

Sulle proposte di legge in tema di abuso d'ufficio *

di **Roberto Garofoli**

1. Considerazioni preliminari

1.1 La natura sussidiaria del reato e la sorte dei fatti oggi puniti a titolo di abuso di ufficio.

Le ragioni dell'instabilità della fattispecie sono note (soprattutto a partire dal 90) e nota è l'evoluzione del suo perimetro e dei suoi elementi costitutivi. Quel che però non è mai mutata è la **natura sussidiaria della fattispecie** e la **funzione** dalla stessa svolta. **Dare copertura penale a fatti non perseguibili sulla base di altre fattispecie**. Lo dico in apertura perché nelle valutazioni **de iure condendo** credo meriti di esser posto l'interrogativo: **che succede dei fatti oggi puniti e punibili a titolo di abuso di ufficio?** Sono fatti non privi di disvalore. Nel passare in rassegna le poche condanne in Cassazione degli ultimi due anni, ne emergono alcune per fatti significativi. Per esempio, fatti di reiterata, sistematica e collusa sanatoria di abusi edilizi. Fatti non sussumibili in altre fattispecie e puniti, quindi, a titolo di abuso di vantaggio. Occorre chiedersi: li si lascia impuniti?

1.2 L'originario deficit di precisione e le riscritture del 1999 e 2020.

Quanto all'evoluzione della fattispecie di abuso di ufficio sono state spesso le **preoccupazioni espresse dai Sindaci** ad attivare il dibattito attorno all'opportunità di ripetute riscritture. Diverse le ragioni addotte a sostegno delle invocate ridefinizioni della fattispecie. Nel periodo 1990-1997 e poi in quello 1997-2020, le preoccupazioni manifestate dai Sindaci erano fondamentalmente legate al *deficit* di precisione e tassatività della fattispecie. Ne derivava -questo si lamentava- l'esposizione dei Sindaci, da un lato, ad un rischio penale non prevedibile e controllabile, incidente in senso sacrificativo su fluidità ed efficienza dell'azione amministrativa, dall'altro a indebiti sconfinamenti del giudice penale in ambiti riservati in via esclusiva all'Amministrazione, ossia -si diceva allora- il merito amministrativo (non la discrezionalità tutta). Con l'intento di attenuare questi rischi il legislatore è intervenuto nel 1997, con una riforma il cui spirito di fondo non è stato assecondato in sede giurisprudenziale, e poi nel 2020, con una stretta molto forte, di cui la Cassazione ha, questa volta, tenuto ampiamente conto in questi ultimi tre anni.

* Il testo riproduce l'audizione dell'Autore da parte della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati in data 23 maggio 2023 nell'ambito dell'esame delle proposte di legge C. 399 Rossello, C. 645 Pittaslis, C. 654 Enrico Costa e C. 716 Pella, recanti "Disposizioni in materia di abuso d'ufficio e traffico di influenze illecite".



1.3 Le persistenti preoccupazioni dei Sindaci.

Il dibattito è ripreso negli ultimi mesi **sempre sull'onda delle preoccupazioni dei Sindaci**, che ora lamentano, prevalentemente, più che l'imprecisione descrittiva della fattispecie, il frequente **coinvolgimento in procedimenti penali**, ancorché destinati a concludersi con decisioni di archiviazione o assoluzione.

1.4 Responsabilità, c.d. paura della firma e riorganizzazione della macchina dello Stato.

Un'ultima considerazione preliminare, di più ampio respiro. Sulla fluidità ed efficienza dell'azione amministrativa incidono molteplici fattori, anche certo la c.d. **burocrazia difensiva o paura della firma**, ma prima ancora le molteplici inefficienze e talvolta arretratezze della macchina amministrativa. Non sono particolarmente persuaso che oggi ci sia questa gran paura dell'abuso di ufficio, tanto più dopo la stretta del 2020 e gli indirizzi interpretativi seguiti in Cassazione. Forse di più della responsabilità erariale. Più in generale, il giusto obiettivo di ridimensionare la c.d. paura della firma non può esaurire le politiche da mettere in campo per riparare la macchina dello Stato, essendo necessario proseguire nel riorganizzarne alcuni gangli, nell'attenuare la polverizzazione di alcune sue strutture (si pensi alle migliaia di inadeguate stazioni appaltanti), nel ripensare i meccanismi interni di controllo e responsabilità, nel riattivare robusti interventi di formazione dei funzionari pubblici, nel rendere in ultimo più attrattiva l'Amministrazione pubblica e la sua missione.

2. Gli argomenti a favore di un ulteriore intervento legislativo sul reato di abuso di ufficio

A sostegno delle proposte di riforma, sono addotti tre grandi ordini di ragioni.

