

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

12/2024

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti.

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Andrea Abbagnano Trione, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Enrico Mario Ambrosetti, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Enrico Basile, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Carlo Bonzano, Matilde Brancaccio, Carlo Bray, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Gaia Caneschi, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Carlotta Conti, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Jacopo Della Torre, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Stefano Finocchiaro, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Giorgio Lattanzi, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Adelmo Manna, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Francesco Mazzacuva, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Bartolomeo Romano, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scarioina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia.

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Silvia Bernardi, Pietro Chiaraviglio, Beatrice Fragasso, Cecilia Pagella, Emmanuele Penco, Gabriele Ponteprino, Tommaso Trincherà.

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2023, p. 5 ss.

CONFLITTO DI INTERESSI E ABUSO DI UFFICIO: PROBLEMI APERTI TRA AMMINISTRAZIONE E COSTITUZIONE (*)

di Enrico Carloni

Lo scritto riflette sugli effetti, sul sistema amministrativo ed in particolare sull'impianto, già frammentario, dei conflitti di interesse e dei connessi obblighi di astensione, dell'abrogazione del reato di abuso di ufficio. In termini più complessivi l'A. esamina il problema della capacità del sistema dei presidi amministrativi di reggere di fronte all'arretramento del controllo penale sull'abuso di potere pubblico, evitando perdite di tutela: la risposta negativa porta a riflettere sulla compatibilità costituzionale di una riforma che porta con sé l'incapacità dell'ordinamento nel suo complesso di rispondere ad un bisogno fondamentale di garanzia del cittadino, che costituisce l'ossatura portante del disegno liberale e democratico già prima di essere centrale per la tenuta del progetto costituzionale.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il “posto” dell’abuso di ufficio nel sistema dei conflitti di interesse. – 3. Un problema (ampio) di costituzionalità. – 4. Una serie di questioni più specifiche. – 5. Il problema della compatibilità con i “vincoli internazionali”. – 6. Considerazioni conclusive e di sistema.

1. Premessa.

La riforma “Nordio” (legge n. 114 del 2024), nel prevedere l’abolizione del reato di abuso di ufficio sin qui disciplinato dall’articolo (più volte manomesso) 323 del codice penale, ha prodotto una serie di effetti sistemici che vanno al di là della sola disposizione abrogata. Questo anzitutto perché, proprio in ragione del suo venir meno e quindi per le conseguenze concrete che ne derivano in termini di perdita di tutela, gli interpreti non possono non cogliere, ed anzi sono posti con forza di fronte a questa evidenza, il valore portante della figura di reato di cui pure si è pensato e disposto il superamento. Ci sono vuoti che si fanno sentire, istituti sottovalutati che mostrano la propria funzione proprio quando vengono meno, si manifestano e si rivelano. Questa pare la traiettoria dell’abuso di ufficio, oggetto di una narrazione schiacciata sui dati relativi alle condanne definitive, ma perno della legalità dell’amministrazione.

(*) Questo scritto riprende e sviluppa la relazione “*Quale controllo sull’abuso di potere*”, al convegno *Abuso di potere e Costituzione* (Perugia, 9 dicembre 2024), nel quadro del Prin 2022 Integra PA – *Effettività e integrazione delle politiche anticorruzione*.

