



Osservazioni del Presidente dell'ANAC, Avv. Giuseppe Busià, sulle Proposte di legge in materia di modifica della disciplina dei reati di abuso d'ufficio e di traffico di influenze illecite (A.C. 399, A.C. 645, A.C. 654, A.C. 716), presso la II^o Commissione – Giustizia della Camera dei deputati

Premessa

Si desidera esprimere, innanzitutto, un sentito ringraziamento al Presidente e ai componenti della II^o Commissione della Camera dei deputati per avere deciso di consultare 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, complice la necessità di evitare il fenomeno della 'amministrazione difensiva' e l'esigenza di ripartenza del Paese.

Inquadramento e problemi legati alla fattispecie dell'abuso d'ufficio

Le ragioni dell'instabilità normativa dell'articolo 323 c.p. sono note e hanno comportato, a partire dal 1990, numerose modifiche della fattispecie incriminatrice in esame.

La disciplina originaria del 1930 era caratterizzata dalla presenza di due delitti che presentavano 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.

In particolare, la dottrina aveva proposto una interpretazione restrittiva della fattispecie al fine di garantire il pieno rispetto del principio di legalità e l'esigenza di evitare intromissioni indebite del giudice penale nella valutazione di scelte di merito della p.a.. Questo assetto fonda il primo intervento di riforma, avvenuto mediante la legge 26 aprile 1990, n. 86, che abrogava l'interesse privato in atti d'ufficio e riformulava 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 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 rappresentare una delimitazione dell'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.



Nella nuova fattispecie, inoltre, 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 la previsione di una condotta di abuso troppo ampia, attraverso la quale si lasciava al giudice un ampio potere di sindacato sugli atti della p.a. e un trattamento sanzionatorio, le cui pene erano state abbassate, sproporzionato rispetto ai fatti che la norma mirava ad includere.

Il legislatore è, quindi, nuovamente intervenuto con la legge 16 luglio 1997, n. 234, 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"*.

Si inseriscono nella fattispecie nuovi elementi strutturali: a) viene 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) si tratta di un reato ad evento (è necessaria la causazione di un danno o di un vantaggio patrimoniale), mentre la fattispecie previgente di abuso d'ufficio era strutturata come reato di pura condotta a dolo specifico; c) scompare il riferimento al vantaggio non patrimoniale; d) il dolo è connotato attraverso l'avverbio "intenzionalmente".

L'intenzione del legislatore era diretta a limitare l'area di incriminazione in continuità con la linea di politica criminale, limitando il sindacato del giudice penale sulle scelte discrezionali della pubblica amministrazione.

Gli scopi della riforma del 1997, tesi a limitare l'area di incriminazione e, quindi, il sindacato del giudice penale, sono stati tuttavia ridimensionati dalla giurisprudenza che ha in concreto esteso il perimetro degli elementi costitutivi della fattispecie espandendo la definizione di violazione di legge, ad esempio riconducendola alla violazione dell'articolo 97 della Costituzione nella sua parte precettiva, oppure mediante l'apertura della violazione di legge allo sviamento di potere. In tal modo molte condotte del funzionario, non contemplate nella fattispecie, finivano con integrare la fattispecie di abuso di ufficio mediante la trasformazione della violazione di legge in violazione della legalità amministrativa *tout court*.

In questo contesto si colloca l'intervento del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, 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 viene circoscritta in relazione a diversi profili:

a) viene anzitutto esclusa la rilevanza dei regolamenti, il che desta preoccupazioni, in quanto l'azione delle amministrazioni pubbliche è disciplinata molto spesso da queste fonti;



b) si attribuisce rilevanza solo alle fonti primarie (legge e fonti a questa equiparate, decreti-legge e decreti legislativi);

c) la fonte deve individuare specifiche regole di condotta, con l'effetto di rendere impossibile il richiamo a norme con contenuto generico, come l'articolo 97 della Costituzione o le altre leggi che prescrivono generiche modalità d'azione dei pubblici ufficiali;

d) rilevano solo le violazioni di leggi che regolano condotte in modo vincolato, senza che siano lasciati "margini di discrezionalità".

