

Luigi Salvato – Audizione Commissione giustizia della Camera dei deputati – 23 maggio 2023

1. Ringrazio la Commissione giustizia per l'audizione odierna.

Focalizzo anzitutto l'attenzione sulla riforma del reato di abuso di ufficio. A tal fine, occorre evidentemente procedere dalla considerazione che i quattro disegni di legge che la contengono (AC 309, 645, 654, 716) muovono dalla comune premessa che il vigente art. 323 c.p. sarebbe caratterizzato da una difettosa formulazione, lesiva dell'esigenza di determinatezza.

Per questo, e per l'applicazione datane, la disposizione determinerebbe un'intromissione della magistratura penale nella sfera di attività riservata alla P.A., non adeguatamente impedita dalla riforma del 2020, pregiudizievole della fluidità dell'azione amministrativa, causa della c.d. burocrazia difensiva e della *'paura della firma'*.

Tali asserite distorsioni non sarebbero emendabili con una più puntuale descrizione della fattispecie e, conseguentemente:

- tre disegni di legge (399, 645, 654) propongono l'abrogazione dell'art. 323, ritenendo non significativo il vuoto di tutela che si determinerebbe; comunque, i vantaggi sarebbero superiori agli inconvenienti;

- uno di essi (654) propone una soluzione mediana: configurare l'abuso d'ufficio come fattispecie punita con sanzione amministrativa.

Infine, un quarto disegno di legge (716) propone invece una riscrittura volta a cancellare l'abuso cosiddetto «di vantaggio» ed a rafforzare l'elemento soggettivo: la violazione dell'obbligo di astensione è punita se «consapevole».

1.2. La questione sottesa a detti disegni di legge va affrontata ponendo alcune premesse, pacifiche e tuttavia necessarie per sgombrare il campo da possibili equivoci.

La scelta di sanzionare penalmente determinate condotte implica un ragionevole bilanciamento di molteplici esigenze, da realizzare in applicazione del principio di proporzionalità, su due piani.

La proporzionalità in astratto, che è riservata al Legislatore ordinario dall'art. 25, secondo comma, Cost. Il potere di scelta in materia penale spetta solo e soltanto all'istituzione massima espressione della rappresentanza politica: il Parlamento, in virtù del principio della divisione dei poteri, baluardo dello stato costituzionale e di diritto.

Il Legislatore ordinario, a sua volta, deve osservare le norme della Costituzione che, in virtù del principio di legalità, pretendono che le fattispecie di reato siano determinate ed il cittadino sia posto in grado di prevedere la conseguenza delle proprie azioni; impongono di rispettare gli obblighi sovranazionali e internazionali (artt. 11 e 117, comma primo, Cost.).

Il principio di legalità esige dunque che, tendenzialmente, le fattispecie non siano formulate mediante clausole generali. Secondo la giurisprudenza costituzionale, le stesse sono infatti ammissibili, ma con prudenza, in virtù di una nozione di determinatezza integrata: alla luce dell'interpretazione datane dai giudici *comuni*; degli altri elementi della fattispecie; della finalità della norma; dei significati assunti in base al "diritto vivente".

Anche la Corte EDU (mi riferisco alla sentenza *Del Rio Prada c. Spagna* del 2013), muovendo dall'impossibilità di precisione assoluta delle leggi, non esclude tecniche di regolazione mediante il ricorso a clausole generali. Nella nozione di «legge» dell'art. 7 della Convenzione rientra infatti il «diritto d'origine sia legislativa che giurisprudenziale». Questa tecnica comporta che la violazione dell'art. 7 e del principio di legalità può derivare: dall'esistenza di conflitti giurisprudenziali gravi e perduranti in ordine alla configurabilità del reato; da mutamenti giurisprudenziali imprevedibili.

Sotto questo profilo viene in rilievo il principio di proporzionalità in concreto, affidato alla giurisprudenza.

1.3. La preoccupazione dell'esposizione ad un rischio "non calcolabile e prevedibile" non è, in astratto, infondata. Ne costituisce riprova la stessa evoluzione della fattispecie a partire dal codice Rocco, conclusasi nel 2020 (con il c.d. *Decreto semplificazioni*), con cui a me sembra che il Legislatore abbia infine fatto soddisfacente applicazione del principio di proporzionalità in astratto.

