

CONFRONTO DI IDEE

DAVID BRUNELLI

Eliminare l'abuso d'ufficio: l'uovo di Colombo o un ennesimo passaggio a vuoto?

Abolishing misconduct in public office offences: the simplest solution or another dead end?

SOMMARIO: 1. Autorità-libertà. - 2. Depenalizzazioni. - 3. La misura è colma, signori pm! - 4. *Abrogatio sine (totale) abolitione?* - 5. Sperimentare.

1. *Autorità-libertà.* Dopo quasi un mese di complessa gestazione burocratica il disegno di legge, approvato dal Governo su proposta del Ministro Nordio¹, è finalmente pronto a passare il vaglio del Parlamento. Il testo, diffuso informalmente dopo la riunione del Consiglio dei ministri, è stato subito commentato soprattutto nell'aspetto politicamente più vistoso e "dirompente" che contempla l'abolizione *tout court* del delitto di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.). In questi giorni non si parla d'altro tra gli studiosi di diritto penale, tra i magistrati e gli avvocati. Convegni, incontri di studio, seminari, sono apparecchiati in fretta e furia nelle sedi più disparate per confronti polifonici sul tema. Un bilancio di questo dibattito diffuso non è ancora disponibile, ma i primissimi commenti della dottrina non sembrano nel complesso favorevoli alla dismissione del contestato reato. Anzi, sono notevolmente critici². Essi segnalano con preoccupazione un vuoto di tutela e, addirittura, colgono nell'iniziativa governativa un segnale politico niente affatto liberale, bensì l'espressione di una linea autoritaria che rinuncia alla tutela dei deboli vessati dalle angherie della pubblica amministrazione e consegna al pubblico ufficiale una licenza di danneggiare e/o avvantaggiare chiunque a proprio piacimento³.

¹ AS 808, a fianco, nella rubrica "Dal Parlamento".

² Ad esempio, GATTA, *Concorsi pubblici "turbati": per la Cassazione è configurabile l'abuso d'ufficio ma non la turbativa d'asta: un esemplare caso di vuoto di tutela che si prospetta con l'abrogazione dell'art. 323 c.p.*, in www.sistemapenale.it, 19 giugno 2023; DE FRANCESCO, *La riforma della giustizia e gli stratagemmi della politica*, in www.laegislazionepenale.eu, 10 luglio 2023.

³ Così, DONINI, *Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell'abuso d'ufficio*, in www.sistemapenale.it, 23 giugno 2023.

Sarebbe con ciò scoperto il vero intendimento di un governo di destra che si finge liberale, per disvelarsi debole con i forti ma forte con i deboli.

Riguardo a questa osservazione, però, vien da obiettare d'istinto che se davvero così fosse, si dovrebbe anche sostenere che la politica più liberale, o meno autoritaria, l'avrebbe attuata proprio il fascismo, allorché il testo originario del codice Rocco aveva messo la mordacchia ai pubblici ufficiali, punendoli indiscriminatamente quando: a) omettevano un qualunque atto del loro ufficio; b) prendevano un qualunque interesse privato nel compimento di un atto del loro ufficio; c) abusavano in qualunque modo del loro ufficio. Eppure quelle scelte non potevano considerarsi garantiste, perché 50 anni dopo questo schieramento di attacco a tre punte contro i terrorizzati pubblici ufficiali venne bersagliato dalla dottrina del diritto penale costituzionale-liberale, che lo prendeva come esempio a dimostrazione di come possano perpetrarsi abusi di tutela penale e lo aveva eletto a settore di esercitazione privilegiato per illustrare e sperimentare la funzione "critica" del bene giuridico⁴.

Tanto che la prima grande riforma democratica di sistema della parte speciale del Codice penale fu attuata nel 1990 proprio su questo terreno, smantellando quella formazione d'attacco così nutrita e lasciandone le vestigia al solo abuso d'ufficio.

Sappiamo poi come è andata negli anni a venire per le sorti di questa figura di "retroguardia": via via sempre più asciugata ed esangue⁵, fino a scomparire definitivamente oggi con il viatico del "progetto Nordio".