Questo, per più motivi, che solo in parte si esauriscono nel perimetro del diritto penale. Per il suo carattere residuale, quindi in quanto rivolta a dare garanzia al cittadino di fronte all'abuso di potere anche quando questo non risultava inquadrabile in più specifiche e maggiormente tipiche figure di reato. Per il suo essersi fatta carico, nel corso del tempo, di altre ipotesi di reato di non secondaria importanza ma confluite nel reato di abuso di ufficio: tra queste in particolare quelle di interessi privati in atti di ufficio e di peculato per distrazione (e, da ultimo, anche dei favoritismi nei concorsi pubblici¹). Per il suo rispecchiare sul versante delle responsabilità del funzionario, anche e proprio perché *di chiusura*, quel valore costituzionale fondamentale che è legato al rifiuto di atti arbitrari del pubblico ufficiale e trova manifestazione nella scelta del ripristino della scriminante della reazione contro questi tipi di atti sin dalla stagione dei decreti luogotenenziali.² Per il suo ruolo portante nell'orientare le condotte del funzionario affermando, dal punto di vista non solo penale ma culturale, il rifiuto di un uso "a fini personali" del potere pubblico. Per il suo stretto dialogo con la figura di reato del traffico di influenze illecite (che è "svuotato", "strozzato", "soffocato"³ in termini applicativi⁴, in particolare dall'assenza di un illecito legato a forme di favoreggiamento o prevaricazione non collegate a dazioni di vantaggi economici).

La questione principale, dal nostro punto di vista, è in ogni caso relativa al rapporto che sussiste(va) tra abuso di ufficio e "sistema" dei conflitti di interesse, ponendosi il reato come snodo rilevante per la tutela sostanziale dei cittadini di fronte a decisioni assunte in violazione dell'obbligo di astensione.

Non mi soffermerò sulle ragioni che hanno accompagnato la scelta riformatrice, salutata con favore da un mondo istituzionale che va anche al di là di quello strettamente riconducibile alla maggioranza di governo (è nota in particolare la posizione di molti sindaci e di Anci⁵). In altra occasione sarà interessante ritornare sul discorso sulla burocrazia difensiva: ripercorrendo la formula dell'abrogato art. 323 viene però da chiedersi se possa essere considerato un problema il fatto che il funzionario pubblico

¹ Cfr. es. in materia ora V. Maiello, *Turbata libertà degli incanti, concorsi pubblici divieto di analogia in "malam partem"*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 3, 2024, pp. 696 ss.; I. Fina, *Concorsi pubblici "turbati": il divieto di analogia "in malam partem" impedisce la configurabilità del delitto di turbativa d'asta*, in *Diritto penale e processo*, n. 1, 2024, pp. 57 ss.

² Come ricorda ad esempio R. Cantone, [Ancora in tema di abuso d'ufficio e traffico di influenze illecite \(d.d.l. Nordio\)](#), in *questa Rivista*, 19 settembre 2023.

³ Cfr. G.L. Gatta, [La legge Nordio e il "soffocamento applicativo" del traffico di influenze illecite. Tra parziale abolitio criminis e profili di illegittimità costituzionale per violazione di obblighi internazionali](#), in *questa Rivista*, 16 luglio 2024.

⁴ Tanto da far ritenere che sussistano ragioni per rimettere alla Corte costituzionale la valutazione sul mancato rispetto dei vincoli internazionali sul punto assunti dall'Italia: cfr. Procura di Roma, memoria del 2.12.2024, p.m. Tucci e Ielo.

⁵ L'importanza della pressione dei sindaci è rimarcata ad esempio da R. Garofoli, [La annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: le preoccupazioni dei sindaci tra Pnrr e rilancio della macchina dello stato](#), in *questa Rivista*, 27 marzo 2023; va segnalato, da ultimo, che proprio di fronte ai sindaci riuniti in assemblea dell'ANCI (22 novembre 2024) la Presidente del Consiglio, Giorgia Meloni, ha rivendicato l'abrogazione del reato ed il complessivo intervento sulle responsabilità degli amministratori ("abbiamo fatto nostra una battaglia storica dell'Anci").

possa avere il timore di operare nella consapevole violazione della legge favorendo o svantaggiando indebitamente mentre omette di astenersi in una situazione di conflitto di interessi. E non mi soffermerò neppure sul fatto che dopo la riduzione drastica dell'ambito applicativo del reato da parte della riforma "Conte" del 2020, il problema di eccessiva "genericità" era dunque invero da ritenere superato, ponendosi semmai l'opposto problema della "scopertura" di condotte abusive discrezionali se non in conflitto di interessi.

