



SENATO DELLA REPUBBLICA - XVIII LEGISLATURA

COMMISSIONE AFFARI COSTITUZIONALI (1^a)

E

COMMISSIONE GIUSTIZIA (2^a)

UFFICI DI PRESIDENZA

AUDIZIONI INFORMALI SUI DISEGNI DI LEGGE N. 2324 E CONN.
(RESPONSABILITÀ PENALE E AMMINISTRATIVA-CONTABILE DEI SINDACI)

*Audizione del Prof. Gabriele Bottino **

Desidero in primo luogo ringraziare la Commissione Affari Costituzionali, la Commissione Giustizia, ed i relativi Uffici di Presidenza, per il gradito invito a questa audizione.

Svolgerò la mia audizione seguendo queste linee direttrici:

- 1) una prima considerazione generale dedicata alle funzioni, ed alle correlate responsabilità, ad oggi spettanti ai Sindaci;
- 2) l'analisi del quadro normativo di riferimento, ad oggi vigente, in materia di abuso d'ufficio, e di responsabilità erariale, dei Sindaci (questa disamina consentirà di meglio ragionare sul contenuto dei tre disegni di legge in esame);
- 3) le considerazioni rivolte al testo delle proposte normative contenute nei tre disegni di legge in esame;
- 4) alcune considerazioni propositive.

1) Una prima considerazione generale dedicata alle funzioni, ed alle correlate responsabilità, ad oggi spettanti ai Sindaci.

Con riferimento alla considerazione generale, dedicata alle funzioni ad oggi spettanti ai Sindaci, ed alle correlate responsabilità, essa potrà apparire controfattuale.

Le responsabilità, anche penali ed erariali, originano infatti – di regola – da condotte gestionali, di regola tradotte in provvedimenti amministrativi capaci di incidere sulle posizioni giuridiche dei privati, ed in grado di ledere gli interessi tutelati dalle norme che contemplano illeciti penali, e l'interesse erariale.

* Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, nell'Università degli Studi di Milano.



Orbene, non è forse vero che a partire dall'anno 1993, ed in specie per effetto dell'emanazione del d.lgs. n. 29 del 1993 (ad oggi d.lgs. n. 165 del 2001), l'ordinamento giuridico-amministrativo italiano si conforma al principio di separazione tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo, esclusivamente spettanti agli organi di governo di ciascuna pubblica amministrazione, e le funzioni di gestione amministrativa, riservate invece alla dirigenza ed ai responsabili dei settori/servizi/uffici ?

Il principio trova espresso riconoscimento, con riferimento all'ordinamento degli Enti locali, nel vigente testo dell'art. 107 TUEL (d.lgs.n. 267 del 2000).

Se dunque è così, e se i Sindaci sono certamente riconducibili tra gli organi di governo dell'Ente locale, id est tra quegli organi che sono normalmente chiamati ad esercitare funzioni di indirizzo e controllo (e non invece funzioni gestionali), perché oggi siamo qui ad interloquire sulle responsabilità penali ed erariali dei Sindaci le quali – come abbiamo innanzi evidenziato – traggono di regola origine dal compimento di atti gestionali?

La risposta è che, dal 1993 ad oggi, e nonostante la statuizione normativa del predetto "principio di separazione", i Sindaci hanno vieppiù assunto funzioni gestionali, per effetto dei molteplici interventi normativi che si sono succeduti a sèguito della riforma del Titolo V Cost., di cui all'anno 2001: tali funzioni gestionali sono state sovente attribuite ai Sindaci dagli interventi legislativi, frammentari e disorganici, che hanno riguardato il TUEL (primo, fra di essi, l'ampliamento del potere di ordinanza, che ha più volte visto emendare gli articoli 50 e 54 del TUEL); parimenti, hanno operato in questa direzione le singole leggi regionali che – conferendo agli Enti locali la titolarità di funzioni amministrative (nelle materie di competenza legislativa concorrente, o regionale-residuale: paradigmatiche, al proposito, le leggi regionali in materia di "governo del territorio") – hanno sovente individuato nei Sindaci (e non invece nella dirigenza amministrativa) i soggetti competenti ad adottare provvedimenti amministrativi a carattere gestionale.