Ce lo ha detto la Corte costituzionale con la sentenza n. 8 del 2022, alla quale, per esigenze di sintesi, è possibile e doveroso rinviare. Qui è sufficiente ricordare che, secondo la Corte, la vigente formulazione della disposizione in esame sbarrava la strada alla valorizzazione dell'inosservanza di norme di principio quali l'art. 97 Cost. ed è idonea a garantire il principio di legalità.

La questione allora è: questa valutazione è confortata dall'applicazione che è stata fatta del principio di proporzionalità in concreto?

A me sembra di sì, se si considera che la giurisprudenza di legittimità, dopo la riforma del 2020:

- ha escluso la configurabilità del delitto, qualora la condotta del pubblico ufficiale costituisca espressione di discrezionalità amministrativa o anche tecnica, richiedendo la violazione di regole cogenti per l'azione amministrativa fissate dalla legge, specificamente disegnate in termini completi e puntuali. Dopo incertezze, con Cass. n. 13136 del 2022, ha negato la rilevanza della violazione di principi generali quali quelli stabiliti dall'art. 97 Cost. Ciò dovrebbe anche far escludere la rilevanza dei principi generali che il Codice degli appalti del 2023, diversamente da quello precedente, ha codificato nella prima parte;

- ha ritenuto irrilevante l'eccesso di potere, sotto forma di sviamento, laddove il potere risulti caratterizzato dalla presenza di margini di discrezionalità;

- ha ritenuto irrilevante la violazione delle norme solo procedurali: ad esempio, l'adozione di un provvedimento recante una motivazione incompleta ovvero insufficiente, in violazione del generico obbligo di motivazione.

Conforta tale conclusione la considerazione dell'alto tasso di archiviazione e la riduzione delle iscrizioni del 39,3% dal 2016 al 2021. Nel 2022 abbiamo avuto il 79% di archiviazioni; nel 2021 18 condanne (nel 2016 erano state 82) e 256 assoluzioni o proscioglimenti.

Nel caso di archiviazione e di assoluzione, all'amministratore pubblico è poi garantito il rimborso delle spese legali, garanzia certo di rilievo con riguardo alle preoccupazioni in esame.

Tuttavia, ciò non è ritenuto sufficiente.

La paralisi deriverebbe infatti non dalla «*paura della condanna*», ma dall'impatto delle indagini sulle carriere. «Una semplice iscrizione – ha evidenziato il presidente dell'Anci – può arrecare danni gravissimi all'immagine pubblica e alla dignità privata». Resta poi il rilievo della sospensione in caso di condanna non definitiva.

Se queste sono le preoccupazioni, il principio di proporzionalità in astratto – la cui applicazione, ripeto, spetta solo e soltanto al Parlamento –, richiede di valutare al giusto le innovazioni del d.lgs. n. 150 del 2022. In particolare:

- la circostanza che il nuovo comma 1-*bis* dell'art. 335 c.p.p. ha reso più stringenti i presupposti dell'iscrizione a Mod. 21, che, come è stato scritto, può ridurre «*l'abuso dell'abuso di ufficio*» dovuto al proliferare delle denunce, utilizzate talora come strumento di lotta politica;

- il dovere del Pm di avanzare richiesta di archiviazione, quando gli elementi acquisiti non consentano di formulare una «ragionevole previsione di condanna».

La lamentata attitudine del solo avvio delle indagini a minare la credibilità degli amministratori locali va poi valutata alla luce dell'art. 335-*bis* c.p.p. di nuovo conio: l'iscrizione nel registro degli indagati non può «da sola» produrre effetti pregiudizievoli in sede civile e amministrativa, regola derogabile, a norma dell'art. 110-*quater* disp att. cpp, nei soli casi di misura cautelare personale o di esercizio dell'azione penale.

La questione è allora essenzialmente "culturale", non involge né la fattispecie, né l'azione della magistratura. Deve maturare nella coscienza collettiva il convincimento che se, ovviamente, la mera denuncia è irrilevante, tale è anche la mera iscrizione di un procedimento penale: adempimento di garanzia, imposto a tutela dell'indagato, portato del principio di obbligatorietà dell'azione penale. Non può e non deve avere alcun rilievo. Non è utilizzabile per adombrare sospetti e richiedere *interventi* motivati dalla sola iscrizione di un procedimento.

