

SENATO DELLA REPUBBLICA - XVIII LEGISLATURA

COMMISSIONE AFFARI COSTITUZIONALI (1^a)

E

COMMISSIONE GIUSTIZIA (2^a)

UFFICI DI PRESIDENZA

AUDIZIONE INFORMALE SUI DISEGNI DI LEGGE N. 2324 E CONN.
(RESPONSABILITA' PENALE E AMMINISTRATIVA-CONTABILE DEI SINDACI)

Giovedì 4 novembre 2021, ore 14

*Prof. Avv. Bartolomeo ROMANO
Ordinario di diritto penale presso
Università di Palermo*

1. Ringrazio per l'invito, che mi consente di affrontare, in un così importante contesto, un profilo del quale mi sono più volte occupato negli ultimi anni (¹).

Premetto che, storicamente, il problema più evidente dell'abuso di ufficio è la sua indeterminatezza e la sua mancanza di precisione nel definire le condotte punibili. È un problema che l'abuso di ufficio si porta dietro dal 1930 ad oggi. Come è noto, la norma ha subito una serie di modifiche (nel 1990, nel 1997, nel 2012 e nel, 2020) segnate dal tentativo ciclico di precisare i connotati della condotta punibile.

Si tratta, in effetti, di una delle disposizioni che più ha sofferto l'interventismo del legislatore italiano, peraltro non coronato dal conseguimento degli obiettivi prefissati. Ciò, probabilmente, anche perché l'abuso di ufficio investe la stessa nozione di pubblica amministrazione, nei suoi rapporti con gli altri "settori" dello Stato (soprattutto, la magistratura), e interessa tematiche penalistiche di straordinaria rilevanza ed importanza, prime tra tutte la tassatività o determinatezza e la successione di norme penali nel tempo.

In particolare, nell'impianto del codice penale del 1930, il delitto di cui all'art. 323, rubricato «abuso di ufficio in casi non preveduti specificamente dalla legge»,

¹ Mi permetto di rinviare, sul punto a: B. ROMANO-A. MARANDOLA (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Utet Giuridica, Torino, 2020; B. ROMANO, *La continua riforma dell'abuso di ufficio e l'immobilismo della pubblica Amministrazione*, ne *Il Penalista*, Focus del 28 luglio 2020; ID., *La prima pronuncia della Cassazione sul "nuovo" abuso di ufficio e l'abolitio criminis parziale*, ne *Il Penalista*, 11.12.2020; ID., *Il "nuovo" abuso d'ufficio e l'abolitio criminis parziale*, in *Penale Diritto e Procedura*, n. 1/2021, p. 109 ss.; ID., *L'abuso innominato nell'originario art. 323 c.p.*, in *Il "nuovo" abuso di ufficio*, a cura di B. Romano, Pacini Giuridica, 2021, p. 5 ss.

rappresentava una sorta di norma di chiusura del sistema e rifletteva la convinzione che i delitti contro la pubblica amministrazione tutelassero l'interesse pubblico concernente il normale funzionamento ed il prestigio della pubblica amministrazione per ciò che concerne la probità, la fedeltà e il rispetto dovuto soprattutto dai pubblici funzionari, che appunto la "incarnavano".

Invece, con l'entrata in vigore della Costituzione, e del suo art. 97, comma 2, parte della dottrina identificò i veri beni giuridici tutelati nel buon andamento e nell'imparzialità della pubblica amministrazione: il primo garantirebbe l'efficienza dell'azione amministrativa in aderenza al pubblico interesse; la seconda sarebbe posta a presidio della parità di trattamento tra tutti i cittadini, che non dovrebbe essere alterata dalla condotta (illecita) dei pubblici agenti.

Ma per comprendere le ragioni del lungo e tormentato cammino dell'abuso di ufficio, non basta richiamare il mutamento di scenario complessivo, pur fondamentale; occorre, invece, aggiungere ulteriori elementi di valutazione.