Ne discende una considerazione essenziale, ai nostri fini (considerazione che riprenderò in sede di esame del DDL n. 2324): al di là delle competenze tradizionalmente spettanti ai Sindaci, a norma degli articoli 50 (ai Sindaci come responsabili dell'amministrazione comunale) e 54 (ai Sindaci come ufficiali di Governo) del TUEL, è a mio avviso concretamente impossibile ad oggi enumerare tutte le funzioni che le singole leggi statali e regionali attribuiscono ai Sindaci, e dalle quali funzioni – per il loro carattere gestionale – possono derivare responsabilità penali ed erariali.

Tale enumerazione postulerebbe infatti una puntuale e puntigliosa ricognizione, materia per materia, delle norme di legge statali e regionali (e dei loro continui mutamenti) che sono intervenute, e continuano ad intervenire, sull'attribuzione di specifiche funzioni amministrative ai Sindaci.

Da qui la consapevolezza che, a "rassicurare" il timore delle responsabilità che ad oggi grava sui Sindaci, la riforma organica dell'ordinamento degli Enti locali, vale a dire la riscrittura dell'odierno d.lgs. n. 267 del 2000 (che data anteriormente alla riforma del Titolo V Cost.), riforma che attende oramai da più di venti anni, costituirebbe il principale strumento in grado di lenire il predetto timore.



2) L'analisi del quadro normativo di riferimento, ad oggi vigente, in materia di abuso d'ufficio, e di responsabilità erariale, dei Sindaci.

L'analisi del quadro normativo di riferimento, ad oggi vigente in materia di responsabilità penale per abuso d'ufficio, ed erariale dei Sindaci, è invece molto agevole: si tratta infatti di due disposizioni normative, entrambe modificate/introdotte ad opera del recente d.l. n. 76 del 2020 (convertito nella legge n. 120 del 2020).

Per ciò che concerne il reato di abuso d'ufficio, l'art. 323, cod. pen., incardina il reato sul compimento di due condotte, adeguatamente tipizzate, ed intenzionalmente finalizzate a procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, ovvero un danno ingiusto:

- a) 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;
- b) la omessa astensione in presenza di un interesse proprio, di un prossimo congiunto, o negli altri casi prescritti dalla legge.

In sostanza dunque, e proprio per effetto delle modificazioni apportate all'art. 323, cod. pen., dal predetto d.l. n. 76 del 2020 (modificazioni anch'esse dirette a lenire il timore della responsabilità per abuso d'ufficio, percepito da tutti i pubblici ufficiali e gli incaricati di pubblico servizio), il reato di abuso di ufficio, anche per i Sindaci, è ad oggi configurabile soltanto in presenza di condotte amministrative vincolate, e non è più invece configurabile per il compimento di condotte esercizio di discrezionalità amministrativa (stante il dettato, estremamente ampio, dell'art. 6-bis, legge n. 241 del 1990, in materia di conflitto di interessi, ritengo infatti che anche la mancata astensione, in presenza di un tale conflitto, configuri comunque la violazione di una specifica regola di condotta, dalla quale non residuano margini di discrezionalità).

Per ciò che concerne la responsabilità erariale dei Sindaci, a ciò ad oggi provvede espressamente (anche in questa fattispecie, con riferimento a tutti gli agenti pubblici, Sindaci compresi) l'art. 21 del predetto d.l. n. 76 del 2020.

In deroga alla regola generale – contenuta nell'art. 1, legge n. 20 del 1994, che configura la responsabilità per danno erariale, innanzi alla Corte dei Conti, per tutte le condotte attive ed omissive poste in essere con dolo o colpa grave – l'art. 21, comma 2, per i fatti commessi dalla data di entrata in vigore del medesimo decreto legge (17 luglio 2020), e sino alla data del 30 giugno 2023, così dispone:

- a) in presenza di condotte attive, gli agenti pubblici – ed anche i Sindaci – rispondono esclusivamente per dolo;
- b) in presenza di condotte omissive od inerti, gli agenti pubblici – ed anche i Sindaci – continuano a rispondere per dolo o colpa grave.

La norma intende dunque recare un favor, in termini di grado di colpevolezza richiesto per accertare la sussistenza della propria responsabilità erariale, per tutti gli agenti pubblici che agiscono, che “portano avanti” procedimenti e provvedimenti amministrativi, rispetto agli agenti pubblici che restano inerti, “fermi”, nell'esercizio delle proprie funzioni.



