitandone la punibilità alle condotte consistenti sostanzialmente nello sfruttamento intenzionale di relazioni esistenti, a fronte della dazione/promessa di denaro o altra utilità economica.

In relazione alla stessa fattispecie di traffico di influenze illecite, la proposta normativa in esame **modifica anche il trattamento sanzionatorio**, da un lato aumentando la pena minima edittale, dall'altro introducendo varie circostanze attenuanti.



1. Profili sovranazionali

Prima di esaminare la proposta di riforma, occorre evidenziare che la questione in esame deve essere necessariamente inquadrata in un contesto sovranazionale.

Anzitutto occorre ricordare la **Convenzione sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 1999**, in vigore dal 1° luglio 2002 e ratificata dall'Italia con legge 28 giugno 2012, n. 110, la quale, accogliendo una nozione ampia di "corruzione passiva di pubblici ufficiali nazionali", all'articolo 3, impegna gli Stati Parte ad adottare le necessarie misure legislative e di altra natura affinché *"il fatto di sollecitare o di ricevere, direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio indebito, per sé o per terzi, o di accettarne l'offerta o la promessa, allo scopo di compiere o astenersi dal compiere un atto nell'esercizio delle proprie funzioni"*, quando sia commesso intenzionalmente, sia elevato a infrazione penale secondo il proprio diritto interno.

La stessa Convenzione, all'articolo 12, rubricato "Traffico d'influenza", dispone che ciascuna Parte adotti *"le necessarie misure legislative e di altra natura affinché i seguenti fatti, quando sono commessi intenzionalmente, siano elevati a infrazioni penali secondo il proprio diritto interno: il fatto di promettere, offrire o procurare, direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio indebito, per sé o per terzi, a titolo di remunerazione a chiunque afferma o conferma di essere in grado di esercitare un'influenza sulla decisione di una persona di cui agli articoli 2, 4-6 e 9-11¹, così come il fatto di sollecitare, ricevere o accettarne l'offerta o la promessa a titolo di remunerazione per siffatta influenza, indipendentemente dal fatto che l'influenza sia o meno effettivamente esercitata oppure che la supposta influenza sortisca l'esito ricercato"*.

La citata Convenzione prevede espressamente, dunque, l'obbligo di penalizzazione soltanto della condotta relativa al traffico di influenze illecite.

Rispetto alla disciplina della fattispecie di abuso di ufficio, occorre invece tenere conto di quanto previsto dalla **Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione**, adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003, aperta alla firma a Mérida dal 9 all'11 dicembre dello stesso anno, entrata in vigore a livello internazionale il 14 dicembre 2005 e ratificata dall'Italia con legge 3 agosto 2009, n.116.

In particolare, l'articolo 19 rubricato "Abuso d'ufficio" della predetta Convenzione di Mérida dispone: *"Ciascuno Stato Parte esamina l'adozione delle misure legislative e delle altre misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale, quando l'atto è stato commesso intenzionalmente, al fatto per un pubblico ufficiale di abusare delle proprie funzioni o della sua posizione, ossia di compiere o di astenersi dal compiere, nell'esercizio delle proprie funzioni, un atto in violazione delle leggi al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un'altra persona o entità."*

Ulteriori vincoli di fonte eurounitaria che interessano la materia sono rinvenibili nella **direttiva 2017/1371, c.d. "PIF", Protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea**, entrata in vigore nel 2017, di cui si parlerà più diffusamente nel prosieguo e la proposta di Direttiva del Parlamento

¹ Pubblici ufficiali nazionali, membri di assemblee pubbliche nazionali, pubblici ufficiali stranieri, membri di assemblee pubbliche straniere, funzionari internazionali, membri di assemblee parlamentari internazionali, giudici e agenti di corti internazionali.

europeo e del Consiglio sulla lotta contro la corruzione – COM (2023) 234 del 3 maggio 2023, esaminata nel paragrafo che segue.

2. La proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta contro la corruzione

La proposta di Direttiva sulla lotta contro la corruzione - COM (2023) 234 del 3 maggio 2023² scaturisce dall'esigenza di **rafforzare e potenziare il quadro giuridico eurounitario** in materia di strumenti di prevenzione e repressione della corruzione, in considerazione della trasversalità e della fluidità delle pratiche corruttive, che rendono necessarie la cooperazione transnazionale e la predisposizione di misure di contrasto rispondenti a standard comuni.

Si tratta anche di una scelta dell'Unione europea di recepire e fare propri gli impegni che già vincolano gli Stati membri, in virtù degli obblighi da questi singolarmente assunti in sede internazionale mediante la ratifica delle convenzioni richiamate nel paragrafo precedente.

Occorre ricordare, tuttavia, che la proposta in esame ha suscitato, nel dibattito europeo, varie perplessità, che hanno portato all'emanazione di **un parere negativo** da parte dal Parlamento svedese, nonché di un parere in senso analogo, sia della Camera dei deputati, espresso con nota motivata del 19 luglio scorso, sia del Governo, nella relazione redatta ai sensi dell'articolo 6 della legge n. 234 del 2012, in cui, nell'esprimere **un giudizio negativo in merito ai profili di sussidiarietà e di proporzionalità** limitatamente alla sezione repressiva dell'atto, si **valutavano, invece, in termini positivi gli interventi di prevenzione della corruzione**, anche in considerazione della previsione di cui all'articolo 4 della proposta, ove si obbligano gli Stati membri a dotarsi di organismi indipendenti, specializzati nella prevenzione e nella repressione della corruzione, così come ha fatto l'Italia con l'istituzione dell'ANAC.

Infatti, sul fronte specifico della **prevenzione della corruzione**, la proposta di direttiva prevede l'adozione di **un sistema in gran parte corrispondente al modello italiano**³. Da questo punto di vista, infatti, l'Italia, non solo è già pienamente adempiente rispetto alle previsioni della proposta di direttiva, ma è addirittura all'avanguardia sotto molteplici profili, attinenti, in particolare, agli strumenti preventivi, avendo da tempo provveduto all'adeguamento della normativa nazionale agli obblighi internazionali⁴ e avendo maturato in materia una lunga e qualificata esperienza, tale da potersi autorevolmente presentare come **promotrice di best practices a livello europeo**.

² Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta contro la corruzione, che sostituisce la decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio e la convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio (COM(2023) 234 final).

³ Si rinvia, al riguardo, alle osservazioni formulate da ANAC nel documento *"Audizione del Presidente dell'ANAC, Avv. Giuseppe Busia, sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta contro la corruzione – COM(2023) 234 del 3.5.2023 presso la XIV° Commissione – Politiche dell'Unione europea della Camera dei deputati"*, trasmesso alla XIV° Commissione – Politiche dell'Unione europea della Camera dei deputati in data 19 luglio 2023.

⁴ In particolare, l'Italia ha provveduto all'adeguamento della normativa nazionale agli obblighi assunti in sede internazionale con la legge 3 agosto 2009, n. 116, relativa alla ratifica della Convenzione di Mérida, e con la legge 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. Legge Severino), come modificata dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90, che, tra l'altro, ha potenziato le funzioni dell'Autorità Nazionale Anticorruzione.