2. Il "posto" dell'abuso di ufficio nel sistema dei conflitti di interesse.

La disposizione ora abrogata disponeva in particolare, come noto, che il reato potesse configurarsi a fronte della volontà cosciente di arrecare un danno ingiusto o un ingiusto vantaggio patrimoniale "omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti". Le situazioni extrapenali tipizzate di "conflitto di interessi" acquistano, dunque, un rilievo diretto entrando ad integrare la fattispecie penale. Da questa integrazione le disposizioni sui conflitti di interesse ricavano non solo maggiore rilevanza, ma traevano effettiva consistenza: questo aspetto è rilevante ai fini del nostro discorso e merita di essere meglio spiegato.

La sistematica dei conflitti di interesse, della quale è peraltro noto il carattere frammentario⁶, poggia su una molteplicità di disposizioni che individuano specifiche situazioni che comportano il dovere di astensione, diversamente declinate per gli organi collegiali (attingendo a principi generali desunti dalla giurisprudenza a partire dalle disposizioni del Testo unico degli enti locali), per i commissari in sede di concorso (qui con applicazione dei principi dell'art. 51 del codice di procedura civile), per chi opera nel campo dei contratti pubblici (in via generale, ora art. 16, codice dei contratti), ma soprattutto, per la generalità dei funzionari burocratici, dal codice di comportamento dei dipendenti pubblici, oltre che in altre previsioni specifiche (si pensi a quelle contenute nella legge "Frattoni", sui conflitti di interessi dei membri del Governo). L'art. 6 bis della legge 241 del 1990 proietta in modo esplicito sul regime di legittimità degli atti gli effetti della mancata astensione. Si trattava dunque di una regolamentazione del conflitto di interessi, già prima della riforma Nordio che come vedremo incide in senso negativo su di esso, suscettibile di un "ampio margine di miglioramento": un sistema troppo complesso, scarsamente trasparente, con ampi "vuoti" (sia per quanto attiene ai doveri di astensione che per quanto riguarda quelli di dichiarazione), complessivamente poco efficiente. Da qui l'esigenza di una sua revisione: in particolare, l'introduzione di

⁶ In tempi non sospetti definivamo quello dei conflitti di interesse "un quadro normativo frammentario e non sempre coerente" (E. Carloni, *L'anticorruzione. Politiche, regole, modelli*, Bologna, Il Mulino, 2023, p. 149). Sull'esigenza di una riforma della materia, si v. es. già R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2020, che giudica l'impianto, anche dopo le innovazioni frutto del sistema di anticorruzione che deriva dalla legge n. 190 del 2012, poco organica, tale che "resta [...] avvertita l'esigenza di una disciplina complessiva"; cfr. R. Cantone, F. Merloni, *Conflitti di interesse: una diversa prospettiva*, in *Diritto Pubblico*, n. 3, 2019, pp. 879 ss.

“verifiche sostanziali”⁷ e di “sanzioni efficaci, proporzionali e dissuasive”⁸ per le situazioni di conflitto di interessi è tra le raccomandazioni del Greco che precedono l’abrogazione della figura di reato.

Quali i “filtri” di fronte ad una situazione di conflitto di interessi: in primo luogo lo stesso funzionario, chiamato a riconoscere e segnalare situazioni diverse, ora “documentate e documentabili” (come, ad esempio, nel caso di decisione che interessi il proprio coniuge) ora meno auto-evidenti e meno facilmente accertabili (si pensi a casi di forte amicizia o grave inimicizia). In secondo luogo, la struttura, ed in particolare il dirigente (che sarà poi chiamato a gestire le situazioni di conflitto), che risente di un deficit conoscitivo però maggiore di quella del funzionario.