Ebbene, tornando ai contenuti del dibattito, si può bene essere contrari a siffatta definitiva abdicazione, per esempio considerarla una reazione eccessiva all'abuso dell'abuso che soprattutto gli uffici delle Procure hanno esibito dopo ogni ritocco della norma in senso restrittivo, ma la "narrazione" che impiega la bilancia libertà/autorità non sembra comunque convincente. Occorre sviluppare altri argomenti.

Al contrario, si può essere favorevoli, perché questo presidio di tutela del buon andamento e dell'imparzialità della p.a. nella pratica ha evidenziato co-

⁴ Si veda per tutti l'importante lavoro di RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la PA*, Milano, 1984, sulla scia del quale è stata avviata la riforma del 1990.

⁵ Si veda l'efficace e informato quadro in MATTEVI, *L'abuso d'ufficio. Una questione aperta. Evoluzione e prospettive di una fattispecie discussa*, Trento, 2022.

sti insostenibili in termini di efficacia dell'azione amministrativa e di giustizia sostanziale, indotti dalla difficoltà di forgiare parametri normativi adeguati quanto a determinatezza, in grado di contenere e guidare il sindacato del giudice penale. Ma, in questa contraria prospettiva, non si può – come invece si sente in ogni commento politico – enfatizzare la forbice che presenterebbero le statistiche quanto al rapporto tra procedimenti instaurati e procedimenti conclusi con la condanna degli imputati o le perorazioni di una categoria di politici-amministratori, che si proclama particolarmente attenzionata dalle Procure, invocando la necessità di scudi penali o immunità varie.

Una politica penale seria e autorevole, che punti a fornire soluzioni equilibrate nel coacervo degli interessi in gioco, ponderando i *pro* e i *contra* delle incriminazioni e delle scelte tecniche per realizzarle, non può prescindere da un esame nel sistema nel suo complesso. Non può ignorare che il penale è uno strumento estremamente delicato, quanto alla portata dei suoi effetti (processo-pena), ma anche quanto alla fragilità della sua tenuta.

Cancellare una norma incriminatrice, così come inserirne una di nuovo conio, costituisce operazione in ogni caso dirompente per l'equilibrio di un sistema già assestato, non solo basato su rapporti tra le norme rilevabili in astratto, ma rodato da un diritto vivente che quelle norme ha lavorato e messo in funzione.

Non è dunque di per sé “scandaloso” che il legislatore proceda per assestamenti, come ha dichiaratamente fatto con la figura dell'abuso d'ufficio, sperimentando formule sempre più restrittive e alla fine valutando che alla prova delle applicazioni giurisprudenziali non resta altro che eliminare la norma.

Ma la “reazione” alle applicazioni giurisprudenziali non deve prescindere dall'indagine sui motivi che le hanno determinate, dai bisogni di tutela che intercettano, dalla valutazione sulla tenuta complessiva del sistema. Non si tratta di togliere ai magistrati (soprattutto a quelli del p.m.) il loro giocattolo preferito nella “lotta” senza quartiere alla classe politica, dopo che le richieste di *self restraint* veicolate dapprima del 1997 e poi nel 2020 sono state agevolmente liquidate.

La politica penale non può ridursi ad una sfida della legge al giudice, tra chi ha più coggiutaggine o abilità.

2. *Depenalizzazioni*. Se ricostruiamo in questi termini la singolare storia dell'abuso "innominato" di atti d'ufficio e, in particolare, dei più recenti accadimenti, potremmo anche leggere nell'*abolitio criminis* annunciata dal Governo una ammissione di sconfitta: il riconoscimento di non essere riuscito a contenere il sindacato del giudice con le forme della legge e di aver deciso, allora, di porre fine al gioco con la prepotenza di chi può portarsi a casa il pallone! Un messaggio nel quale la forza sovrasta l'abilità; una reazione *ab irato* rispetto ad una questione di equilibri da trovare.