Per quanto concerne la sezione dedicata agli **interventi di natura repressiva**, tra le ipotesi criminose contemplate dalla proposta di direttiva sulla lotta contro la corruzione (articoli 7-14) – rispetto alle quali vengono posti in capo agli Stati membri specifici obblighi nell’ottica dell’adozione di standard comuni, ai fini di una più efficace repressione delle pratiche corruttive – sono espressamente ricompresi anche il traffico di influenze illecite e l’abuso di ufficio.

In particolare, l’articolo 10 della proposta di Direttiva, rubricato “*Traffico di influenze*”, impegna gli Stati membri ad adottare le misure necessarie affinché sia punibile come reato la condotta intenzionale, anche tentata, consistente in:

“(a) il fatto di promettere, offrire o concedere, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura per una persona o un terzo affinché detta persona eserciti un’influenza reale o presunta in vista di ottenere un indebito vantaggio da un funzionario pubblico;

(b) il fatto che una persona solleciti o riceva, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio o la promessa di un indebito vantaggio di qualsiasi natura per sé o per un terzo, al fine di esercitare un’influenza reale o presunta in vista di ottenere un indebito vantaggio da un funzionario pubblico.

A seguire, l’articolo 11, dedicato all’*“Abuso di funzione”*, prevede che gli Stati membri adottino le misure necessarie affinché sia punibile come reato la condotta intenzionale costituita da:

“ 1. l’esecuzione o l’omissione di un atto, in violazione delle leggi, da parte di un funzionario pubblico nell’esercizio delle sue funzioni al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo;

2. l’esecuzione o l’omissione di un atto, in violazione di un dovere, da parte di una persona che svolge a qualsiasi titolo funzioni direttive o lavorative per un’entità del settore privato nell’ambito di attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o commerciali al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo”.

Qualora il testo della suddetta proposta di direttiva dovesse essere adottato senza significative variazioni, il legislatore nazionale dovrebbe quindi valutare la compatibilità della proposta di abrogazione del reato di cui all’art. 323 c.p. rispetto alle richiamate disposizioni eurounitarie.

Preoccupazioni riguardo possibili effetti negativi di un’eventuale abrogazione del reato di abuso d’ufficio e di una limitazione dell’ambito di applicazione della fattispecie del traffico di influenze illecite – sostanzialmente in linea con le osservazioni formulate da ANAC nelle interviste effettuate nell’ambito del “Rule of Law 2023” – sono state espresse, proprio in relazione alla proposta normativa in esame, anche dalla Commissione europea nel **Rapporto annuale sullo stato del diritto del 5 luglio scorso**⁵, con particolare riferimento all’impatto che la depenalizzazione di condotte rilevanti potrebbe produrre sull’efficacia della lotta alla corruzione.

La Commissione, in particolare, recependo e condividendo le valutazioni espresse da ANAC, ha individuato significative criticità proprio nei possibili effetti negativi che sarebbero determinati tanto

⁵ European Commission, Commission Staff Working Document, 2023 Rule of Law Report, Country Chapter on the rule of law situation in Italy, accompanying the document “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions”, *The rule of law situation in the European Union*, Brussels, 5.7.2023, pagg. 1 e 12.

dal venir meno del reato di abuso d'ufficio, quanto dalla eventuale limitazione dell'ambito applicativo della fattispecie di traffico di influenze illecite alle sole ipotesi di utilità economica.

In via generale, è, quindi, possibile osservare che il modello prospettato dal disegno di legge in discussione, ove prevede la **cancellazione del reato di abuso di ufficio e circoscrive l'ambito applicativo della fattispecie di traffico di influenze illecite** sembrerebbe porsi in controtendenza rispetto alle istanze emerse a livello sovranazionale, o comunque potrebbe apparire non pienamente conforme rispetto agli impegni assunti dal nostro Paese in sede europea ed internazionale.

Al riguardo, giova evidenziare quanto riportato nella relazione illustrativa della proposta di Direttiva COM (2023) 234, in cui si dà conto che, allo stato attuale, la fattispecie di abuso di ufficio è già contemplata come reato da 25 paesi dell'Unione, che hanno fornito riscontro ad apposita interrogazione sulla materia⁶.

3. Inquadramento ed evoluzione normativa della fattispecie dell'abuso d'ufficio

Le ragioni dell'instabilità normativa dell'articolo 323 c.p. sono note e hanno comportato numerose modifiche della fattispecie incriminatrice in esame.

Le riforme che si sono susseguite sono state rivolte tutte al medesimo obiettivo, ovvero quello di descrivere nel modo più preciso possibile gli elementi costitutivi della fattispecie, per ridurre le incertezze interpretative e consentire ai pubblici funzionari, nello svolgimento della loro attività, di avere chiarezza sulle condotte che possono costituire reato.

In ogni caso, i numerosi interventi legislativi intercorsi non hanno modificato **la natura sussidiaria della fattispecie di abuso di ufficio** e la funzione "di chiusura" che essa svolge nell'apparato del sistema penale, manifestando così la volontà di mantenere la copertura penale in relazione a fatti che altrimenti non sarebbero perseguibili con altre fattispecie.

La disciplina originaria del 1930 era caratterizzata dalla presenza di due delitti, declinati con una formulazione alquanto generica. L'articolo 323 prevedeva il c.d. **abuso innominato**, consistente nel fatto del "*pubblico ufficiale che abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge*". Completava la tutela, il delitto di **interesse privato in atti di ufficio** (articolo 324), punito più gravemente dell'abuso innominato.

Questo assetto ha giustificato il primo intervento di riforma, avvenuto mediante **la legge 26 aprile 1990, n. 86**, che ha abrogato l'interesse privato in atti d'ufficio e ha riformulato nei seguenti termini l'articolo 323: "*Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione sino a due anni*". Al

⁶ Nella fase di studio e preparazione della proposta di Direttiva, la Commissione ha inviato agli Stati membri un questionario per conoscere le norme giuridiche nazionali riguardanti i reati riconducibili alla corruzione, secondo la definizione dell'UNCAC, nonché la durata massima delle pene detentive per tali reati e i termini di prescrizione vigenti. I risultati del questionario – cui hanno risposto tutti gli Stati membri, tranne la Bulgaria e la Danimarca – hanno confermato che tutti i 25 Stati che hanno fornito risposta prevedono l'abuso di ufficio come illecito penale.

secondo comma era prevista una fattispecie più grave (punita con la reclusione da due a cinque anni) se il fatto era *“commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale”*.

Nelle intenzioni del legislatore, la nuova fattispecie avrebbe dovuto delimitare l'area di rilevanza penale ai soli fatti che si estrinsecassero in atti o condotte materiali connotate dalla strumentalizzazione dell'ufficio rivestito, a fini di vantaggio o danno a terzi. In particolare, in presenza di atti amministrativi, **l'abuso d'ufficio si estrinsecava nei vizi tipici dell'atto amministrativo**, costituiti da violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere; inoltre, vi sarebbero dovuti confluire i fatti di peculato per distrazione, abuso innominato ed interesse privato in atti d'ufficio che la legge n. 86/1990 aveva abrogato.