Innanzitutto, molti delitti contro la pubblica amministrazione – e tra questi proprio l'abuso in atti di ufficio – scontavano significativi difetti di tecnica normativa, alla luce delle accresciute esigenze di determinatezza nel quadro di una moderna lettura del principio di legalità.

A ciò si aggiunga che, anche per tali problemi, l'inefficienza della nostra pubblica amministrazione aveva dato luogo ad un ampio intervento della magistratura penale, con ruoli di vera e propria supplenza, tramite il c.d. controllo di legalità. Intervento amplificato e reso evidente da fenomeni diffusi di malcostume e di corruzione sistemica, sino alla emersione di "tangentopoli" (o "mani pulite") all'inizio degli anni novanta del secolo scorso, con conseguente affermazione della c.d. questione morale.

Pur "a fin di bene", tutto ciò ha però fatto nascere e progredire la "burocrazia del non fare" (o "burocrazia difensiva"), alimentata soprattutto dall'abuso di ufficio, avvertito come un rischio reale, effettivo, che terrorizza chi deve firmare e gli blocca la mano. Si trasforma così la responsabilità penale in una vera e propria responsabilità di posizione, per cui si risponde di un reato semplicemente perché si ricopre una determinata funzione, quasi a titolo di responsabilità oggettiva. Questo è inaccettabile e comporta un immobilismo della P.A. che si traduce in un immobilismo del Paese. Tanto più in tempi di crisi economica e di ripartenza, che la P.A. freni le proprie attività e quelle dei cittadini per paura di prendere qualsiasi iniziativa non è tollerabile.

Dunque, nel tentativo di conferire maggiore determinatezza alla norma sull'abuso di ufficio, ed al contempo limitare le paure dei pubblici funzionari nei confronti di azioni

penali nei loro confronti, si giunse alla riforma dovuta alla legge 26.4.1990, n. 86, la quale, tra l'altro, sostituì integralmente l'art. 323 c.p. Peraltro, la complessità dell'intervento normativo dovuto a tale legge (con abrogazioni, sostituzioni ed aggiunzioni), la consueta mancanza di norme transitorie, unita alla importanza ed alla delicatezza della materia e alla presenza di numerosissimi procedimenti penali pendenti su tutto il territorio nazionale per delitti contro la pubblica amministrazione, segnò l'inizio di un dibattito, poi mai più interrotto, sulla tematica, di carattere generale, della successione di norme penali nel tempo.

Tuttavia, i risultati sperati dall'intervenuta riforma dell'abuso di ufficio non furono raggiunti e, pochi anni dopo, il legislatore ritornò a modificare la materia: nuovamente, con legge 16 luglio 1997, n. 234, l'art. 323 c.p. fu integralmente sostituito. E, più recentemente, la legge 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. legge Severino), nel consueto rilancio in termini di gravità della cornice edittale, ha addirittura aggravato la pena prevista dal primo comma dell'art. 323 c.p. Ma anche tali modifiche (tanto meno quella del 2012) non hanno consentito di superare i noti problemi, sopra richiamati.

Con tali premesse, non può stupire che anche il legislatore del 2020 sia intervenuto sul delitto in esame. In particolare, l'art. 23 del citato decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, ha sostituito, all'art. 323, primo comma, del codice penale, le parole «di norme di legge o di regolamento» con le seguenti: «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

Sembrerebbe che, dopo la feroce “caccia all'uomo”, ed al funzionario infedele, tipici della legge Severino e, soprattutto, della c.d. spazza-corrotti (legge 9 gennaio 2019, n. 3), il legislatore italiano abbia tentato, nel 2020, una sorta di rivoluzione copernicana, frutto di un approccio diverso. L'impressione, infatti, come ha chiarito anche la Cassazione (sin da Cass. Sez. fer., 25.8.2020, n. 32174), è che la nuova versione della norma sull'abuso di ufficio restringa la sfera di intervento della legge penale sull'azione amministrativa.