3) *Le considerazioni rivolte al testo delle proposte normative contenute nei tre disegni di legge in esame.*

Il DDL n. 2145 (Sen. Ostellari e Altri) interviene esclusivamente sulla responsabilità dei Sindaci per abuso d'ufficio, e direttamente sull'odierno testo dell'art. 323, cod. pen.: in esso, e per tutti i pubblici ufficiali e gli incaricati di pubblico servizio (Sindaci evidentemente compresi), si mantiene la configurazione del reato di abuso di ufficio soltanto per l'omissione dall'obbligo di astensione in presenza dell'interesse proprio o di un prossimo congiunto (e ferma comunque restando l'intenzionalità dell'ingiusto vantaggio patrimoniale, o del danno ingiusto, procurato a sé o ad altri).

Dal reato di abuso d'ufficio viene dunque espunta l'altra condotta che ad oggi lo caratterizza: 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 norma, così novellata, restringe certamente ed ulteriormente (rispetto a quanto già avvenuto mediante il d.l. n. 76 del 2020) l'ambito di applicazione del reato di abuso d'ufficio, escludendo la sua configurabilità anche per le condotte adottate in violazione di norme di legge che disciplinano attività amministrative vincolate.

Se da un lato essa, mediante tale ulteriore "restringimento", è idonea a lenire la percezione – da parte dei Sindaci e di tutti gli agenti pubblici - del rischio di responsabilità per abuso d'ufficio, d'altro canto mi chiedo se – di "restringimento" in "restringimento" – non sia a questo punto utile e necessario riflettere sulla abrogazione, tout court, del reato in oggetto.

Il DDL n. 2279 (Sen. Santangelo e Altri) interviene direttamente ed esclusivamente sull'odierno testo dell'art. 54 (Attribuzioni del Sindaco quale ufficiale di Governo) TUEL: in esso, inserendo un nuovo comma 1-bis, si precisa che il Sindaco, quale ufficiale del Governo, e nell'esercizio delle funzioni previste dal comma 1 del medesimo art. 54 (le funzioni in materia di ordine e sicurezza pubblica, di pubblica sicurezza e polizia giudiziaria, di sicurezza ed ordine pubblico), risponde esclusivamente "per dolo o colpa grave", e per "violazione dei doveri d'ufficio".

La proposta normativa non specifica espressamente se essa intenda riferirsi alla responsabilità per abuso d'ufficio, e, o, alla responsabilità erariale dei Sindaci, e tuttavia la sua formulazione letterale (attraverso il riferimento specifico al grado della colpevolezza, "dolo o colpa grave"), mi pare riferirsi alla sola responsabilità erariale.

Se così è – e tralasciando il fatto che la medesima proposta normativa esclude dal proprio ambito di applicazione tutte le altre funzioni comunque attribuite al Sindaco dall'art. 54, nei commi diversi dal comma 1, e dall'art. 50, TUEL – essa appare peggiorativa dell'attuale regime giuridico, sopra evidenziato, ad oggi vigente in materia di responsabilità erariale degli agenti pubblici (e, tra di essi, anche dei Sindaci).

Regime giuridico che, più favorevolmente della proposta contenuta nel DDL n. 2279, prescrive la responsabilità erariale per dolo o colpa grave in presenza di condotte omissive, mentre – ed innanzi a condotte attive – configura la responsabilità erariale soltanto per le condotte dolose.



Da ultimo, e con riferimento all'inciso "per violazione dei doveri d'ufficio", non mi pare che esso innovi il medesimo regime giuridico, vigente in materia di responsabilità erariale: la condotta dannosa (attiva od omissiva) – per consolidato orientamento giurisprudenziale della Corte dei Conti – viene infatti giudicata dalla giurisdizione contabile in quanto produttiva di un danno erariale, ed indipendentemente da ogni specifico accertamento rivolto alla sua (il)liceità od (il)legittimità.

Veniamo ora a considerare il DDL n. 2324 (Sen. Parrini e Altri).

Esso interviene: nei suoi articoli 1 e 2, in materia di responsabilità per abuso d'ufficio del Sindaco (art. 1) e, più ampiamente, in materia di responsabilità penale del Sindaco (art. 2); nel suo articolo 3, in materia di responsabilità erariale del Sindaco.