2.1. Le tante denunce e le poche condanne.

Nel dibattito di questi mesi (come del resto già accadde prima della riforma del 2020), sono in primo luogo valorizzati taluni dati statistici, relativi alle tante iscrizioni, alle tante archiviazioni e assoluzioni, alle poche condanne (R. Garofoli, *La annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: le preoccupazioni dei Sindaci tra PNRR e rilancio della macchina dello Stato*, in www.sistemapenale.it). Si fa di frequente riferimento, in specie, all'elevato tasso di archiviazione, pari nel 2021 a circa l'85%, e alle poche condanne intervenute negli ultimi due anni. E' quanto induce taluni a proporre l'abolizione della fattispecie, valorizzando i danni prodotti dal solo avvio delle indagini, anche in termini di efficienza amministrativa.

2.2. Il rischio di essere coinvolti nelle indagini.

Si valorizzano, in particolare, le **implicazioni in termini di sacrificio personale e di rallentamento** (se non blocco) **amministrativo** del **rischio di essere solo coinvolti in un procedimento penale**.

2.3. La sostenuta imprecisione descrittiva.

Nonostante le riforme del 1997 e del 2020, si continua da taluni a prospettare la **non calcolabilità del rischio penale** dovuto ad una sostenuta imprecisione della descrizione legislativa della fattispecie di abuso.

3. Gli aspetti da considerare.

Alcuni elementi di valutazione.

3.1 Convenzione di Merida e Direttiva europea *in itinere*.

Va in primo luogo tenuto in debito conto il **quadro normativo, internazionale ed europeo** e i conseguenti rischi connessi all'*abolitio* o, anche, alla abrogazione del solo abuso di vantaggio. Sono aspetti già segnalati da altri, in audizioni dei giorni scorsi e quindi non mi soffermo. Certo, in disparte la Convenzione di Merida, la direttiva europea *in itinere* - laddove impone il rafforzamento dell'incriminazione dell'abuso di ufficio, in specie di quello vantaggio- è un dato da valutare.

3.2 Una lettura alternativa dei dati statistici.

Come anticipavo, può esser data una **lettura alternativa dei dati statistici** relativi rispettivamente alle *iscrizioni*, alle *archiviazioni* e alle *condanne*.

3.2.a. Iscrizioni in calo.

Le **iscrizioni** sono (per quanto numerose) in forte calo (da 7939 nel 2016 a 5418 nel 2021). E lo saranno ancor più per effetto dell'art. 335, 1 *bis*, c.c.p., introdotto dalla Riforma Cartabia

3.2.b. Le troppe denunce.

Moltissime denunce si risolvono prima del dibattimento, con **archiviazioni** chieste dai PM, a fronte di denunce **infondate**, se non **pretestuose** e, talvolta, **seriali**. Temo che ci sia quasi un costume. Chi non gradisce un atto amministrativo, vedendovi (spesso per incomprensione tecnica) favoritismi e/o prevaricazioni, ha lo strumento -facile, gratuito e quasi sempre privo di conseguenze- della denuncia. Il ricorso al Tar costa, il che è una remora. Molto spesso sono peraltro denunciati per abuso di ufficio gli stessi PM che chiedono l'archiviazione!

Su questo aspetto, tuttavia, **tre elementi di valutazione**.

3.2.b.1. Il filtro della magistratura inquirente.

In primo luogo, un elevato tasso di archiviazioni sta ad attestare una **capacità di filtro della magistratura**, già quella inquirente, che normalmente chiede per l'appunto l'archiviazione.

3.2.b.2. Il prevedibile aumento delle archiviazioni.

Questa tendenza a chiedere l'archiviazione per abuso di ufficio, che evita il coinvolgimento in fasi processuali destinate a protrarsi nel tempo, è **destinata ad aumentare per due ragioni**.

Da un lato, il **consolidarsi di orientamenti molto restrittivi della Cassazione** che, dopo la riforma del 2020, ha escluso a più riprese che il reato di abuso di ufficio possa essere integrato da atti o condotte di violazione di norme che pongono **principi generali** (ad es., art. 97 Cost.), **procedimentali** (ad es., art. 3, l. n. 241 del 1990) o che **lasciano spazio all'esercizio di discrezionalità**, amministrativa o anche solo tecnica (R. Garofoli, *La annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: le preoccupazioni dei Sindaci tra PNRR e rilancio della macchina dello Stato*, in www.sistemapenale.it).