La riforma è apparsa da subito inadeguata e la dottrina ha continuato a lamentare, da un lato, la previsione di una condotta di abuso troppo ampia, che non risolveva le criticità relative al sindacato del giudice sugli atti della pubblica amministrazione e, dall'altro, un trattamento sanzionatorio, le cui pene erano state abbassate, sproporzionato rispetto ai fatti che la norma mirava ad includere.

Al fine di individuare altre possibili opzioni volte ad un'ulteriore tipizzazione della controversa fattispecie, utili considerazioni sul tema sono state svolte dalle Commissioni Morbidelli e Castaldo, le cui proposte, in parte accolte dalle successive riforme normative, rimangono tutt'ora valide ai fini della comprensione delle criticità esistenti.

La **Commissione di studio presieduta dal professor Giuseppe Morbidelli**, nominata dal Ministro della giustizia nel 1996, proponeva di scomporre l'abuso d'ufficio in tre distinti reati di evento: la prevaricazione, il favoritismo affaristico e lo sfruttamento privato dell'ufficio, che miravano rispettivamente a realizzare un danno verso altri, un vantaggio patrimoniale per altri e un vantaggio patrimoniale per sé stessi.

La condotta abusiva si doveva concretizzare nell'esercitare, oppure omettere di esercitare, «in maniera arbitraria e strumentale i poteri inerenti alle funzioni o al servizio».

La riforma prevedeva, inoltre, pene diverse per le varie ipotesi di reato e una causa di non punibilità applicabile in presenza di fatti commessi nell'esclusivo interesse della pubblica amministrazione, oppure di danno patrimoniale pubblico o privato non superiore a un certo ammontare, purché integralmente riparato.

Un'altra proposta significativa è quella della **Commissione di studio e riforma dell'abuso d'ufficio presieduta dal professor Andrea Castaldo**, elaborata con lo scopo di «rendere controllabile la fase esegetica» di questa disposizione, al fine di ridurre forzature interpretative.

La Commissione intendeva restringere l'area di applicazione tramite un c.d. “nesso di rischio” in funzione garantistica, secondo cui il danno o il vantaggio ingiustamente prodotti devono costituire la concretizzazione di quanto la norma violata intende prevenire, in modo da garantire che sia punibile solo il caso di violazione di una norma che abbia attinenza con il procedimento decisionale in questione.

Il nesso di rischio richiesto renderebbe, quindi, più esplicito il requisito dell'ingiustizia dell'evento, in modo che attraverso il filtro dell'ingiustizia si possano selezionare, sia a monte sia in fase interpretativa, le condotte criminose punibili, tentando di risolvere in modo univoco, il problema di inosservanze meramente formali e superare gli effetti distorsivi derivanti dall'attività vincolata.



Il legislatore è, quindi, nuovamente intervenuto con la **legge 16 luglio 1997, n. 234**⁷, che ha riscritto l'articolo 323, punendo "*il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto*".

Sono stati inseriti nella fattispecie nuovi elementi strutturali: a) **è stata tipizzata la condotta** attraverso modalità più specifiche (violazione di legge o di regolamento o omissione di astensione) rispetto al generico riferimento all'abuso d'ufficio; b) **è stato configurato un reato ad evento** (che necessita la causazione di un danno o di un vantaggio patrimoniale), mentre la fattispecie previgente era strutturata come reato di pura condotta a dolo specifico; c) è scomparso il riferimento al vantaggio non patrimoniale; d) **il dolo è stato connotato** attraverso l'avverbio "**intenzionalmente**".

Il proposito del legislatore era diretto, in continuità con la linea di politica criminale precedente, a ridurre l'area di incriminazione, limitando il sindacato del giudice penale sulle scelte discrezionali della pubblica amministrazione. Tuttavia, gli scopi della riforma del 1997 sono stati in alcuni casi ridimensionati da letture interpretative che hanno esteso il perimetro degli elementi costitutivi della fattispecie, ampliando la definizione di violazione di legge, fino a ricondurla alla violazione dell'articolo 97 della Costituzione nella sua parte precettiva.

In questo contesto, aggravato della crisi epidemiologica che imperversava nel Paese, si colloca l'intervento del **decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76**⁸, che, mantenendo la struttura dell'abuso d'ufficio nato dalla riforma del 1997, ha **ulteriormente delimitato la condotta incriminata**, che presenta due modalità alternative, una incentrata su una specifica violazione di legge e l'altra sulla violazione di un obbligo di astensione.

La prima modalità della condotta richiede la "*violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità*"; la condotta penalmente rilevante è stata circoscritta in relazione a diversi profili:

- a) è stata esclusa la rilevanza dei regolamenti, modifica che ha destato, da subito, perplessità, in ragione del fatto che l'azione delle amministrazioni è spesso disciplinata da fonti secondarie;
- b) è stata attribuita rilevanza solo alle fonti primarie (legge e fonti a questa equiparate);
- c) si è previsto che la fonte debba individuare specifiche regole di condotta, rendendo impossibile il richiamo a norme di contenuto generico, come l'articolo 97 della Costituzione, o altre leggi che prescrivano generiche modalità d'azione;
- d) si è attribuita rilevanza alle sole violazioni di leggi che regolino condotte in modo vincolato, senza che siano lasciati "margini di discrezionalità".

⁷ "Modifica dell'articolo 323 del codice penale, in materia di abuso d'ufficio, e degli articoli 289, 416 e 555 del codice di procedura penale".

⁸ Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali", convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120.

Sono stati, quindi, delineati **contorni più definiti del fatto tipico**, nel rispetto delle ragioni di garanzia che governano la materia penale, con l'obiettivo di riavvicinare la disposizione scritta e la norma reale che, per effetto di interpretazioni estensive, si erano progressivamente distanziate.

Tuttavia, gli obiettivi perseguiti ed i risultati ottenuti dalle riforme normative hanno lasciato insoddisfatta gran parte della dottrina e, più in generale, numerosi operatori del diritto che agiscono all'interno e all'esterno della pubblica amministrazione e che continuano a lamentare l'assenza di un precetto tassativo, che consenta la effettiva prevedibilità della liceità o meno della propria condotta.

4. Le attuali difficoltà applicative della fattispecie di abuso d'ufficio

In merito all'ambito applicativo della fattispecie di abuso d'ufficio, la modifica apportata all'articolo 323, primo comma, del codice penale, dall'articolo 23 del **D.L. n. 76/2020** ha sicuramente contribuito ad una **più puntuale determinazione della fattispecie**, specificando la **natura delle norme** rispetto alla cui violazione può configurarsi un'ipotesi di abuso d'ufficio ("*specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge*") ed escludendo dal perimetro di applicazione dell'istituto gli ambiti nei quali residuino margini di **discrezionalità amministrativa**.

In quanto volto ad una migliore definizione della fattispecie, l'intervento riformatore del 2020 è risultato **senza dubbio condivisibile**.