Poiché non ho sufficienti competenze (di diritto penale) per valutare l'intervento normativo contenuto nell'art. 2 – vale a dire quello che, inserendo un nuovo comma 1-bis all'art. 50 TUEL, modifica l'art. 40, secondo comma, cod. pen., dedicato al complesso tema del rapporto di causalità tra condotta omissiva ed illecito penale - rivolgerò la mia attenzione soltanto alle modifiche in materia di abuso d'ufficio, e di responsabilità erariale.

Con riguardo al reato di abuso d'ufficio dei Sindaci, il DDL n. 2324 aggiunge, all'odierno testo dell'art. 323, cod. pen., la seguente disposizione normativa: fermo restando quanto già previsto dal primo comma del medesimo art. 323 (vale a dire, e come innanzi considerato, l'odierna configurazione del reato soltanto innanzi a condotte configurate dalla legge come condotte amministrative vincolate, e per la mancata astensione in presenza di conflitti d'interesse), per i Sindaci queste norme di legge – volte a configurare condotte amministrative vincolate – devono riguardare "competenze espressamente attribuite al Sindaco".

La limitazione della responsabilità dei Sindaci, per il reato di abuso d'ufficio, intende dunque operare sul versante della stretta individuazione delle norme di legge, la cui violazione è in grado di configurare il medesimo reato:

- a) le norme di legge (o di atti aventi forza di legge) che prevedono specifiche regole di condotta dalle quali non residuino margini di discrezionalità;
- b) le norme di legge (o di atti aventi forza di legge) relative a competenze espressamente attribuite al Sindaco.

Le due condizioni – a) e b) – sono tra loro cumulative, e non alternative.

Il fatto è, ed è questo il profilo critico che non mi convince della proposta normativa in esame, che la individuazione e ricognizione delle norme di legge di cui alla lettera b), vale a dire quelle che attribuiscono al Sindaco espresse competenze amministrative, rappresenta ad oggi un parametro indeterminato tanto per la quantità delle norme in oggetto (al di là del semplice riferimento agli articoli 50 e 54, TUEL), quanto per la provenienza delle medesime norme (leggi statali e regionali), viepiù per il loro settore-materia di riferimento (governo del territorio, protezione civile, commercio, soltanto ad esemplificare).



Si tratta della inevitabile conseguenza dello stato di cose considerato nel precedente punto 1): soltanto dopo avere proceduto ad una puntuale ricognizione di tali norme, e continuando a monitorarne il mutamento nel tempo, il parametro delle “norme di legge relative a competenze espressamente attribuite al Sindaco” potrebbe infatti costituire un limite efficace all’ambito oggettivo di applicazione del reato di abuso di ufficio.

Prima di tale ricognizione, al contrario, tale parametro-limite pecca necessariamente per indeterminatezza.

Sul versante della responsabilità erariale dei Sindaci, il DDL n. 2324 interviene mediante il proprio art. 3.

Anche in tale fattispecie, la novella normativa intende prendere le mosse dall’odierno regime generale dettato in materia di differente grado di colpevolezza, per tutti gli agenti pubblici, dall’art. 21, d.l. n. 76 del 2000: responsabilità erariale limitata al dolo, per le sole condotte attive; responsabilità erariale per dolo e colpa grave, per le condotte omissive.

La modificazione normativa, per i Sindaci, riguarda invece la durata temporale del predetto regime differenziato, in punto di grado di colpevolezza, tra le condotte attive ed omissive: mentre infatti, per tutti gli agenti pubblici diversi dai Sindaci, tale regime differenziato è ad oggi in vigore sino alla data del 30 giugno 2023, l’art. 3 del DDL n. 2324 elimina – per i Sindaci – ogni limite temporale, rendendo dunque strutturale – nei loro confronti – la disciplina della responsabilità erariale ad oggi prescritta dall’art. 21 del d.l. n. 76 del 2020.