In effetti, la depenalizzazione dell'abuso d'ufficio sembra costituire un *unicum* nella storia degli interventi legislativi sul sistema penale delle incriminazioni. Se escludiamo le depenalizzazioni deflattive "generaliste" del 1989 e del 2016, nei casi più specifici il legislatore decide di cancellare una norma incriminatrice per due differenti ragioni: a) in seguito ad una valutazione di sopraggiunta eccedenza dello strumento penale rispetto allo scopo di tutela del bene che la norma realizza, quasi sempre conseguente ad una mutata sensibilità politico-ideologica verso quel bene o in ordine al bilanciamento degli interessi in gioco; b) nell'ambito di un'operazione di "riassetto" della materia, anche con formulazione di nuove norme chiamate ad assumere su di sé il compito di tutela di quel bene, quindi in una prospettiva di miglioramento di efficacia e di qualità. Per restare al Codice penale e pensando a tempi recenti, esempio del primo tipo è la cancellazione del delitto di oltraggio previsto nell'art. 341 c.p. (v. art. 18 L. 25 giugno 1999, n. 205), poi però reintrodotta con sembianze mutate, seppur con lo stesso nome nell'art. 341 *bis* c.p. (v. art. 1, comma 8, L. 15 luglio 2009, n. 94); esempio del secondo tipo è la cancellazione del delitto di interesse privato in atti d'ufficio previsto nell'art. 324 c.p. (v. art. 20 L. 26 aprile 1990, n. 86), i cui contenuti sono stati "rispalmati" altrove, ma non "ripudiati".

Una vera e propria "depenalizzazione" o "decriminalizzazione" si ha solo nella prima ipotesi, perché nella seconda piuttosto l'operazione è il frutto di una valutazione più tecnica che politica.

Ebbene la proposta di cancellazione dell'art. 323 non appartiene né all'una né all'altra tipologia: non alla prima, perché non si può rinvenire nelle dichia-

razioni politiche, ma anche nella stessa peculiare storia legislativa della norma, alcuna volontà assiologica o ideologica di dismettere lo strumento penale per colpire favoritismi indebiti o prevaricazioni da parte del pubblico agente, sostenendo la liceità di condotte di strumentalizzazione della funzione a questi fini; non alla seconda, perché, trattandosi di norma residuale applicabile solo sussidiariamente, alla sua eliminazione, per definizione, non dovrebbero conseguire - almeno in linea teorica - espansioni della portata di altre norme in grado di assolvere allo stesso lavoro. È un vuoto che non si dovrebbe prestare a essere riempito altrimenti.

3. *La misura è colma, signori pm!* Quale è, allora, la *ratio* politico-criminale che spinge l'annunciata *abolitio criminis*?⁹ La decisione politica sembra costituire l'esito di un bilancio su un'esperienza di più di 25 anni di diritto vivente. A partire dalla fine dello scorso secolo si avvertì la necessità di tracciare l'abuso innominato con contorni tipici più marcati, in modo da indirizzare e restringere il sindacato del giudice penale, nella convinzione che il favoritismo e le prevaricazioni andassero colpiti, ma curando di bilanciare gli inconvenienti di un sindacato senza limiti che rischiava di mettere in discussione la separazione dei poteri, in una stagione di forte tensione tra la politica e la magistratura.

Il tentativo di affinare quei limiti attraverso una formula normativa più restrittiva compiuto nel 2020 non ha avuto grande successo, né di critica, né di ... pubblico.

Di qui la decisione di rinunciare *tout court* all'incriminazione di favoritismi e prevaricazioni, data l'impossibilità di governare con formule normative soddisfacenti il potere di un giudice, che, in uno scenario tutt'altro che politicamente sedato, avrebbe mostrato scarsa propensione a penetrare le ragioni del contenimento.

È come se il tempo a disposizione della magistratura per recepire il senso delle modifiche alla fattispecie fosse scaduto. Un a sorta di resa inevitabile.

Si tratta di ragioni fondate o di un pretesto per conquistare spazi di libertà di azione al riparo dalle insidie dei processi e a scapito del buon andamento e dell'imparzialità?

Intanto, al di là delle polemiche sulle statistiche, l'orientamento "estensivo" sembra essere addebitabile più ai pm che ai giudici, data la forbice che tutti evidenziano tra il numero dei procedimenti aperti e quello delle sentenze di condanna per abuso d'ufficio. Il che non sarebbe di per sé meno preoccupante in prospettiva "garantista" poiché è sotto gli occhi di tutti che sobbarcarsi anche solo un processo - soprattutto con i consueti tempi lunghi della giustizia italiana - significa già scontare una pena, la quale spesso è subito definitiva per l'impatto mediatico e per l'incidenza pratica che riscontra la semplice pendenza processuale nei confronti di un soggetto investito di una carica pubblica.