Si tratta di una questione culturale che non può essere affrontata in questa sede, ma va ricordata, per ricondurre al giusto le preoccupazioni, non di rado frutto di una distorsione che non può e non deve condizionare i parametri del corretto governo della proporzionalità in astratto.

1.4. Fatte tali precisazioni, non possiamo non considerare che qualche preoccupazione può residuare, sul versante della proporzionalità in concreto: per la punibilità delle condotte 'di confine' concretanti una distorsione funzionale dai fini pubblici, oppure sostanziatesi nell'inosservanza dell'obbligo di astensione in situazione di conflitto di interessi; per l'eventuale rilevanza della violazione di norme sub-primarie, quando presupposto per l'applicazione di una «norma di legge» e se costituenti norme interposte che realizzano una specificazione tecnica di un precetto comportamentale, su cui si registra qualche contrasto.

Ma si tratta di preoccupazioni agevolmente rimediabili sul piano della proporzionalità in concreto.

1.5. Un ultimo snodo problematico è individuato nella circostanza che la modifica del 2020 non ha inciso sulla violazione del dovere di astensione (Cass. n. 7007 del 2021).

L'inosservanza di tale obbligo (Cass. n. 40035 del 2022), in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, integra il reato anche se manca una specifica disciplina dell'astensione, o ve ne sia una che riguardi un numero più ridotto di ipotesi o che sia priva di carattere cogente, a prescindere dal fatto che il pubblico ufficiale sia chiamato o meno ad effettuare una scelta discrezionale.

Tuttavia, non mi sembra che la previsione possa destare particolare preoccupazione. Resta anzitutto ferma la necessità dell'esistenza di un ingiusto vantaggio patrimoniale o di un danno ingiusto. Inoltre, per l'integrazione della fattispecie è richiesto il dolo intenzionale: se l'agente è stato mosso esclusivamente dall'obiettivo di perseguire un interesse pubblico, si ha degradazione del dolo di procurare a terzi un vantaggio a dolo diretto o eventuale, ciò che esclude la finalità di favoritismo privato (come, ad esempio, nel caso di un sindaco che aveva prorogato rapporti di lavoro a tempo

determinato, anche del coniuge, indispensabile per garantire l'esercizio delle funzioni di pubblica sicurezza nel territorio). Infine, la giurisprudenza ha con chiarezza delimitato i presupposti dell'astensione (escludendo, ad esempio, che la grave inimicizia possa ritenersi integrata dalle manifestazioni di disistima e di critica professionale).

Non è allora infondato il dubbio in ordine alla necessità (oltre che all'opportunità) di prevedere che la mancata astensione debba essere «consapevole» e di escludere la punibilità della condotta che determina un ingiusto vantaggio, tenendo conto che la disposizione costituisce una ragionevole applicazione dell'art. 97, ma anche dell'art. 54, comma 2, Cost.

1.6. In definitiva, mi sembrerebbe necessario chiedersi se la scelta più radicale:

a] con eterogenesi dei fini, possa provocare una paradossale riespansione di altre fattispecie punite più gravemente;

b] possa lasciare 'scoperte' ipotesi di strumentalizzazione a danno della pubblica amministrazione, dando spazio a vere e proprie "zone franche" dell'ordinamento;

c] possa esporsi a vizi di costituzionalità, per contrasto con l'art. 117 Cost. (il riferimento è all'art. 19 della Convenzione "*Convenzione contro la corruzione*" – cd. *Convenzione di Merida* - ratificata dal nostro Paese con legge n. 116 del 2009) e, in prospettiva, della proposta di direttiva europea che impegna gli Stati a prevedere come reato l'abuso d'ufficio.

Per altro verso, fermi tali rilievi, la stessa trasformazione in illecito amministrativo non varrebbe certo ad eliminare la "*paura della firma*".

Dunque, non mi sembra scontato che la scelta dell'abrogazione sia la soluzione ottimale, né quella da preferire per fronteggiare adeguatamente le preoccupazioni.