Sono stati, quindi, delineati contorni più definiti del fatto tipico, nel rispetto delle ragioni di garanzia che governano la materia penale, e con l'obiettivo di contenere l'uso della incriminazione penale.

Questa disamina rileva che, sebbene la disposizione abbia da sempre creato numerose criticità, le tante riforme non sono intervenute a modificare la natura sussidiaria della fattispecie di abuso di ufficio e la funzione 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 da altre fattispecie.

Questa premessa appare necessaria perché, nell'esaminare le proposte di legge in oggetto, il legislatore è chiamato anche a rispondere alla questione del *vulnus* di tutela che si andrebbe a creare al verificarsi di fatti, non privi di disvalore, che non sarebbero più riconducibili alla fattispecie di abuso di ufficio ma non sussumibili in altri reati contro la pubblica amministrazione.

Le proposte di legge in esame

Come autorevolmente sostenuto, tutte le proposte di legge che intervengono sul reato di abuso di ufficio muovono dalla comune considerazione che la fattispecie delineata dall'articolo 323 c.p. sarebbe caratterizzata da una formulazione indeterminata, che non pare superata dai precedenti interventi legislativi, e che finisce con il produrre un effetto paralizzante dell'azione amministrativa.

La preoccupazione del legislatore attiene, quindi, alla volontà di attenuare gli effetti di quella che è stata definita c.d. "amministrazione difensiva" vale a dire un approccio alla gestione della cosa pubblica caratterizzato dall'adozione di criteri di cautela estrema, che arriva fino alla paralisi decisionale, da parte dei pubblici funzionari.

I disegni di legge in esame vanno tutti nel senso di o abrogare la fattispecie o di depotenziarne la portata, mediante la depenalizzazione o la riformulazione in senso restrittivo.

In particolare, la proposta di legge Rossello (A.C. 399), che si compone di un unico articolo, dispone l'abrogazione del reato di abuso di ufficio, escludendo la rilevanza delle condotte oggi punite dall'articolo 323 c.p..

La proposta di legge Pittalis (A.C. 645) prevede, all'articolo 1, l'abrogazione del reato di abuso di ufficio e, all'articolo 2, la modifica della disciplina del reato di "traffico di influenze illecite" di cui all'articolo 346-bis del c.p. che attualmente punisce con la reclusione da un anno a quattro anni e sei mesi *"chiunque, fuori dei casi di concorso in delitti di corruzione, sfruttando o vantando relazioni esistenti o asserite con un pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità quale prezzo della mediazione illecita verso il pubblico"*



ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio o per remunerare il pubblico ufficiale o incaricato di servizio pubblico in relazione all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri".

La proposta di legge Costa (A.C. 654) prevede, invece, la depenalizzazione del reato di abuso di ufficio e la sua trasformazione in illecito amministrativo, punito con sanzione pecuniaria. Nello specifico, la proposta all'articolo 1 introduce un nuovo articolo 54-*bis* nel decreto legislativo 30 marzo 2001, n.165, recante "*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*", nel quale viene pressoché integralmente trasposto il dettato dell'articolo 323 c.p. ai fini dell'individuazione delle condotte che configurano l'illecito amministrativo (violazione di specifiche regole di condotta ovvero omissione dall'astensione) e degli esiti di tale condotta (ingiusto vantaggio patrimoniale per sé o per altri o danno ingiusto nei confronti altrui). Di conseguenza la pena della reclusione da 1 a 4 anni, prevista dal vigente reato, viene sostituita dalla sanzione pecuniaria.

Infine, la proposta di legge Pella (A.C. 716), composta da un unico articolo, interviene sulla disciplina dell'abuso di ufficio, per modificare alcuni elementi della fattispecie penale, riformulandola in senso restrittivo. In particolare, nell'ambito delle condotte penalmente rilevanti con riguardo alla violazione dell'obbligo di astensione nei casi in cui esso è richiesto - ovvero in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti - si specifica che tale condotta debba essere connotata dalla consapevolezza. Inoltre, la proposta incide sugli elementi costitutivi essenziali della fattispecie: si sopprime il riferimento all'ingiusto vantaggio patrimoniale per l'autore o per altri, procurato dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio specificando che il danno ingiusto deve essere conseguenza diretta della condotta tenuta dall'agente.