Il pilastro della tenuta delle situazioni di conflitto di interesse finisce per risiedere in ultima istanza sulle dichiarazioni di assenza di conflitti di interesse che accompagnano, ove previste, i diversi passaggi procedurali ed il ruolo che in questi assumono i funzionari, con possibili controlli delle dichiarazioni tramite però meccanismi di verifica puramente documentali (talvolta affidati persino a ulteriori dichiarazioni). Dichiarazioni che, se rese (come nel caso, ad esempio, dei componenti di commissioni di concorso) rendono ancora rilevante in termini penali la questione: non più per omessa astensione in situazione di conflitto, ma per falsa dichiarazione di assenza di conflitti di interessi. Va detto però che, fuori dalle dinamiche concorsuali, nella quotidianità dell’azione pubblica il funzionario non sempre è messo di fronte all’esigenza di rendere costantemente queste dichiarazioni, né la loro moltiplicazione appare auspicabile.

L’amministrazione dispone di limitati strumenti conoscitivi che vadano al di là di queste autodichiarazioni, delle quali è avvertito spesso l’inutile formalismo. Una prospettiva su cui lavorare è quella dell’integrazione di banche dati e lo sviluppo di sistemi di *red flags*. Sarebbe poi interessante investigare a fondo i dati relativi al possibile ruolo del *whistleblowing* (che però fino alla recente riforma risultava pochissimo praticato), od alla capacità del processo amministrativo di far emergere situazioni non meramente formali di conflitto di interessi⁹ (tramite il ricorso a mezzi di prova plurali), od alle (sin qui carenti) potenzialità della trasparenza come risposta e quindi contrasto di queste situazioni.

Non può però nascondersi il fatto che è stato finora essenzialmente il controllo penale, attraverso le indagini per ipotesi di reato di abuso di ufficio, a consentire di investigare la presenza di situazioni sostanziali di conflitto di interessi. Una volta conosciute grazie all’indagini penali, le situazioni di omessa astensione potevano poi

⁷ Per quanto attiene agli obblighi di dichiarazione, ferma la loro non piena riferibilità alle diverse figure di funzionario rilevanti, il Greco raccomanda in ogni caso “che tutte le dichiarazioni presentate da persone con funzioni dirigenziali di alto livello siano soggette a verifiche sostanziali” (Greco, *Quinto ciclo di valutazione, Prevenzione della corruzione e promozione dell’integrità nei governi centrali (funzioni esecutive di alto livello) e nelle forze dell’ordine. Rapporto di Valutazione sull’Italia*, Eval 5 Rep (2023)5, adottato il 25 marzo 2024, § 115).

⁸ Si v. Greco, *Quinto ciclo di valutazione*, cit., § 127.

⁹ In questo senso si v. le *relazioni* al convegno *Abuso di potere e pubblica amministrazione*, rispettivamente di M. Falcone, G. Pettinari, C. Cudia.

riflettersi sul regime dell'atto amministrativo e su altre forme di responsabilità (*in primis* disciplinare, ma anche amministrativo-contabile).¹⁰

Il venir meno del controllo penale rende, in sintesi, formalistico il sistema dei conflitti di interesse¹¹: ci troviamo di fronte ad una "sterilizzazione di fatto" del conflitto di interessi non auto-evidente (usando l'espressione utilizzata da Mongillo con riferimento alla doppia riforma che investe il traffico di influenze¹²). Cogliamo qui, anche da questo parziale angolo visuale, quanto fosse poco sincera la relazione di accompagnamento del disegno di legge Nordio¹³ quando, non arrivando al punto di ritenere lecite le condotte di abuso di potere, affermava la capacità dei sistemi di controllo amministrativo e di prevenzione della corruzione di assicurare una senza arretramenti" ¹⁴ la tenuta sul fronte della protezione del cittadino.