Se dunque la misura estrema ipotizzata dal "progetto Nordio" fosse semplicemente rivolta ad abbattere il rischio del processo invece che quello della condanna non dovremmo per ciò solo gridare allo scandalo.

E, tuttavia, si può fondatamente concludere che non vi sia nessuna altra soluzione diversa dall'abrogazione *tout court* della norma incriminatrice per contenere la voracità espansiva dei pm, che il governo abbia imboccato una strada dettata dall'*extrema ratio*, che si tratti di un "male" necessario se si vogliono salvaguardare altri e più nobili ideali di civiltà?

Non me la sento di rispondere affermativamente a queste domande. Per una ragione, vorrei dire, "di contesto". Perché mi sembra che in questa scelta politica abbia dominato il clima di lotta tra magistratura e politica (mai cessato da almeno trent'anni e solo "sopito" nei periodi dei governi tecnici), la necessità di quest'ultima di mandare un segnale di forza all'avversario, di testimoniare "chi comanda" nel gioco della giustizia penale. Insomma, chi è il proprietario del pallone, per rimanere nella metafora di prima. Il che è esattamente ciò di cui non ha bisogno il sistema dei delitti e delle pene, che la storia e la filosofia hanno dimostrato in grado di funzionare solo se calato su un consenso politico stabile e su un'aura di autorevolezza che va oltre le stagioni delle campagne elettorali e dell'atmosfera del "tifo da stadio"⁶.

⁶ Per spunti, volendo, BRUNELLI, *Giustizia penale e agone politico: quando il contrasto interpretativo si scioglie nel tifo da stadio*, in *Arch. pen.*, 2020, 1, 15 ss.

4. Abrogatio sine (*totale*) abolitio.⁹ Insomma, la mia impressione “a caldo” è che di fronte all’indubbia necessità di fare il punto sul tema delle incriminazioni “di frontiera” in materia di delitti dei p.u. contro la p.a., e, tra questo, sul capitolo rovente dei limiti di incriminazione di favoritismi e prevaricazioni non supportati da compenso corruttivo, la drastica scelta abolitrice sia stata compiuta più d’istinto che sulla base di un attendibile calcolo costi-benefici. Che sia frutto di una aspirazione “simbolica” invece che vettore di un messaggio razionale.

Invero, se si fosse svolto un ragionamento più pacato, si sarebbe dovuto mettere in conto che la “reazione” dei pm all’abolizione sarà con ogni probabilità allineata rispetto alla reazione già esibita dopo il ridimensionamento della norma operato nel 2020. Vale a dire, darà vita a un preoccupante rigonfiamento estensivo delle fattispecie di contorno rispetto all’abuso d’ufficio, le quali nella vigenza della norma “sussidiaria” non avevano ragione di fuoriuscire dal loro letto, proprio perché quella norma di chiusura garantiva una sorveglianza complessiva dell’intero territorio di frontiera.

Ebbene, una volta che è stato “licenziato” il sorvegliante non è difficile pronosticare che il controllo su buon andamento e imparzialità della p.a. da parte della magistratura impieghi strumenti succedanei non meno invasivi e preoccupanti. Penso alle figure del falso in atto pubblico (art. 479 c.p., ampliato dall’art. 48 c.p.), pronte a gonfiarsi di attestazioni implicite, di atti pubblici immateriali o comunque del tutto privi di ceralacca e timbri; della rivelazione e dell’avalimento di notizie segrete (art. 326, commi 1 e 3, c.p.), nelle quali le condotte tipiche e il loro oggetto si prestano a trasfigurazioni fantasmagoriche; dell’omissione e rifiuto di atti dell’ufficio, già mirabilmente sganciate nel diritto vivente dal non felice recinto letterale costruito nell’art. 328 c.p.; della turbativa d’asta (art. 353 e 353 *bis* c.p.), ricondotte per ora dalla Cassazione alle sole “gare” pubbliche, ma già sperimentate dai pm nella galassia dei “concorsi” per assunzione, e connotate da contrassegni formali tutt’altro che sufficientemente determinati («turba» la gara o il procedimento amministrativo; «altri» mezzi fraudolenti).