A tal proposito, si richiama la **sentenza della Corte Costituzionale n. 8/2022**, la quale, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale della citata norma – pur evidenziando come l'intervento riformatore nascesse, soprattutto, dall'esigenza contingente di assicurare le condizioni per una rapida ripartenza del Paese dopo il blocco delle attività imposto dall'emergenza pandemica – ha, comunque, mostrato di **non rilevare criticità in relazione ad una limitazione della sfera applicativa** del reato di abuso d'ufficio che fosse effettuata attraverso una più rigorosa tipizzazione della fattispecie.

Ad ulteriore precisazione della fattispecie, si possono, inoltre, ricordare alcune pronunce del giudice penale intervenute successivamente alla riforma del 2020. Si fa riferimento, per quanto concerne, in particolare, il profilo del **controllo penale sulla discrezionalità amministrativa**, a una sentenza della Corte di Cassazione (Sez. VI, 9 dicembre 2020, n. 442) ove si rileva come la limitazione di responsabilità penale del pubblico funzionario, qualora le regole comportamentali gli permettano di agire in un contesto di discrezionalità amministrativa, opera solo se "*l'esercizio del potere discrezionale non trasmoda 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*".

La stessa Corte di Cassazione, in successive pronunce sul tema (in particolare, Sez. VI, 8 settembre 2021, n. 33240), ha altresì statuito che, **anche a seguito della riformulazione** del reato di abuso d'ufficio, ai fini dell'integrazione della fattispecie, **può rilevare la violazione di norme contenute in regolamenti** nel caso in cui esse, operando quali norme interposte, si risolvano nella specificazione tecnica di un precetto comportamentale già compiutamente desunto nella norma primaria, e purché questa sia conforme ai canoni della tipicità e tassatività propri del precetto penale.



La citata giurisprudenza ammette, dunque, la rilevanza penale, a titolo di abuso d'ufficio, della violazione di norme di fonte sub-legislativa, purché queste siano esplicitamente richiamate da disposizioni di fonte primaria (cfr. Cass., Sez. VI, 17 settembre 2020 n. 31873).

A fronte di una giurisprudenza volta a limitare l'ambito applicativo della fattispecie, devono tuttavia richiamarsi alcune pronunce giurisprudenziali che tendono, invece, ad **ampliare nuovamente il perimetro del reato** rispetto alla scelta operata dal legislatore nel 2020.

Si considerino, a titolo esemplificativo, **gli orientamenti contrastanti** emersi nella giurisprudenza della stessa Cassazione in merito alla **valutazione dell'articolo 97 della Costituzione** in relazione alla fattispecie in argomento. Al riguardo, accanto a pronunce che espressamente **escludono** che il reato di abuso d'ufficio possa essere integrato dalla **sola violazione dei principi di imparzialità e buon andamento** di cui all'art. 97, comma 3, della Costituzione - stante l'irrilevanza della violazione di norme generali e astratte dalle quali non siano ricavabili regole di comportamento specifiche ed espresse, o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità - (cfr. Sez. 6, 10 giugno 2022, n. 28402; Sez. 6, 7 aprile 2022, n. 23794), si registrano altre sentenze (in particolare, Cass., Sez. 1, 6 dicembre 2021, n. 2080) ove si rileva, invece, come la modifica introdotta con la riforma del 2020, pur restringendo l'ambito applicativo dell'art. 323 c.p., **non abbia determinato l'abolitio criminis delle condotte realizzate mediante violazione dell'art. 97 della Costituzione.**

Le perduranti incertezze inducono, dunque, a ritenere **auspicabile una determinazione ancora più rigorosa e puntuale** della fattispecie di cui all'art. 323 c.p. e del suo ambito applicativo, anche mediante una riscrittura della norma volta ad una migliore definizione del perimetro del reato.

Ciò, al fine di introdurre nell'ordinamento le debite garanzie contro il rischio di una eccessiva estensione del sindacato penale sull'azione dei funzionari pubblici - al di fuori delle ipotesi di reato disciplinate da altre norme di legge, rispetto alle quali l'art. 323 c.p. presenta un carattere residuale - permettendo, al tempo stesso, di assicurare la **perseguibilità anche in sede penale** di quelle condotte lesive dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione non coperte da altre previsioni di legge.

In assenza di un **adeguato bilanciamento** tra tali due diverse esigenze, si rischierebbe o di non garantire un'adeguata protezione al bene giuridico tutelato dall'art. 323 c.p., dato appunto dal buon andamento e dall'imparzialità della pubblica amministrazione, sanciti dall'art. 97 della Costituzione, o, al contrario, di creare le condizioni per una eccessiva estensione delle ipotesi incriminatrici.

5. L'analisi dei dati, le loro possibili letture e i diversi fattori che ostacolano l'efficienza amministrativa

Uno dei più significativi argomenti a favore dell'abrogazione della fattispecie di abuso di ufficio, si fonda sulla considerazione che, negli anni 2021 e 2022, **circa l'80% dei procedimenti iscritti è stato archiviato**, e che, rispetto ai procedimenti svolti, si registra uno scarso numero di condanne e patteggiamenti, a fronte del numero elevato di sentenze di assoluzione e di non luogo a procedere.

Una parte degli interpreti ha visto in questi dati **la conferma della sostanziale inefficacia** della fattispecie criminosa, la cui presenza nell'ordinamento finirebbe col rappresentare un mero ostacolo all'attività amministrativa, con la produzione del noto effetto paralizzante dell'attività del funzionario.



Un'analisi più approfondita consente, invece, di evidenziare, da un lato, come l'aumento delle archiviazioni e delle assoluzioni sia collegabile alla riforma dell'abuso d'ufficio attuata nel 2020, che ne ha limitato la sfera di applicazione e dall'altro, consente di asserire che **il filtro dell'autorità giudiziaria è risultato efficace** ad individuare le effettive fattispecie di abuso.

Si ritiene, in particolare, che i dati dovrebbero essere analizzati in modo più dettagliato, al fine di verificare quante delle archiviazioni si riferiscano a procedimenti avviati prima della novella del 2020 e quante siano state disposte in conseguenza delle modifiche normative intervenute con la citata riforma. Deve, infatti, considerarsi che **molte procedimenti, avviati anteriormente a tale riforma e alla luce del quadro normativo allora vigente, potrebbero essersi conclusi con l'archiviazione proprio per effetto della depenalizzazione di diverse condotte prodottasi a seguito dell'intervento riformatore del 2020.**

Inoltre, alla luce della riforma del codice di procedura penale mediante la c.d. "**riforma Cartabia**"⁹, che ha inserito **nuovi filtri procedurali** che condurranno in concreto ad un effetto deflattivo del contenzioso, la perimetrazione dei procedimenti di condanna è destinata ad aumentare.

Si segnala, sul punto, l'introduzione del comma 1-*bis* all'articolo 335 c.p.p. che **richiede, per l'iscrizione del nome della persona alla quale il reato è attribuito, la presenza di indizi a suo carico**, consentendo di non procedere di fronte a denunce palesemente infondate; nonché l'introduzione di nuove regole di giudizio (articolo 408 c.p.p.) per procedere all'archiviazione, speculari a quelle previste per il rinvio a giudizio in udienza preliminare, per cui **si chiedono per il rinvio a giudizio delle condizioni di procedibilità più stringenti.**

I dati statistici sopra riportati, quindi, andrebbero letti come idonei di per sé ad attenuare il rischio di applicazioni distorte della norma.