È, in sostanza, evidente l'arretramento del sistema di contenimento e contrasto delle situazioni di conflitto di interesse, il che è tanto più preoccupante se pensiamo al fatto che già la lettura del sistema previgente evidenziava l'inadeguatezza del quadro normativo italiano su questo fronte.¹⁵ La "promessa" della riforma, di una sostituzione tra contrasto penale e contrasto amministrativo senza perdite sostanziali di tutela¹⁶ è smentita su tutti i fronti, ma lo è qui in particolare già sul versante cognitivo: la pubblica amministrazione, anche quando disponesse di strumenti efficaci per rimediare alle sue decisioni assunte in conflitto di interessi e sanzionare il responsabile, non è dotata di leve conoscitive adeguate che le permettano di entrare nel vivo delle relazioni sostanziali (di vicinanza, simpatia, interesse, clientela, nei termini pure inquadrati dalle diverse fattispecie rilevanti). In disparte il discorso sul perimetro soggettivo (inadeguato, in quanto limitato al solo personale burocratico) del regime di astensione che fa capo al codice di comportamento, la questione è la assenza (salvo che il discorso non si leghi allo stimolo penale) di "un meccanismo credibile ed efficace di supervisione e di sanzione"¹⁷ sui codici di condotta.

Dopo un quinquennio di progressivo indebolimento del sistema di prevenzione della corruzione, è d'altra parte forse ottimistico ritenere che possano essere le limitate funzioni dei responsabili di prevenzione della corruzione, gli indeboliti meccanismi preventivi fondati su piani di prevenzione resi meno effettivi dalla loro integrazione nei "PIAO" (Piani integrati di attività e organizzazione), il ruolo sempre meno avvertito (e

¹⁰ Si v. in questo senso le *relazioni* al convegno *Abuso di potere e pubblica amministrazione* di F. Merenda e L. Mercati.

¹¹ Si v. la *relazione* di L. Pianesi al convegno *Abuso di potere e pubblica amministrazione*.

¹² V. Mongillo, [Splendore e morte del traffico di influenze illecite](#), in *questa Rivista*, 22 marzo 2024.

¹³ *Relazione al d.d.l. n. 808, del 2023, del Ministro della giustizia (Nordio) e dal Ministro della difesa (Crosetto), recante Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare*.

¹⁴ Nella *Relazione al d.d.l. n. 808* si legge infatti che "l'insieme organico dei rimedi preventivi, approntati anche in sede di controllo amministrativo, e repressivi, di natura penalistica, disciplinare, contabile ed erariale, consente di assicurare una completa tutela degli interessi pubblici, *senza arretramenti*" (p. 3, enfasi aggiunta).

¹⁵ Tra gli altri v. es.

¹⁶ Si v. sul punto già E. Carloni, *L'abuso di potere, tra contrasto penale e contrasto amministrativo: i limiti dell'anticorruzione amministrativa*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 2, 2024, pp. 637 ss.

¹⁷ Così di nuovo Greco, *Quinto ciclo di valutazione*, cit.

forse anche sempre meno esercitato) di ANAC, a poter rispondere in termini efficaci alle esigenze connesse alle nuove sfide.¹⁸

3. Un problema (ampio) di costituzionalità.

Se questo è vero, come mi pare difficilmente contestabile, il problema è evidente: una riforma che rende non più perseguibili condotte di cui pure si continua a riconoscere il disvalore, che è palmare Costituzione alla mano, non trova se non in termini retorici una compensazione nelle risorse dei controlli e dei meccanismi amministrativi, sui quali comunque non si interviene.

Questo mentre la dimensione procedurale è stata oggetto di riforme di semplificazione che ne hanno ridimensionato, ed in alcuni casi svuotato, la funzione: questo in particolare nel campo dei contratti pubblici, specie grazie all'apertura amplissima a soluzioni senza-gara (in quanto tali non configurabili neppure nel campo visuale del reato di turbativa d'asta).¹⁹ Non che non rimanga una farraginosità e pesantezza delle procedure, ma paradossalmente questa si annida in ogni interstizio dell'azione pubblica salvo poi cedere il passo a vuoti procedurali proprio laddove si opera in contesti più delicati e si decide l'assegnazione di appalti con affidamento diretto.