Dall'altro e al contempo, non possono non incidere al riguardo gli effetti della **riforma Cartabia**, in forza della quale il P.M. è tenuto a presentare al giudice richiesta di archiviazione tutte le volte che gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari non consentano di formulare una "*ragionevole previsione di condanna*". Tenuto conto della giurisprudenza di Cassazione formatasi in questi ultimi tre anni in tema di abuso di ufficio, le richieste di archiviazione aumenteranno, anche significativamente.

3.2.b.3. La non decisività dei soli numeri nelle valutazioni *de iure condendo*.

In ultimo, il **solo dato numerico** (relativo allo scarto tra iscrizioni e condanne e all'alto numero di archiviazioni) **non può essere considerato così dirimente nelle valutazioni *de iure condendo***. Per tutti gli altri reati, la "media" delle archiviazioni è parimenti molto alta (62%). Bisogna abolire per ciò solo tanti altri reati?

3.2.c. Le condanne.

Le **condanne** sono certo diminuite. E' accaduto perché il legislatore, soprattutto del 2020, ha ripermetrato in modo incisivo la fattispecie, eliminando il rilievo penale della violazione dei regolamenti, delle norme di principio e non specifiche, dell'eccesso di potere. Tra il 1997 (anno della riforma diretta a tassativizzare il parametro della abusività e a rendere intenzionale la natura del dolo) e il 2020 (anno dell'ultimo ed incisivo intervento legislativo) sono del resto state pronunciate circa **3600 condanne**, 547 nel 1997, poi sempre diminuite di anno in anno.

La giurisprudenza di Cassazione in questi due anni si è del resto attenuta allo spirito della riforma del 2020. Lo scarso numero di condanne è quindi prova di una capacità della giurisprudenza di selezionare rigorosamente gli abusi penalmente rilevanti e **potrebbe concorrere a ridurre la diffusa ansia di denuncia**, oltre che ad **orientare le scelte dei magistrati inquirenti**, rafforzando la già diffusa propensione a chiedere l'archiviazione.

3.3. Imprevedibilità della fattispecie e rischio di coinvolgimento penale.

Quanto agli ulteriori argomenti addotti a sostegno dell'ennesimo intervento legislativo, due osservazioni.

3.3.a. Con riguardo alla talvolta sostenuta **imprevedibilità del rischio penale** legato all'applicazione del reato di abuso, era argomento che poteva essere utilizzato prima del 2020. Ora non più. Se mai, dopo il 2020, fatti di intenzionale abuso della "discrezionalità" sono destinati a restare impuniti. Peraltro, la vaghezza descrittiva e la conseguente incertezza applicativa sono proprie piuttosto (come da tempo rimarcato dalla più illuminata dottrina penalistica) di tanti altri reati. Non va al riguardo trascurato il **rischio di una riespansione in sede applicativa** di queste o altre fattispecie quale conseguenza dell'*abolitio* totale o parziale del reato di abuso di ufficio.

3.3.b. Quanto, invece, alla lamentata **attitudine del solo avvio delle indagini a minare la credibilità degli amministratori locali**, è argomento che nasce da una percezione, tanto diffusa quanto distorta, del rilievo del procedimento penale. In ogni caso, vale per tanti altri reati oggetto di iscrizione o contestazione, *assai più infamanti* del reato di abuso di ufficio.

3.4. La proposta che abroga il solo abuso di vantaggio.

Un'ultima considerazione a proposito di una delle proposte di riforma, quella che intende **abolire il solo abuso di vantaggio**, lasciando in piedi quello di danno. Molto spesso, al vantaggio dell'uno corrisponde il danno dell'altro (è quel che accade, per esempio, nelle procedure concorsuali o nell'assegnazione di incarichi). La differenza è talvolta solo nel dolo. La proposta che intende limitare l'abuso alle ipotesi di prevaricazione risolve il problema che si intende fronteggiare, quello cioè dell'iscrizione e del conseguente coinvolgimento "diffamante" nelle indagini? O i PM continueranno ad iscrivere, per poi accertare solo nel corso delle indagini quale realmente fosse l'intento perseguito (vantaggio o danno)?

3.5. Le ulteriori preoccupazioni dei Sindaci.

In conclusione, uno sguardo più ampio sulle ulteriori preoccupazioni espresse dai Sindaci. Lamentano la **sospensione dal mandato** prima della



condanna definitiva per abuso di ufficio, nonché la preoccupante **dilatazione della posizione di garanzia**, talvolta desunta in sede giudiziale dai poteri di ordinanza che gli artt. 50 e 54 TUEL assegnano ai Sindaci, destinata ad integrare (in forza della clausola di equivalenza di cui all'art. 40, co. 2, c.p.) variegata e significative ipotesi di reato contestate in forma omissiva impropria (non certo il solo abuso di ufficio). Non è scontato che la riscrittura del reato di abuso sia la soluzione, né unica, né ottimale.