Anche in questa fattispecie, la norma non mi appare in grado di assicurare il rischio percepito dai Sindaci, in ordine al loro assoggettamento alla responsabilità erariale: ho infatti già espresso e motivato diffusamente, in un apposito scritto che allego (G. Bottino, *Le azioni ed omissioni nella responsabilità erariale*, in *Bilancio Comunità Persona*, 2021, 1, 86 e ss.), le considerazioni critiche rivolte al testo normativo di cui all’art. 21, d.l. n. 76 del 2020, ed alla sua evidente inefficacia a lenire ogni rischio percepito (dai Sindaci, siccome da tutti gli altri agenti pubblici) a titolo di responsabilità erariale.

A queste considerazioni critiche rinvio dunque formalmente: poiché non credo nell’efficacia, per così dire ontologica, dello strumento adottato dal legislatore (la distinzione della gravità della colpevolezza, tra dolo, e dolo e colpa grave, in relazione alla tipologia della singola condotta, attiva od omissiva, dell’agente pubblico), non credo evidentemente nemmeno nel fatto che il medesimo strumento possa funzionare, ancorché reso – soltanto per i Sindaci – illimitato nel tempo.

4) Alcune considerazioni propositive.

Poiché ritengo che il contenuto di una audizione, da parte di uno studioso, non si debba limitare esclusivamente ad evidenziare i profili critici dei DDL sui quali si è auditi, bensì anche a formulare proposte motivate sui temi in esame, svolgo di seguito alcune considerazioni propositive, anche in forma di testo normativo.



Sul reato di abuso di ufficio, e per le riflessioni sino a qui svolte, ritengo che una soluzione capace di lenire – quanto meno in parte – il rischio percepito dai Sindaci, possa consistere nell’ancorare l’attuale formulazione letterale dell’art. 323, cod. pen., soltanto alle competenze espressamente attribuite ai Sindaci, ad opera degli articoli 50 e 54, TUEL.

All’interno di tali articoli, le competenze dei Sindaci sono infatti ancora agevolmente individuabili: ne discende che il parametro normativo di riferimento – volto ad attribuire ai Sindaci le competenze, e le relative condotte, prive di margini di discrezionalità amministrativa (le sole condotte amministrative vincolate) – non è indeterminato, e disegna così nitidamente l’ambito oggettivo al cui interno soltanto è configurabile il reato di abuso di ufficio.

Questo, per conseguenza, il testo normativo proposto, a modificazione dell’art. 1, DDL n. 2324:

“Art. 1.

(Modifica all’articolo 323 del codice penale)

1. All’articolo 323 del codice penale, dopo il primo comma, è inserito il seguente:

«Quando il fatto di cui al primo comma è compiuto dal Sindaco, la violazione si intende riferita alle specifiche competenze ad esso espressamente attribuite dagli articoli 50 e 54, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e dalle quali non residuino margini di discrezionalità»”.

Con riguardo alla responsabilità erariale e, anche in questa fattispecie, al fine di lenire il relativo rischio percepito dai Sindaci, ritengo che una utile soluzione possa essere rappresentata dalla previsione di una apposita disposizione normativa che – sul modello di quanto già previsto dalla legge in materia di responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie (legge n 24 del 2017, art. 9) – limiti l’entità del quantum di danno erariale risarcibile dai Sindaci, in presenza di condotte omissive gravemente colpose (non certamente innanzi a condotte dolose), ad un parametro monetario massimo di riferimento.

Questo, per conseguenza, il testo normativo proposto, a modificazione dell’art. 3, DDL n. 2324:

“Art. 3

(Responsabilità amministrativa e contabile del Sindaco)

1. All’articolo 21 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, dopo il comma 2, è aggiunto, in fine, il seguente comma:

«3. Nei giudizi di responsabilità amministrativa per danno all’erario innanzi alla Corte dei Conti, ai sensi dell’art. 1, comma 1, del decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174, e fermo restando quanto stabilito nei precedenti commi 1 e 2, l’importo della condanna del Sindaco, per singolo evento, ed in caso di colpa grave, non può superare una somma pari al triplo della indennità da egli percepita a norma dell’art. 82, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, nell’anno solare di riferimento della condotta dannosa»”.



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI
SCIENZE SOCIALI E POLITICHE



Milano, 22 Novembre 2021

Prof. Gabriele Bottino

Gabriele Bottino 

Gabriele Bottino
Professore Ordinario di Diritto Amministrativo
Università degli Studi di Milano - Dipartimento di Scienze Sociali e Politiche
Pagina web: <https://www.unimi.it/it/ugov/person/gabriele-bottino>