Tanto più a fronte del ridursi di riferimenti procedurali, ma comunque in termini complessivi, non può d'altra parte essere il ricorso giurisdizionale al giudice amministrativo la risposta ai perduti meccanismi di tutela: perché ad animare il ricorso è l'interesse proprio del ricorrente e non certo l'interesse pubblico all'integrità e imparzialità dell'amministrazione, perché i ricorsi al Tar sono costosi (con effetti quindi censitari quanto a tutela di fronte ad abusi di potere pubblico), perché il potenziale ricorrente si trova spesso in una situazione di deficit conoscitivo che è anche maggiore di quella dell'amministrazione (il che si riflette tanto sulla propensione al ricorso, a fronte di atti che formalmente potrebbero apparire corretti, ma anche sull'orientamento all'accertamento dei fatti nel processo).

In tutto questo, il principio di "fiducia nell'azione corretta e legittima dell'amministrazione" di cui parla ora, con aspirazioni sistemiche²⁰, il nuovo codice dei contratti²¹, diventa una sorta di cambiale in bianco che si fonda essenzialmente

¹⁸ Si v., per un bilancio (e un check up dello stato) dell'anticorruzione, il numero speciale di *Istituzioni del federalismo*, n. 3 S, 2023. Si v. inoltre da ultimo, per una prospettiva complessiva dell'evoluzione dell'anticorruzione nelle sue diverse "stagioni", F. Merenda, *La parabola dell'anticorruzione in Italia. Un percorso segnato da riforme e controriforme amministrative*, in S. Curti (a cura di), *Da Milano a Genova. Corrotti e corruttori da Tangentopoli ad oggi*, Bologna, Il Mulino, 2024, pp. 47 ss.

¹⁹ Cfr. es. P. Adesso, L. Miconi, *Affidamenti diretti: la rilevanza penale è definitivamente preclusa?*, in *Urbanistica e appalti*, n. 2, 2023, pp. 175 ss.; G.M. Racca, *Abuso d'ufficio e contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, n. 16, 2024, pp. 291 ss.

²⁰ Si v. ampiamente E. Carloni, *Verso il paradigma fiduciario? Il principio della fiducia nel nuovo codice dei contratti e le sue implicazioni*, in *Diritto Pubblico*, n. 1, 2024, pp. 131 ss.

²¹ Art. 2, c. 1, d.lsg. 31 marzo 2023, n. 36 (Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge

sull'assenza di controlli. Il che, inevitabilmente, alimenta ulteriore sfiducia, peraltro già molto bassa in Italia stando alle rilevazioni in materia, rispetto al funzionamento delle istituzioni.

Si tratta dunque di riforme apertamente contraddittorie, ma che soprattutto lasciano scoperte sul fronte dei meccanismi di garanzia situazioni di particolare gravità, come segnalato in ambito scientifico ed ora anche nel dibattito pubblico: la furia abolitrice alimentata da un discorso pubblico e politico legato a nervi scoperti nel rapporto tra politica e magistratura, ha rimosso un reato che, nelle diverse formulazioni, era alle fondamenta dello Stato liberale e di quello democratico.

Sia che si colga la questione dal lato del divieto di prevaricazione, sia che lo si faccia da quello del rifiuto di interessi privati, e quindi pur al variare delle formulazioni, la presenza di un controllo penale sull'abuso di potere pubblico è dunque alla radice dell'idea di Stato di diritto, proprio a garanzia dell'effettività delle libertà e dei diritti dei cittadini. Ma non è questa la sede per ripercorrere le antiche tradizioni dell'istituto. E come appaia di converso radicale l'idea di abolire un reato che già era stato sin troppo ridimensionato dalla riforma del 2020.

Questo *in primis* rispetto all'abuso in danno: il divieto di prevaricazione (il rifiuto di "angherie") muove sin dal Codice Napoleone del 1810, passa attraverso il Codice per lo Regno delle Due Sicilie del 1819, per giungere, infine, al Codice Zanardelli del 1889 e quindi accompagnare la storia del Regno d'Italia, proprio per proteggere dagli abusi del potere esecutivo "le emergenti libertà individuali dei cittadini".²² A prescindere dalla sua fondatezza storica, la nota storia del "giudice a Berlino" ci parlava già, a ben vedere, di una vicenda di abuso di potere (si può dire di abuso in danno, a scapito del povero mugnaio di Potsdam).