Si ritiene, inoltre, che la proposta di abolire la fattispecie di abuso di ufficio potrebbe **non risultare decisiva nel risolvere la patologia della c.d. "paura della firma"** e le criticità e le doglienze sollevate, al riguardo, dai funzionari pubblici, le quali meritano di essere tenute nella massima considerazione.

Il deficit di fluidità che incide sull'agire amministrativo trova le sue radici in una serie di concause, non soltanto collegate alla fattispecie penale, che scaturiscono soprattutto **da due rilevanti fattori**, che concorrono nel produrre un effetto paralizzante dell'azione della pubblica amministrazione.

Il primo di questi è rappresentato dalla **mancanza di tipicità e determinatezza di alcune delle norme che disciplinano l'agire amministrativo**, gli obblighi e le responsabilità dei funzionari pubblici e che dovrebbero definire con precisione i poteri e i comportamenti giuridici a cui gli stessi sono tenuti, definendo i confini entro i quali può essere esercitata la discrezionalità amministrativa, dal cui ambito dovrebbe restare escluso il sindacato del giudice penale.

In questi termini ciò che crea conflitto in capo al funzionario non sembra essere l'invadenza della fattispecie penale, e in particolare l'incertezza del perimetro applicativo dell'abuso di ufficio, quanto

⁹ Decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, recante "*Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari.*"

piuttosto la difficoltà di individuare i confini certi dell'agire amministrativo e i precisi ambiti entro i quali esercitare la insindacabile discrezionalità amministrativa.

Il secondo fattore riguarda, invece, **profili di carattere strutturale dell'apparato amministrativo**, come la ben nota **carenza di mezzi e di capacità amministrativa** degli enti pubblici, che si trovano spesso in mancanza di risorse e di competenze specialistiche, soprattutto gli enti di piccole dimensioni.

Sarebbe, quindi, necessario un intervento mirato ad un complessivo **potenziamento della capacità amministrativa**, che consenta ai funzionari pubblici di agire nel massimo dell'efficienza e della consapevolezza.

Con particolare riferimento all'**ambito dei contratti pubblici**, un importante supporto potrebbe essere fornito mediante la creazione o il potenziamento di centrali di committenza altamente specializzate nei singoli settori, con un rilevante investimento sulla formazione e sulla professionalizzazione delle figure operanti nel *procurement* pubblico.

Lo stesso sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, al quale il nuovo Codice dei contratti pubblici¹⁰ assicura la necessaria attuazione, risponde proprio all'esigenza di arginare l'eccessiva frammentazione, nonché i deficit organizzativi e di professionalità che paralizzano o rallentano l'apparato amministrativo, individuando una soluzione efficace nella centralizzazione delle strutture preposte alla spesa nei diversi settori, al fine di assicurarne l'adeguatezza, la capacità e la competenza¹¹.

6. Possibile disallineamento rispetto all'ordinamento internazionale e vuoti normativi

D'altra parte, un'**eventuale abrogazione** del reato di abuso di ufficio potrebbe determinare **criticità sotto vari profili**, sia rispetto all'ordinamento giuridico sovranazionale, che rispetto all'ordinamento giuridico interno.

In primo luogo, come sopra meglio evidenziato, l'eliminazione dell'abuso di ufficio **rischierebbe di allontanare l'ordinamento italiano dalle previsioni delle richiamate Carte internazionali**, che impegnano gli Stati firmatari a valutare l'adozione delle misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale a condotte sostanzialmente ricomprese nell'abuso d'ufficio.

Sebbene, infatti, la Convenzione di Mérida non vincoli puntualmente gli Stati firmatari all'adozione di una specifica fattispecie penale di abuso d'ufficio, ne raccomanda un'attenta disciplina repressiva, spingendo ad andare nella direzione che prevede, appunto, la penalizzazione della fattispecie di abuso

¹⁰ Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, recante " *Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici.* "

¹¹ Nell'ottica di un supporto ai funzionari operanti nel settore dei contratti pubblici, l'Autorità ha ritenuto, altresì, di ampliare e potenziare l'**istituto della vigilanza collaborativa**, già previsto dall'articolo 213, co. 3, lettera h) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, "Codice dei contratti pubblici", estendendone l'applicazione, nell'attuale disciplina prevista all'articolo 222, comma 3, lettera h) del citato Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, oltre che alla predisposizione degli atti di gara e alla gestione della procedura di aggiudicazione, anche alla fase dell'esecuzione, spesso interessata da criticità rilevanti, riferite, a titolo esemplificativo, a varianti contrattuali o a istanze di revisione dei prezzi.



d'ufficio – direzione che l'Italia e quasi tutti gli Stati europei hanno già raggiunto e recepito – motivo per cui un eventuale arretramento rispetto al percorso intrapreso rischierebbe di porci **in distonia rispetto all'orientamento prevalente in ambito europeo.**

Un vero e proprio vuoto normativo, in difformità a precisi obblighi di incriminazione previsti a livello sovranazionale, si dovrebbe, invece, registrare – in caso di abrogazione dell'art. 323 c.p. – in relazione alla **fattispecie di peculato per distrazione internazionale** e delle stesse condotte di abuso d'ufficio poste in essere da membri o funzionari di istituzioni europee e internazionali.

L'Italia, infatti, al fine di assicurare la necessaria e integrale copertura penale alle predette condotte, in conformità a quanto stabilito dalla sopra citata direttiva 2017/1371, c.d. "PIF", ha adottato, con l'articolo 1 del decreto legislativo 4 ottobre 2022, n. 156 (*Disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 14 luglio 2020, n. 75, di attuazione della direttiva (UE) 2017/1371, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale*), una riforma dell'articolo 322-*bis* del codice penale, inserendovi un espresso riferimento all'articolo 323 del codice penale medesimo, in modo da estendere l'applicabilità di quanto ivi previsto anche ai membri delle Corti internazionali, degli organi delle istituzioni europee, di assemblee parlamentari internazionali, di organizzazioni internazionali, nonché ai funzionari delle istituzioni europee e degli Stati esteri.

L'estensione soggettiva del reato di abuso di ufficio ai soggetti operanti sul piano comunitario e internazionale, tramite il richiamo alla disposizione dell'articolo 323 c.p., **ha consentito di superare profili di mancata conformità alla direttiva PIF** nella parte in cui chiede agli Stati membri di prevedere il reato di peculato per distrazione¹² dei funzionari internazionali.

Anche nel rapporto esecutivo redatto all'esito del primo ciclo di revisione della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione¹³, è stato evidenziato come l'Italia assicuri **copertura penale alle condotte di peculato per distrazione internazionale** proprio attraverso l'articolo 323 c.p., espressamente richiamato dall'art. 322-*bis* c.p. a seguito dell'intervento effettuato dal legislatore con il citato d.lgs. n. 156/2022.