2. Tuttavia, io ritengo che tutte le richiamate riforme abbiamo fallito nel loro intento. Il vero problema è il seguente: stiamo arrivando - ma ciò non riguarda solo l'abuso di ufficio ma anche altre ipotesi, come, ad esempio, il traffico di influenze - ad un diritto penale dell'atipicità e della indeterminatezza. Ciò contrasta con i canoni dell'articolo 25 della Costituzione e finisce per scaricare il compito di definire il contorno delle condotte punibili sulla magistratura, soprattutto requirente. Si tratta di una tendenza purtroppo ripetuta: persino nella recente riforma Cartabia il tema della improcedibilità

è segnato negativamente da una eccessiva discrezionalità data ai giudici che possono avallare proroghe su proroghe in base ad una loro valutazione sostanzialmente incontrollabile.

Inoltre, mi sembra opportuno sottolineare un ulteriore profilo. A partire almeno dal 1992 sembra quasi che il vero problema, prevalente se non esclusivo, sia quello del contrasto alla corruzione e al malaffare. Si tratta chiaramente di una preoccupazione seria che merita di essere considerata. Tuttavia, probabilmente, facendo ciò, ossia spostando tutto solo sul versante della repressione penale, si è trascurato l'altro aspetto della questione, non meno importante: l'efficienza della PA. Una buona amministrazione richiede un minimo intervento penale, una pessima amministrazione finisce per richiedere un invasivo intervento penale, che però si rivela sterile perché non rende più efficiente il sistema.

In ogni caso, è opportuno che Voi riflettiate ancora sul ruolo e sulla funzione del delitto di abuso di ufficio.

3. A tal riguardo, mi limito a brevi considerazioni sui tre disegni di legge in esame.

Per trasparenza, rispetto alla mia opinione, dichiaro subito che ritengo che l'abuso d'ufficio finisce per essere una norma inutile se non dannosa. Questo tecnicamente emerge dal fatto che lo stesso legislatore si rende conto che molto probabilmente l'abuso d'ufficio si sovrappone ad altre fattispecie di reato più gravi. La clausola di riserva contenuta nell'articolo 323 c.p. («salvo che il fatto non costituisca più grave reato») è una chiara presa di coscienza che questo articolo nella gran parte dei casi non si può applicare perché esiste una fattispecie incriminatrice più grave. Forse sarebbe stato meglio prendere fino in fondo coscienza di questa situazione per arrivare ad abrogare l'articolo 323 c.p. Ciò non significa che le condotte più gravi diverrebbero penalmente irrilevanti, anzi sarebbero più facilmente incanalate in norme penali già esistenti, quali la corruzione, la concussione o il peculato.

Dunque, valuto positivamente (pur preferendo una radicale abolizione del reato) il disegno di legge 2145 (Ostellari ed altri), che, anche se non abroga *in toto* l'art. 323 c.p., ne restringe significativamente la sfera di intervento. Sugerirei, in ogni caso, al riguardo di inserire la locuzione «nello svolgimento delle funzioni o del servizio», già presente nel vigente testo.

Quanto al disegno di legge 2234 (Parrini ed altri), ritengo che fare una riforma esclusivamente a favore dei sindaci rischi di essere letta come una azione della politica

che difende soltanto i politici. E poi, perché pensare solo ai sindaci e non, ad esempio, ai presidenti di Regione? E i responsabili di organismi pubblici, come Asl e Università, dobbiamo abbandonarli al loro destino? E in generale, perché non fare una norma che riguardi tutti i pubblici ufficiali e gli incaricati di un pubblico servizio? Non vorrei che si salvi il sindaco e si abbandonino i funzionari del Comune. Così la riforma sarebbe inutile, perché la “paura della firma” si trasferirebbe dal primo cittadino ai dirigenti comunali. E se questi ultimi non firmano, siamo al punto di partenza. Quindi la criticità della proposta di Parrini è proprio nel fatto che guarda soltanto i sindaci.

Infine, il disegno di legge 2279 (Santangelo ed altri). Innanzitutto, anche questo ha il difetto di fondo di riferirsi solo al sindaco. Ma l’aspetto più critico di questa proposta è che non si occupa per nulla dell’art. 323 c.p., ma solo di responsabilità omissive relative ad altre fattispecie.