Nel discorso sull'abuso di potere si intrecciano d'altra parte le questioni della protezione dalla prevaricazione, ma anche la non meno centrale questione della cura dell'interesse generale. Si può risalire, qui, fino alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino (art. 12): "la garanzia dei diritti dell'uomo e del cittadino ha bisogno di una forza pubblica; questa forza è dunque istituita per il vantaggio di tutti e non per l'utilità particolare di coloro ai quali essa è affidata". Se la legge è volontà generale, la sua esecuzione non può piegarsi agli interessi propri del funzionario.

Venendo all'oggi, in letteratura si riconosce la presenza, nelle Carte costituzionali, di un principio di anticorruzione (così lo chiama Teachout²³), che consiste esattamente nel rifiuto di decisioni pubbliche guidare da interessi propri del funzionario (*rectius* nel "dovere di agire nell'interesse pubblico e per il bene comune", come ricorda anche l'ordinanza di rimessione di Teramo²⁴). Si tratta di un principio che si può leggere ad esempio bene nell'art. 98 della Costituzione, quando si parla di "servizio esclusivo"

21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici), la cui valenza sistemica è confermata dall'art. 4 dello stesso codice.

²² Cfr. A. Satta, *L'evoluzione legislativa: dall'abuso innominato all'attuale formulazione dell'art. 323 c.p.*, in A.R. Castaldi, M. Naddeo (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Torino, Giappichelli, 2021.

²³ Z. Teachout, *The Anti-Corruption Principle*, in *Cornell Law Review*, 94, 2009, pp. 342 ss.

²⁴ Trib. Teramo, ord. 22.11.2024, Pres. Di Valerio, Est. Ursini

alla Nazione: Merloni, in tempi non sospetti, proponeva appunto di rileggere “Nazione” come “interesse pubblico”.²⁵ Ma non è solo questo principio di “esclusività” a porsi come riferimento in questa prospettiva: si pensi all’art. 54, sul quale torneremo, od ai principi di imparzialità e di buon andamento scolpiti nell’art. 97 della Costituzione. Ma lo stesso principio di legalità, la tutela dei diritti fondamentali, l’eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla (applicazione della) legge, la ricerca di effettiva condizione (“di fatto”) di eguaglianza come stella polare che deve guidare i pubblici poteri, il principio di “cura”.²⁶ Lo Stato di diritto entra in fibrillazione se il funzionario non è spinto ad orientare la sua condotta alla cura degli interessi della comunità.

Nell’art. 1, c. 2, del d.l.gs. 33 del 2013²⁷ si esplicita il rilievo strutturale che ha la trasparenza²⁸: lo stesso può dirsi per questo principio di anticorruzione, anch’esso non solo manifestazione implicita ma non per questo meno evidente di altri principi espressi (imparzialità, esclusività, buon andamento, affidamento e fiducia, disciplina e onore, responsabilità, “servizio”) e impliciti (fiducia, trasparenza, integrità e lealtà) ma, di nuovo, “condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali”, ed al pari chiamato ad integrare “il diritto ad una buona amministrazione” e a concorrere “alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino”.²⁹ Il richiamo, che la legge formula nel rapporto con la trasparenza, al principio di “buona amministrazione” è particolarmente pregnante ai fini del nostro discorso, se è vero, attingendo alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione, che ogni individuo “ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale” (art. 41.1).³⁰

L’amministrazione vive costantemente nel rapporto con interessi particolari, e il senso di fondo che ne alimenta il valore costituzionale sta non ultimo nella costante capacità di operare tra gli interessi senza per questo pretermettere o indebitamente privilegiare interessi. Da qui il valore che da tempo, ben prima delle riforme anticorruzione, si lega alla figura del conflitto di interessi.