Emerge, dunque, che le prospettive di riforma in esame intervengono con lo scopo di limitare l'effetto della c.d. paura della firma o della c.d. burocrazia difensiva, mettendo in secondo piano l'analisi della norma come strumento necessario per contrastare l'illegalità presente nella pubblica amministrazione, accanto alle più gravi fattispecie penali come il reato di corruzione o peculato.

Profili internazionali

Prima di esaminare le istanze di riforma nel merito, sembra opportuno inquadrare la fattispecie in un contesto sovranazionale. Sotto un profilo internazionale, anzitutto è necessario fare menzione della 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, adottando 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 definito illecito 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 definiti reati 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 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 Merida 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 Merida 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."*

Inoltre, rispetto ai vincoli sostanziali di fonte euronitaria cui l'ordinamento è tenuto a conformarsi, devono necessariamente menzionarsi la Direttiva 2017/1371, c.d."PIF" - Protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea -, entrata in vigore nel 2017, e la Direttiva anticorruzione, in fase di progettazione.

La Direttiva PIF è lo strumento attraverso il quale si è consentito alla Procura europea (EPPO) di intervenire direttamente di fronte ai giudici nazionali rispetto alle fattispecie di illecito che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, ed è però caratterizzata da uno scheletro normativo *ad hoc* costituito non tanto dall'elencazione di singole fattispecie di reato (ad eccezione del reato di corruzione) quanto dall'individuazione di una serie di previsioni le cui condotte hanno una descrizione fattuale "aperta" rispetto alle quali quindi l'adeguamento del legislatore nazionale soggiace a meno vincoli. Diversamente si struttura, invece, la proposta di Direttiva sulla lotta contro la corruzione mediante il diritto penale, presentata dalla Commissione UE lo scorso 3 maggio, in cui è apparso evidente, dopo la nota vicenda del Qatargate, che gli strumenti normativi sinora adottati negli Stati membri non siano sufficientemente completi e che le norme esistenti debbano essere ulteriormente sviluppate per garantire una risposta più coerente ed efficace nell'Unione.

La proposta legislativa mira, quindi, ad aggiornare il quadro legislativo dell'UE, incorporando gli standard internazionali, sulla base delle fattispecie di reato descritte nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione e nella Convenzione di Merida. L'obiettivo è garantire che tutte le forme di corruzione siano considerate reato in tutti gli Stati membri, che anche le persone giuridiche possano essere ritenute responsabili di tali reati e che gli stessi siano puniti con sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive.

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.



Al fine di dare conto degli sviluppi normativi del settore che, a completamento del relativo iter approvativo, richiederanno la necessaria armonizzazione della legislazione in materia, fra le diverse disposizioni di interesse, si richiamano quelle che più direttamente attengono ai disegni di legge attualmente sottoposti all'esame della Commissione.

In particolare, si fa riferimento all'articolo 10 della Direttiva in cui si punisce la fattispecie di "*Traffico di influenze*" le cui condotte lesive si distinguono in:

"(a) la promessa, l'offerta o la concessione, direttamente o per interposta persona, di un indebito vantaggio di qualsiasi natura a una persona o a terzi affinché tale persona eserciti un'influenza, reale o presunta, al fine di ottenere un indebito vantaggio da un pubblico ufficiale,

(b) la richiesta o l'ottenimento, direttamente o per interposta persona, di un indebito vantaggio di qualsiasi genere o la promessa di tale vantaggio a una persona o a un terzo affinché tale persona eserciti un'influenza reale o presunta al fine di ottenere un indebito vantaggio da un pubblico ufficiale".

Specificando, altresì, al successivo paragrafo che ai fini della punibilità, è irrilevante che l'influenza sia esercitata o meno, e che conduca o meno ai risultati voluti.