La perseguibilità penale di favoritismi e prevaricazioni sarà affidata – almeno nelle Procure – all’operatività nei singoli casi concreti di queste fattispecie

“contigue”, le quali inevitabilmente potranno colpire a macchia di leopardo, quindi casualmente: non per la eventuale maggiore gravità del favoritismo o della prevaricazione, ma per la circostanza estrinseca che la condotta illecita possa “appoggiarsi” su un atto pubblico, su una gara, su un contegno omissivo, su una pseudonotizia. Il risultato, dunque, non sarà prevedibilmente dei migliori sul piano della giustizia sostanziale: molti processi contro le “vittime privilegiate” dei denunciati abusi giudiziari (sindaci, amministratori locali, dirigenti e burocrati) saranno ugualmente apparecchiati, salvo esito finale favorevole a distanza di anni, in barba a qualsiasi miraggio di scudo o immunità penale. Altri processi saranno dribblati solo per la fortuita coincidenza che il favoritismo o la soverchieria non avranno attraversato modalità tali da attivare, neppure da lontano, i meccanismi tipici delle fattispecie contigue. Non solo, ma all’eventuale fuoriuscita dal circuito penale di casistica di “frontiera” non terrà dietro una parallela fuoriuscita da altri temibilissimi circuiti, primi fra tutti quelli della responsabilità contabile e della responsabilità disciplinare, alle volte più rapidi e diretti. Anche sotto questo profilo non è da escludere un effetto “rimbalzo” o “di compensazione”.

5. *Sperimentare.* Più che proclamare un’illusoria generalizzata depenalizzazione di condotte che si risolvono in strumentalizzazione dei poteri senza comportare tangenti o contropartite di vario genere, se si sostiene – come oggi esprime il disegno di legge governativo – che una figura di chiusura onnicomprensiva sia insostenibile sul piano tecnico perché troppo indeterminata, e sia incontenibile sul piano politico-giudiziario perché in grado di suonare gli spartiti più imprevedibili, arbitrariamente minando la scena della contesa politica, mi sembra che contemporaneamente bisognerebbe prendere atto della insopprimibilità “ontologica” del bisogno di tutela dei soggetti colpiti da favoritismi e soverchierie. Di conseguenze riconoscere che il vero problema di politica penale sia quello di evitare che tale bisogno di tutela si esprima in modo casuale, puntiforme, occasionale, oltre che liberamente gestito dall’arbitrio dei pm.

Se questo è il punto di caduta, occorrerebbe allora piuttosto pensare a criteri selettivi in grado di assecondare siffatto bisogno e contemporaneamente di

evitare gli inconvenienti tecnici e politici della ormai impresentabile fattispecie innominata. In fondo, la sua storia (unica) dimostra che il legislatore ha costantemente operato per “selezionare” le condotte tipiche, estraendole dall’indistinto, per ridurre al massimo quegli inconvenienti. Ma non c’è sinora riuscito. Né può riuscirci con l’apparente futura *abolitio criminis*, se non ho sbagliato il pronostico.

Dunque, la strada più convincente mi sembrerebbe quella di esplorare un criterio selettivo, non più come sinora per tipologie di condotta (da ultimo: condotte vincolate da condotte discrezionali), ma per tipologie procedimentali, marcando con lo strumento penale quelle forme di espressione delle funzioni pubbliche maggiormente delicate, perché più esposte al favoritismo e alla prevaricazione.

Per esempio, le gare pubbliche, i concorsi, le concessioni, autorizzazioni, licenze, permessi, nonché le largizioni di denaro pubblico.

Il mostro tentacolare sarebbe smembrato in favore di scelte mirate di tutela penale da calibrare attentamente rispetto al canone della determinatezza e della efficacia.

Difficile che funzioni? Può darsi, ma secondo me - prima di portare a casa il pallone - un tentativo andava (andrebbe) fatto in questa direzione.