Ne discende che un'eventuale abrogazione del predetto art. 323 produrrebbe, con riferimento a tali condotte, **un vuoto normativo in contrasto con norme sovranazionali**, che dovrebbe, necessariamente, essere colmato attraverso ulteriori e appositi interventi del legislatore.

¹² L'ipotesi criminosa di peculato per distrazione è venuta meno a seguito della riforma attuata dalla legge 26 aprile 1990, n. 86, che ha eliminato dalla fattispecie di peculato, prevista all'art. 314 c.p., il requisito della "appartenenza alla p.a. della cosa oggetto della condotta" privando di rilevanza penale la condotta distrattiva che risulta oggi addebitale, in via residuale, tramite il meno grave reato di abuso di ufficio.

¹³ United Nations Office on Drugs and Crime, Country Review Report of Italy, Review by Kazakhstan and Liechtenstein of the implementation by Italy of articles 15 – 42 of Chapter III. "Criminalization and law enforcement" and articles 44 – 50 of Chapter IV. "International cooperation" of the United Nations Convention against Corruption for the review cycle 2010 – 2015, pag. 4: "Embezzlement, misappropriation and other diversion of any property by public officials are criminalized by Articles 314 (Embezzlement), 316 (Embezzlement by taking advantage of another's error) and 323 (Abuse of office) of the Criminal Code. The Italian authorities noted that the embezzlement of immovable property could be covered by Article 323 (Abuse of office) or Article 633 (Trespass) of the Criminal Code. Other diversion of property could be covered by Article 323'.



7. Vuoti di tutela ed incertezze applicative nell'ordinamento interno

Occorre, poi, esaminare l'impatto che l'abolizione del reato andrebbe a determinare nell'ordinamento interno, producendo due rilevanti effetti problematici. Da un lato, si aprirebbero vuoti di tutela certi, in ragione della mancata copertura di gravi fattispecie da parte delle altre disposizioni codicistiche; dall'altro, si creerebbero incertezze applicative per numerose altre fattispecie, che la giurisprudenza e la dottrina non sono concordi nel ritenere eventualmente riconducibili ad altri reati contro la pubblica amministrazione, con il rischio di creare incertezze anche più ampie quelle che si intenderebbero superare con la proposta in esame.

Un primo effetto riguarda quelle **ipotesi criminose**, attualmente riconducibili all'articolo 323 c.p., che **rimarrebbero certamente escluse dalla tutela penale** perché non sussumibili in altre fattispecie di reato, determinando una lesione del principio di uguaglianza e proporzionalità di tutela nei confronti dei soggetti che abbiano subito un danno ingiusto derivante da condotte di abuso di potere.

In primis, la sopra citata fattispecie di **peculato per distrazione** risulterebbe definitivamente depenalizzata con riferimento alle condotte illecite poste in essere dai funzionari pubblici alle dipendenze di tutte le pubbliche amministrazioni interne.

Un grave **vuoto di tutela** si andrebbe a delineare, con riguardo alla **violazione dell'obbligo di astensione in caso di conflitto di interessi** o alle **ipotesi di favoritismo nei concorsi pubblici**, come chiaramente emerge da una recente pronuncia della Cassazione, ove vengono espressamente ricondotte all'abuso d'ufficio condotte illecite relative all'assunzione e alla mobilità del personale tra pubbliche amministrazioni, escludendo invece che le stesse possano essere ricomprese nel perimetro del reato di **turbativa d'asta** di cui all'art. 353 c.p.¹⁴, la cui applicazione è limitata all'ambito delle procedure finalizzate all'acquisizione di beni, servizi e lavori e la cui eventuale estensione a diversi ambiti rappresenterebbe "il risultato di una non consentita operazione di interpretazione analogica in *malam partem*" (Cass., Sez. 6, 16 giugno 2023, n. 26225).

Un'altra condotta che rimarrebbe priva di tutela penale si avrebbe, in materia di appalti, in relazione ad **alcune ipotesi di illegittimo affidamento diretto**, posto in essere in assenza delle condizioni che consentono di evitare una procedura di gara.

La giurisprudenza prevalente ritiene, infatti, (Cass. Sez. 6, 28 ottobre 2021, n. 5536) che l'ipotesi di reato di cui all'art. 353-*bis* c.p.¹⁵ (**Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente**) sia applicabile soltanto ai casi in cui la condotta perturbatrice sia finalizzata ad inquinare una gara, ma

¹⁴Art. 353 c.p. (Turbata libertà degli incanti) "*Chiunque, con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche Amministrazioni, ovvero ne allontana gli offerenti, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da euro 103 a euro 1.032. Se il colpevole è persona preposta dalla legge o dall'Autorità agli incanti o alle licitazioni suddette, la reclusione è da uno a cinque anni e la multa da euro 516 a euro 2.065. Le pene stabilite in questo articolo si applicano anche nel caso di licitazioni private per conto di privati, dirette da un pubblico ufficiale o da persona legalmente autorizzata; ma sono ridotte alla metà.*"

¹⁵ Art. 353-bis c.p. "*Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da euro 103 a euro 1.032.*"

non alle ipotesi in cui la condotta illecita si sostanzia nella volontà di evitarla a monte. Nel caso di illegittimo affidamento diretto - motivato da una inesistente situazione di urgenza – non si potrebbe configurare il turbamento richiesto dalla norma in assenza di un procedimento amministrativo che contempli una procedura selettiva. Una diversa interpretazione, che estendesse l'ambito di applicazione della norma oltre il tenore letterale integrerebbe, infatti, quell'analogia in *malam partem* vietata in materia penale.

Pertanto l'ipotesi di illegittima mancata indizione della procedura di gara, astrattamente riconducibile nell'ambito dell'abuso di ufficio, non sarebbe più presidiata da alcuna forma di tutela penale in caso di abolizione della fattispecie in discussione.

In tale ipotesi, per giunta, si rischierebbe di pervenire all'esito paradossale di vedere sanzionati pubblici funzionari che, pur con condotte non pienamente conformi alla norma, abbiano, comunque, sostanzialmente operato nel rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, predisponendo gli atti di gara, e di lasciare, invece, impuniti quei funzionari che abbiano completamente omesso di indire la procedura di gara e di predisporre i relativi atti, procedendo all'affidamento in via diretta in assenza dei necessari presupposti.

Un secondo rilevante effetto connesso all'abrogazione del reato di cui all'art. 323 c.p., riguarderebbe – come sopra anticipato – **quelle ipotesi per cui residuerebbe una forte incertezza interpretativa** in merito alla possibilità di ricondurle ad altre fattispecie esistenti, con l'ulteriore conseguenza di generare **una situazione di difficoltà applicativa**, in contrasto proprio con lo scopo garantista di tipizzazione e chiarificazione che l'attuale proposta abrogativa si prefigge.

Si pensi a quelle **condotte "prevaricatrici" di abuso**, poste in essere senza dazione o promessa di vantaggi economici o di altre utilità, senza che si attui, quindi, una condotta corruttiva: ad esempio, il mancato rinnovo di incarichi o il de-mansionamento di dipendenti pubblici per scopi ritorsivi.