A seguire, appare di particolare rilevanza la previsione specifica della fattispecie descritta nell'articolo 11 che disciplina l'"*Abuso di funzione*" in cui è prevista la punibilità de:

"1. il compimento, o l'omissione di un atto, in violazione di legge, da parte di un pubblico ufficiale, affinché nell'esercizio delle sue funzioni procuri a sé o a un terzo un indebito vantaggio;

2. il compimento o l'omissione di un atto, in violazione dei doveri da parte di chi a qualsiasi titolo dirige o lavora per un ente privato nell'ambito di attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o commerciali, al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per terzi".

In tale contesto, pertanto, i modelli prospettati dalle proposte di legge in esame andrebbero controcorrente rispetto alle istanze emerse dalle citate Convenzioni e Direttive.

L'analisi dei dati

Nel passare in rassegna i dati statistici emersi nel dibattito, l'elemento più rilevante riguarda il numero di archiviazioni che nell'anno 2022, in linea con il precedente anno 2021, è pari a circa l'80% dei procedimenti iscritti. Un secondo dato riguarda la riduzione del 40% circa del numero dei procedimenti iscritti, e un ultimo dato evidenzia lo scarso numero di condanne e patteggiamenti, a fronte del numero elevato di assoluzioni e di non luogo a procedere.

Di questi dati è opportuno dare una lettura complessa. Anzitutto l'aumento delle archiviazioni e delle assoluzioni è certamente collegabile alla riforma dell'abuso d'ufficio attuata nel 2020, che ha limitato la sfera di applicazione della fattispecie.

Anche tali elementi si prestano a una duplice chiave di lettura. Se da un lato si è assunto che l'abolizione o la depenalizzazione della fattispecie risponda alla scarsa efficacia della norma penale attualmente in vigore, poiché a fronte delle numerose denunce vi sono poche condanne, una lettura più articolata consente di interpretare positivamente i dati forniti.

Anzitutto si rileva che il cittadino che ritenga di aver subito un abuso da parte dell'amministrazione trova nello strumento di tutela penale il meccanismo più congeniale per vedere soddisfatta la propria pretesa: la denuncia penale è gratuita e rappresenta la risposta più celere a cui il cittadino può ambire rispetto alla richiesta di tutela giurisdizionale amministrativa o civile. (Semmai si potrebbe immaginare di prevedere nuovi rimedi, più efficaci, che non sono oggi regolamentati, come ad esempio il ricorso al difensore civico.)

Il dato secondo cui, a fronte delle numerose domande di intervento, vi siano molte archiviazioni e assoluzioni consente di asserire che il filtro dell'autorità giudiziaria funziona ed è destinato ad aumentare sia alla luce della riforma del codice di rito avvenuta con la Riforma Cartabia, sia alla luce del consolidamento della giurisprudenza di Cassazione che esclude che il reato sussista in presenza di violazioni di regole di solo principio (articolo 97 della Costituzione), o di regole procedurali (articolo 3 della legge 241/1990) o di condotte espressione di discrezionalità amministrativa o tecnica, come peraltro espressamente previsto dalla riforma del 2020.

Il consolidamento di tali posizioni interpretative, che conferma che la sensibilità mostrata dal legislatore in passato è stata recepita anche dalla giurisprudenza, potrebbe, pertanto, già di per sé attenuare il rischio di denuncia "rassicurando" il funzionario che si trova nella posizione di dover agire e facendo venir meno, quindi, la paura della firma.

Inoltre, anche le citate modifiche al codice di procedura penale mediante la riforma Cartabia, che ha inserito nuovi filtri procedurali, condurranno in concreto ad un effetto deflattivo del contenzioso in esame: 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, specularmente 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.

Osservazioni generali

Alla luce delle premesse esposte, si ritiene che le proposte di modifica avanzate potrebbero non essere idonee allo scopo che si propongono in quanto, al di là degli esposti rischi di violazione degli obblighi internazionali, nel merito non andrebbero a risolvere le criticità e le doglienze sollevate dai funzionari pubblici e che meritano necessariamente di essere tenute nella massima considerazione.