Forse, non è inopportuno riflettere sull'opportunità di valutare la percorribilità di altre strade. In particolare, occorre recuperare l'essenza del concetto di "abuso", tipizzando le ipotesi di sfruttamento privato dell'ufficio,

caratterizzate da una distorsione funzionale dell'azione amministrativa, a fini privati o di danno, enfatizzando la rilevanza del conflitto di interessi quale nucleo del disvalore delle condotte sanzionabili, tracciando il perimetro della condotta rilevante all'interno di un indebito utilizzo dell'ufficio caratterizzato dalla contrapposizione tra interesse privato e pubblico che mina l'imparzialità. Occorre altresì riflettere sull'eventualità – già prospettata e che condivido – di distinguere e precisare, anche con diversificazioni nella pena, le fattispecie di abuso di danno, abuso di vantaggio e sfruttamento privato dell'ufficio. Occorre, infine, ispirare l'azione complessiva alla logica preventiva, quindi: vanno ripensati i meccanismi interni di controllo e responsabilità; devono essere attivati robusti interventi di formazione dei funzionari pubblici; deve essere reso attrattivo l'esercizio delle funzioni pubbliche.

2. Volgendo l'attenzione al traffico di influenze illecite, va ricordato che il reato dell'art. 346-*bis* c.p. è stato introdotto nel 2012, in esecuzione di impegni internazionali ("*Convenzione penale sulla corruzione*", sottoscritta a Strasburgo il 27.1.1999, ratificata con la legge n. 110 del 2012, n. 110, rilevando, in particolare, l'art. 12; del traffico di influenze si occupa altresì la *Convenzione di Merida* che, tuttavia, non impone in modo inderogabile la previsione del reato). La disposizione sanziona la mediazione del soggetto attivo che intende approfittare di relazioni esistenti o fittizie con un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio ed è stata modificata nel 2019: abrogando il reato di millantato credito; rendendo la finalizzazione della mediazione illecita al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto d'ufficio una circostanza aggravante; sostituendo la natura necessariamente "patrimoniale" del vantaggio dato o promesso al mediatore con il termine «utilità» (ampliando in tal modo l'ambito punitivo della mediazione illecita); attribuendo rilevanza al traffico di influenze internazionali ed inserendo il traffico di influenze nel catalogo dei reati-presupposto della responsabilità dell'ente ex d.lgs. n. 231 del 2001 (profili questi ultimi dei quali non si occupa il disegno di legge n. 645 che propone la modifica della disposizione e che, quindi, non vengono in rilievo).

Ancora in linea preliminare, va ricordato che l'Italia, al momento del deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Strasburgo, aveva apposto delle riserve, ribadite nel 2017 e successivamente non confermate dall'art. 1, comma 10, della legge n. 3 del 2019 alla scadenza del triennio in occasione del loro possibile rinnovo. Per il meccanismo convenzionale, risultano dunque cadute e la Convenzione, cui è seguita la citata legge di ratifica, è integralmente cogente per il diritto interno.

La disposizione prevede due condotte tipiche, a seconda che il denaro o altra utilità: costituiscano prezzo della propria mediazione illecita (mediazione *onerosa*); servano a remunerare il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio (mediazione *gratuita*, prospettiva di una corruzione) (Cass. n. 1182 del 2022).

Deve anzitutto darsi atto che la giurisprudenza di legittimità ha evidenziato che la disposizione presenta momenti di frizione con il principio di legalità, specie perché non chiarisce l'influenza illecita che deve tipizzare la mediazione (Cass. n. 40518 del 2021). Inoltre, può aggiungersi, potrebbe far trasparire un'eccessiva discrezionalità del giudice con riguardo alla mediazione *onerosa*, in cui possono configurarsi situazioni al limite tra l'illecito e il lecito, data l'ampiezza della gamma di condotte sanzionabili. E ciò tenuto conto che il rapporto e la capacità di influenza del mediatore sul pubblico agente non devono necessariamente esistere al momento in cui è tenuta la condotta ed essere a conoscenza del 'compratore', ma è sufficiente che questi sappia del potere del primo di realizzarlo; è sufficiente che il rapporto di influenza sia magnificato dal mediatore ed è irrilevante che il 'venditore' sappia che è inesistente ed irrealizzabile, purché il 'compratore' lo reputi esistente o realizzabile.