Un'incerta copertura penale riguarderebbe, altresì, le condotte consistenti nella **distrazione di denaro pubblico a favore di terzi**, con o senza utilità economica. Si fa riferimento alle ipotesi di consulenze illegittime per somme ingenti, non essendo pacifico se le stesse possano rientrare nella fattispecie di peculato appropriativo.

Deve, poi, farsi menzione delle **condotte abusive con vantaggio dello stesso pubblico ufficiale, in ambito sanitario**, evidenziate dalla giurisprudenza, ovvero le ipotesi di pubblici ufficiali in servizio presso aziende sanitarie o ospedaliere che agiscano per favorire cliniche private o case farmaceutiche, o che violino le regole relative alle prestazioni *intra moenia*.

In conclusione, nelle ipotesi descritte, un'eventuale abrogazione dell'art. 323 c.p. potrebbe, quindi, produrre un significativo vuoto di tutela e sicuramente notevoli incertezze applicative, essendo controversa la possibile applicazione delle fattispecie di truffa ai danni delle strutture pubbliche o di concussione.



8. Necessari correttivi in caso di abrogazione; importanza di una norma di “chiusura” dell’ordinamento

Per le considerazioni sopra espresse, ove il legislatore si risolvesse comunque ad abrogare la fattispecie, sarebbe necessario prevedere gli opportuni accorgimenti affinché, **in assenza del reato di abuso d’ufficio, non si determini nell’ordinamento un pericoloso vuoto di tutela** in relazione alle molteplici e articolate fattispecie di reato sopra richiamate. Atteso che il principio di tassatività della norma penale osta a qualsiasi possibilità di estensione analogica in materia penale, si suggerisce, in caso di abrogazione del reato di abuso d’ufficio, di valutare ulteriori possibili soluzioni.

Con particolare riferimento alle ipotesi di **favoritismo nei concorsi pubblici e nelle pubbliche selezioni** – dovendosi escludere che possano essere ricomprese entro il perimetro della **turbativa d’asta** condotte illecite commesse in ambiti diversi da quello delle procedure finalizzate all’affidamento di lavori, servizi e forniture – emergerebbe la necessità di **un’integrazione dell’articolo 353 c.p.**: si potrebbe pensare di estenderne l’ambito applicativo, in modo da ricomprendervi anche le interferenze dell’interesse privato nell’esercizio di una funzione pubblica.

A tale riguardo, si suggerisce di valutare l’opportunità che il citato articolo 353 c.p. venga integrato mediante l’introduzione di una sorta di “turbativa di concorso”, prevedendo la sanzione penale anche nelle ipotesi di interferenze di interessi privati nell’esercizio delle funzioni pubbliche connesse a procedure pubbliche di selezione del personale, a procedure per l’assegnazione di fondi, finanziamenti, sussidi e altre provvigioni pubbliche, nonché nell’ipotesi di violazione dell’obbligo di astensione in situazioni di conflitto di interessi.

Sempre al fine di colmare i vuoti che si determinerebbero con l’abrogazione dell’abuso d’ufficio, con riferimento alle **condotte omissive**, un contributo potrebbe forse venire dall’**articolo 328 del codice penale**¹⁶, ove lo stesso fosse arricchito da un’ipotesi punitiva più grave per i casi in cui l’omissione sia posta in essere per procurare un ingiusto vantaggio o recare un ingiusto danno.

Si deve, tuttavia, notare che condotte illecite sinora sanzionate con il reato di abuso di ufficio, strutturato come un **reato di evento**, che prevede cioè come requisito indefettibile il prodursi di un danno ingiusto o ingiusto vantaggio finirebbero per essere ricomprese in fattispecie strutturate come **reati di condotta**, il cui ambito applicativo sarebbe dunque più vasto e meno tipizzato.

Per tali fattispecie, si porrebbe poi l’ulteriore problema di rimodulare l’impianto sanzionatorio o, comunque, di introdurre alcune aggravanti per l’ipotesi in cui effettivamente si produca un danno ingiusto o un vantaggio ingiusto.

¹⁶ Art. 328 c.p. (Rifiuto di atti d’ufficio. Omissione) *“Il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni. Fuori dei casi previsti dal primo comma, il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio, che entro trenta giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse non compie l’atto del suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo, è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a euro 1.032. Tale richiesta deve essere redatta in forma scritta ed il termine di trenta giorni decorre dalla ricezione della richiesta stessa”*.

Alla luce di quanto esposto, si rileva come il **vulnus normativo**, in caso di abrogazione del reato di abuso d'ufficio, si andrebbe a ripercuotere soprattutto in quei **settori particolarmente sensibili** quali il settore degli appalti pubblici, l'edilizia, l'ambito sanitario e le selezioni concorsuali pubbliche, con gravi conseguenze anche sul fronte della spesa pubblica, oltre che della tutela della *res publica* e dei suoi canoni di imparzialità e di buon andamento.

In ragione di ciò, tenuto conto della **natura residuale e sussidiaria** della fattispecie di abuso di ufficio, che si configura sostanzialmente come "reato di chiusura", idoneo ad assicurare una copertura penale a fatti non perseguibili da altre fattispecie, a tutela sia del buon andamento della pubblica amministrazione, sia a garanzia dei cittadini, **si ritiene percorribile, in alternativa rispetto all'abrogazione dell'art. 323, una norma che tipizzi ulteriormente il reato in questione.**

Pertanto, si guarda con favore a proposte che intendano **tipizzare con maggior rigore il reato in esame**, al fine di circoscriverne ulteriormente l'ambito applicativo, in modo da escludere definitivamente la rilevanza, da una parte, delle violazioni di principi generici e indeterminati che non trovino formulazione in alcuna specifica disposizione di fonte primaria e, dall'altra, di condotte consistenti nella violazione di norme meramente formali e procedurali, prive di valenza sostanziale.

9. Osservazioni sulla proposta normativa relativa al traffico di influenze illecite

Per quanto attiene, infine, alla proposta di modifica del reato di traffico di influenze illecite, si evidenzia, in primo luogo, la rilevanza della fattispecie, la quale, essendo volta a perseguire condotte prodromiche a successivi accordi corruttivi, assume particolare importanza nell'ottica della prevenzione della corruzione.

Come noto, il reato, introdotto con la legge 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. Legge Severino), in esecuzione dei sopra richiamati impegni internazionali¹⁷, e già oggetto di modifiche con la legge 9 gennaio 2019, n. 3¹⁸, ricomprende due condotte alternative, che differiscono in ordine alla causa e alla giustificazione della promessa/dazione del compratore di influenze, come chiarito dalla giurisprudenza della Cassazione (in particolare, Cass. pen., Sez. VI, Sent. 13 gennaio 2022, n. 1182). Mentre nella prima ipotesi l'erogazione indebita costituisce il corrispettivo della mediazione illecita presso il pubblico agente (c.d. mediazione onerosa), diversamente, nella seconda, la corresponsione illecita è effettuata all'intermediario affinché questi, a sua volta, remunererà il soggetto pubblico in relazione all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri (c.d. mediazione gratuita).