Si rileva, infatti, che la spinta di intervento legislativo per venire incontro alle esigenze degli amministratori pubblici non si risolve esclusivamente intervenendo sulla struttura del reato di abuso di ufficio.

Il deficit di fluidità che incide sull'agire amministrativo trova le sue radici in una serie di concause, non soltanto collegate alla fattispecie penale e, pertanto, l'intervento legislativo potrebbe esercitarsi anche rispetto a profili di carattere organizzativo e strutturale dell'apparato amministrativo che consentano ai funzionari pubblici di agire nel massimo dell'efficienza e della consapevolezza, superando l'arretratezza organizzativa (ad esempio di personale non qualificato) in cui spesso di trovano ad operare gli amministratori.



Osservazioni sulle proposte normative relative all'abuso d'ufficio

In merito all'abuso d'ufficio, si formulano alcune specifiche osservazioni. La modifica apportata dall'articolo 23 del D.L. n. 76/2020 all'articolo 323, primo comma, del codice penale, va certamente nel senso di 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 del legislatore è risultato senza dubbio condivisibile.

A tal proposito, si richiama anche 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.

Le successive pronunce giurisprudenziali hanno, tuttavia, messo in rilievo diverse problematiche applicative anche a seguito della riforma del 2020, soprattutto per quanto concerne il profilo del **controllo penale sulla discrezionalità amministrativa**. Si fa riferimento, in particolare, a una recente 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 pen., 8 settembre 2021, n. 33240), ha altresì statuito che, anche a seguito della riformulazione del reato di abuso d'ufficio, ai fini dell'integrazione del reato **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 notazione critica sul fatto che la riforma del 2020 non abbia incluso nel perimetro dell'abuso d'ufficio la violazione di regole di condotta previste in regolamenti sembrerebbe dunque in gran parte superata alla luce della citata giurisprudenza, che ammette 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. In virtù dello schema della c.d. eterointegrazione, sembrerebbe dunque potersi ammettere la sussistenza del reato di abuso d'ufficio anche in relazione alla violazione di disposizioni non aventi valore di legge (cfr. Cass., Sez. VI, 17 settembre 2020 n. 31873).

Sebbene le richiamate criticità applicative concernenti la rilevanza di eventuali disposizioni regolamentari che operino come "norme interposte" siano state superate, perdurano alcune



problematiche in ordine ad altri importanti profili. 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, Cost., stante l'irrelevanza 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 Cost. *"nella parte in cui è vietata l'attuazione di intenti discriminatori o ritorsivi, quale connotato dell'imparzialità nell'esercizio delle pubbliche funzioni, trattandosi di principio costituzionale di portata immediatamente precettiva, che non necessita di alcun adattamento o specificazione"*.

Tali incertezze interpretative inducono, dunque, a ritenere **condivisibile l'obiettivo di addivenire** ad una **determinazione ancora più rigorosa e puntuale della fattispecie** di cui all'art. 323 c.p. **e del suo ambito applicativo**, evitando tuttavia effetti formalmente o sostanzialmente abrogativi.

Un eventuale intervento legislativo volto ad una migliore definizione della fattispecie consentirebbe, infatti, 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 previste e 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, che avrebbe come possibile conseguenza la paralisi dell'azione amministrazione.

Come già osservato in termini generali, infine, un'eventuale abrogazione o depotenziamento del reato di abuso di ufficio potrebbero determinare criticità sotto un duplice profilo.

In primo luogo, un intervento legislativo in tal senso porrebbe l'ordinamento italiano in una **posizione di difformità rispetto alle previsioni delle richiamate Carte internazionali**, che, come sopra rilevato, impegnano gli Stati firmatari ad adottare le misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale a condotte sostanzialmente ricomprese nell'abuso d'ufficio, oltre che rispetto alla stessa **proposta di Direttiva europea del 3 maggio 2023 in materia di anticorruzione**, che al citato articolo 11 prevede un ampio reato di abuso di funzioni.