Nondimeno, occorre dare atto che la giurisprudenza di legittimità ha applicato il principio di proporzionalità in concreto con attenzione al principio di legalità. Ed infatti, ha escluso che siano attratte nella sfera penale tutte le forme di relazioni con la pubblica amministrazione connotate da opacità o scarsa trasparenza e, tuttavia, non «catalogabili in termini oggettivi e spesso neppure patologici, quanto all'interesse perseguito» (Cass. n. 40518 del 2021). Ha,

inoltre affermato che la mediazione *onerosa* (in cui è elevata «la tensione della fattispecie rispetto ai principi fondanti di materialità del fatto, di tipicità, di frammentarietà, di offensività», qualora si ritenesse oggetto di incriminazione il contratto in sé) è illecita soltanto «se è volta alla commissione di un illecito penale - di un reato - idoneo a produrre vantaggi al committente», se cioè ha una precisa finalizzazione, in quanto indirizzata all'inquinamento della funzione pubblica e a far commettere un reato al pubblico ufficiale nell'interesse del committente (Cass. n. 1182 del 2022).

In tal modo la giurisprudenza ha già ovviato alle principali problematiche sollevate dalla norma, restringendone fortemente l'ambito applicativo alle sole influenze prodromiche alla corruzione o alla commissione di altri reati contro la pubblica amministrazione (ad es. turbata libertà degli incanti) o contro la fede pubblica (ad es. reati di falso) anche in assenza della precisazione da parte del legislatore circa il carattere "illecito" dell'esercizio delle funzioni pubbliche. Sotto tale aspetto, pertanto, la proposta di modifica appare superflua.

La proposta esclusione della punibilità in caso di promessa o dazione di utilità "non patrimoniale" sembra poi limitazione poco coerente con il sistema punitivo dei reati contro la pubblica amministrazione, specie per il sottotipo della mediazione *gratuita*, che costituisce il più diretto precursore della corruzione vera e propria ed in quanto, per la destinazione delle utilità al pubblico funzionario, questa non può non essere sempre connotata da illiceità, anche se non patrimoniale.

Inoltre, l'art. 12 della Convenzione di Strasburgo richiede la punizione del mediatore che si faccia dare o promettere "*qualsiasi indebito vantaggio*" (dunque, non necessariamente patrimoniale), per "esercitare un'influenza sulle decisioni [...] a prescindere che quest'ultima sia o meno esercitata o che produca o meno il risultato auspicato", ciò che espone la proposta riforma a dubbi di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 117 Cost.

La previsione della necessaria illiceità dell'esercizio della funzione pubblica oggetto di influenza per la punibilità della cd. mediazione *gratuita*, non impedisce, né potrebbe farlo, di punire l'accordo finalizzato a far compiere un

atto conforme ai doveri d'ufficio, perché ciò integra comunque il reato dell'art. 318 c.p. La previsione del carattere illecito dell'esercizio delle funzioni, in pratica, crea una sorta di cortocircuito della disposizione perché, anche quando le parti mirano ad ottenere un atto legittimo del pubblico funzionario, prevedendo che questi venga remunerato, si accordano per la sua corruzione e, quindi, comunque per una connotazione illecita delle relative funzioni.

In definitiva, la giurisprudenza ha già risolto, mediante una interpretazione tassativizzante, i problemi di una possibile eccessiva estensione del reato di traffico di influenze illecite, richiedendo per l'unico sottotipo che può interferire con attività che non meritano sanzione penale l'illiceità del fine dell'accordo, escludendo la punibilità delle attività di collegamento tra privato e pubblica amministrazione nelle quali il mediatore riceve per sé un compenso per esercitare un'influenza lecita su quest'ultima.

Il modo di risolvere le residue questioni implicate dalla norma – come indicato anche dalla Corte di cassazione – è, forse, anzitutto affidato ad un intervento legislativo che chiarisca e regolamenti presupposti e procedure della mediazione legittima (c.d. *lobbying*). Inoltre, come è stato già suggerito, al recupero dell'accertamento della potenzialità lesiva degli interessi pubblici, mediante la valorizzazione della finalizzazione della mediazione alla realizzazione di un "*indebito vantaggio*" per il privato che ha commissionato la mediazione.

Luigi Salvato

Procuratore generale della Corte di cassazione