La giurisprudenza ha evidenziato profili che non consentivano di circoscrivere adeguatamente la fattispecie, segnalando, in particolare, che il contenuto indeterminato della norma comporta il rischio di *"attrarre nella sfera penale – a discapito del principio di legalità – le più svariate forme di relazioni con la pubblica amministrazione, connotate anche solo da opacità o scarsa trasparenza"* (Cass. Pen.,

¹⁷ Si fa riferimento, in particolare, all'art. 12 della citata Convenzione sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 1999.

¹⁸ In particolare, le modifiche introdotte con la legge 9 gennaio 2019, n. 3, hanno comportato l'abrogazione del reato di millantato credito, il conferimento della qualificazione di circostanza aggravante alla finalizzazione della mediazione illecita al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto d'ufficio, nonché l'ampliamento dell'ambito punitivo della mediazione illecita mediante la nozione generica di "utilità" in sostituzione della natura necessariamente patrimoniale del vantaggio dato o promesso al mediatore.



Sez. VI, 9 novembre 2021, n. 40518). Rischio accentuato dall'**assenza, allo stato attuale, nell'ordinamento italiano, di una disciplina organica della rappresentanza di interessi**, che sarebbe invece particolarmente auspicabile, come si è avuto già modo di segnalare¹⁹.

Incertezze interpretative emergono anche in ordine ad altri rilevanti profili, quale la presunta continuità normativa tra il reato di millantato credito, formalmente abrogato dall'art. 1, comma 1, lett. s), legge 9 gennaio 2019, n. 3, e quello di traffico di influenze; continuità normativa rilevata in alcune pronunce (cfr. Cass., Sez. 6, 12 maggio 2021, n. 35581; Sez. 6, 7 ottobre 2020, n. 1869), ed espressamente esclusa invece in altre (in particolare, Cass., Sez. 6, 10 marzo 2022, n. 23407; Sez. 6, 2 febbraio 2021, n. 28657; Sez. 6, 18 settembre 2019 n. 5221).

La proposta normativa in esame reca un'ampia riformulazione della fattispecie, che prevede una significativa riduzione dell'ambito applicativo del reato rispetto alla norma attuale.

In particolare, ai fini della sussistenza dello specifico illecito penale, è richiesto, diversamente dal testo attualmente vigente, che:

- a) le relazioni del mediatore con il pubblico ufficiale, o con l'incaricato di pubblico servizio, o con uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-bis c.p., siano **esistenti (non solo asserite) ed effettivamente sfruttate (non solo vantate)**;
- b) lo sfruttamento delle predette relazioni avvenga **intenzionalmente**;
- c) l'utilità data o promessa al mediatore sia **di natura economica** e destinata a remunerare il soggetto pubblico in relazione all'esercizio delle sue funzioni, o a realizzare un'altra mediazione illecita, da intendersi come una mediazione volta a indurre il soggetto pubblico medesimo a compiere un atto contrario ai doveri d'ufficio costituente reato e dal quale possa derivare un vantaggio indebito.

Alla luce delle incertezze sopra richiamate, il disegno di legge in esame appare condivisibile nelle finalità che si propone di perseguire.

Si evidenzia, tuttavia, il **rischio** che la proposta normativa in discussione, ove restringe l'ambito applicativo del reato di traffico di influenze illecite alle sole ipotesi di dazione/promessa di denaro o altra utilità economica, possa risultare **non pienamente conforme alle previsioni europee**, ed in particolare al richiamato articolo 12 della Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 1999 (oltre che all'articolo 11 della citata proposta di Direttiva del 3 maggio scorso), che trovano applicazione anche alle ipotesi di non patrimonialità, oltre a introdurre una **disarmonia rispetto**

¹⁹ Al riguardo si rinvia al documento prodotto da ANAC con riferimento alla proposta di legge "*Disposizioni in materia di conflitti di interesse e delega al Governo per l'adeguamento della disciplina relativa ai titolari delle cariche di governo locali e ai componenti delle autorità indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione, nonché disposizioni concernenti il divieto di percezione di erogazioni provenienti da Stati esteri da parte dei titolari di cariche pubbliche*", trasmesso in data 16 maggio 2023 alla Commissione Affari Costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni della Camera dei deputati.

all'ordinamento complessivo, che, in relazione ad altri reati affini, prevede la sanzionabilità anche per le ipotesi di utilità non economiche.

In particolare, la proposta limitazione della punibilità ai soli casi di promessa o dazione di utilità economica appare poco coerente con il complessivo sistema sanzionatorio dei reati contro la pubblica amministrazione (si pensi alla corruzione o alla concussione), specialmente per quanto concerne la c.d. mediazione gratuita, propedeutica alla corruzione vera e propria.

In merito al rischio di una non piena conformità della proposta normativa in esame alle previsioni eurounitarie, si ricorda come nel citato **Rapporto annuale sullo stato del diritto del 5 luglio scorso**, la Commissione europea abbia individuato rilevanti criticità proprio nell'eventuale limitazione dell'ambito applicativo della fattispecie alle sole ipotesi di utilità economica e di rapporti effettivi – e non meramente presunti o asseriti – dell'intermediario con il pubblico ufficiale.

Nel confermare, in ogni caso, l'apprezzamento per il tentativo di pervenire ad una più rigorosa definizione della fattispecie in esame – soprattutto in considerazione delle criticità applicative della relativa norma, e tenuto conto del **confine non sempre ben determinabile rispetto ad altre ipotesi di reato** ricadenti in ambiti connessi e affini, quale lo stesso reato di corruzione – si ritiene, tuttavia, che la via migliore per conseguire tale auspicata tipizzazione sia **l'introduzione di una disciplina dell'esercizio della mediazione lecita (c.d. lobbying)**, in modo da circoscrivere *a contrario* le condotte di intermediazione da considerarsi, invece, illecite.

10. Conclusioni

Come è stato rilevato, il disegno di legge in esame va ad incidere profondamente su una materia complessa che lambisce molti ambiti di interesse con ripercussioni trasversali su molti settori dell'ordinamento giuridico.

Proprio il ruolo che ANAC ricopre consente di affermare che per rispondere efficacemente agli abusi, è necessario anzitutto insistere ulteriormente sul potenziamento delle misure extra-penali di supporto, con un rafforzamento dei controlli interni e delle misure sanzionatorie amministrative e disciplinari, che dovrebbero essere caratterizzate da prontezza e da capacità afflittiva.

Nel panorama sopra delineato, pertanto, appare auspicabile un ulteriore **rafforzamento delle disposizioni extra-penali e amministrative sulla prevenzione della corruzione, la cui assoluta rilevanza è stata evidenziata, in termini positivi, anche nel citato parere motivato formulato dalla Camera dei deputati** in merito alla proposta di direttiva UE sulla lotta contro la corruzione.

È infatti necessario, prima ancora di potenziare l'impianto repressivo e sanzionatorio, intervenire per prevenire gli abusi, insistendo sulle tematiche della semplificazione e della trasparenza dei processi decisionali e sul diritto di accesso dei cittadini.