In secondo luogo, in assenza di una norma idonea a sanzionare penalmente condotte di *maladministration* o di collusione con interessi privati non punite da altre disposizioni normative, il funzionario pubblico potrebbe trovarsi esposto al rischio di incriminazione per **fattispecie criminose più gravi**.

Alla luce di quanto sopra, 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, e insieme come “reato-spia” di ulteriori comportamenti criminosi, si conferma, dunque, che appare ragionevole perseguire l’obiettivo di una più rigorosa tipizzazione della fattispecie, mediante una ancora più puntuale delimitazione dell’ambito applicativo rispetto all’intervento legislativo del 2020, senza tuttavia pervenire all’abrogazione dell’istituto.

Osservazioni sulla proposta normativa relativa al traffico di influenze illecite

Per quanto attiene invece alla proposta di modifica del reato di traffico di influenze illecite, introdotto con la legge 6 novembre 2012, n. 190, (c.d. Legge Severino) e già oggetto di modifiche con la legge 9 gennaio 2019, n. 3, in analogia con le considerazioni già espresse in relazione al reato di abuso di ufficio, e per le medesime motivazioni, si ritiene sostanzialmente condivisibile una riforma che sia tesa a una **più puntuale definizione dell’ambito di applicazione**.

Al riguardo, si richiamano alcune pronunce della Corte di Cassazione, nelle quali da una parte si evidenzia come il reato di traffico di influenze sia sostanzialmente mirato a incriminare *“condotte prodromiche a più gravi fatti, secondo la tecnica della anticipazione della tutela”* (Cass. pen., Sez. VI, Sent. 13 gennaio 2022, n. 1182), atteso che con l’art. 346-bis c.p. il legislatore *“ha inteso punire, in via preventiva e anticipata, il fenomeno della corruzione, sottoponendo a sanzione penale tutte quelle condotte, in precedenza irrilevanti, prodromiche rispetto ai reati di corruzione”*, dall’altra si riconosce 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., 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 modo di segnalare anche nell’ambito di una recente audizione presso la Commissione Affari Costituzionali della Camera** tenutasi in data 3 maggio 2023².

D’altra parte, 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).

Alla luce di tali incertezze, la proposta di legge in esame in materia di traffico di influenze illecite (A.C. 645) si pone il condivisibile obiettivo di garantire una migliore definizione della fattispecie. La proposta normativa, in particolare, circoscrive l’ambito di applicazione del reato sotto due diversi profili. Da un lato, reintroduce la natura necessariamente **patrimoniale** del vantaggio dato o promesso al mediatore, in conformità a quanto originariamente previsto dalla Legge Severino, e in discontinuità rispetto alla successiva modifica operata dalla legge n. 3/2019, per effetto della quale la disposizione attualmente vigente individua il corrispettivo ricevuto dal venditore di influenza con il generico

² 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.



termine "*utilità*". Dall'altro, specifica che nell'ipotesi della c.d. **mediazione gratuita** (corresponsione illecita effettuata all'intermediario affinché questi, a sua volta, remunerì il soggetto pubblico in relazione all'esercizio delle sue funzioni o poteri) l'attività di mediazione deve essere finalizzata all'esercizio illecito da parte del pubblico ufficiale delle sue funzioni e dei suoi poteri.

Si evidenzia tuttavia il rischio, anche per la fattispecie di traffico di influenze illecite, che la proposta normativa in discussione, ove restringe l'ambito applicativo del reato alle sole ipotesi di utilità patrimoniali, si ponga in **contrasto con le previsioni europee**, ed in particolare con il richiamato articolo 12 della Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 1999 e con l'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 all'ordinamento complessivo**, che, in relazione ad altri reati (si pensi alla corruzione e alla concussione), prevede la sanzionabilità anche per le ipotesi di utilità non patrimoniali.

Come si è già avuto modo di rappresentare, si conferma l'esigenza di una più rigorosa definizione della fattispecie in esame, anche 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.

1 giugno 2023