²⁵ F. Merloni, *Introduzione. L’etica dei funzionari pubblici*, in F. Merloni, R. Cavallo Perin (a cura di), *Al servizio della Nazione*, Milano, FrancoAngeli, 2010, pp. 15 ss.

²⁶ Sul principio di “cura” come principio costituzionale che emerge dalla trama della Carta fondamentale, si v. A. Pioggia, *Cura e pubblica amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2024.

²⁷ Decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni.

²⁸ Sul punto ci sia consentito rinviare ampiamente a E. Carloni, *Il paradigma trasparenza*, Bologna, Il Mulino, 2022.

²⁹ Un commento dettagliato dell’articolo è in B. Ponti (a cura di), *La nuova trasparenza amministrativa*, Rimini, Maggioli, 2013.

³⁰ Su questo diritto, cfr. es. D.-U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull’ambito di applicazione dell’art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2019, n. 2, pp. 165 ss.

4. Una serie di questioni più specifiche

Si può però riflettere ancora sul contrasto tra una simile scelta legislativa e le regole e i principi della nostra Carta fondamentale. Le varie ordinanze di rimessione alla Corte evidenziano ovviamente anzitutto il conflitto tra il “vuoto” creato dalla riforma³¹, e quindi la connessa non contestabilità in termini penali di condotte di prevaricazione, favoritismo, clientelismo, *patronage*, che costituiscono poi le molteplici manifestazioni della “corruzione” secondo l’accezione fatta propria dal dibattito scientifico³² e dalle convenzioni internazionali in materia.³³ La distanza che sta tra la “*corruption*”, più ampia, e la “*bribery*” (corruzione nel senso di tangente), questa più circoscritta ad un reato di “scambio”, è (era) colmata proprio da figure di reato come l’abuso di ufficio.

L’abolizione, in assenza di una diversa ed efficace forma di contrasto, incide dunque anzitutto sui principi costituzionali sin qui protetti da questa figura di reato.

Tra i principi e le regole chiamati in gioco dalle ordinanze di rimessione possiamo distinguere quelli nazionali da quelli internazionali ed europei. Stando ai primi, è ricorrente il riferimento agli articoli 97 e 98, ma anche all’art. 54. La “tolleranza” dell’abuso di potere è in effetti in aperta contraddizione con l’idea costituzionale di un funzionario che vedendosi affidate funzioni pubbliche ha il dovere di adempierle in modo onorevole, vedendosi quindi gravato, come è chiaro stando ai lavori dell’Assemblea costituente, di un “doppio dovere” che gli deriva dal dover essere in quanto cittadini fedeli alle leggi e alla Costituzione ma anche dall’essere “strumento di cui la collettività si serve”.³⁴

Nella nozione delle scienze politiche e sociali, di corruzione come tradimento nell’esercizio di un potere fiduciario³⁵, si legge bene l’idea di un dovere di fedeltà e di

³¹ Si v. già G.L. Gatta, [Abuso d’ufficio e traffico di influenze dopo la l. n. 114/2024: il quadro dei problemi di diritto intertemporale e le possibili questioni di legittimità costituzionale](#), in *questa Rivista*, 26 agosto 2024, che da subito segnalava come risultassero, dopo la riforma, “scoperte” condotte dal chiaro disvalore: “gli abusi di vantaggio, gli abusi di danno e le omesse astensioni in presenza di conflitti di interessi (oltre ai peculati per distrazione di beni immobili) cadono nella sfera dell’art. 2, co. 2 c.p., realizzando quei vuoti di tutela penale denunciati a più riprese da inascoltati accademici e magistrati nel corso dei lavori parlamentari e che verranno alla luce nelle prossime settimane” (ivi, § 2.1.4).

³² Cfr. es., tra i tanti, A.A. Rogow e H.D. Lasswell, *Power, Corruption and Rectitude*, Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall, 1963, pp. 132-133. Una sintesi del dibattito sul punto in E. Carloni, *L’anticorruzione*, cit., pp. 31-32. La corruzione è «abuso di un potere fiduciario per un profitto privato», utilizzando la definizione che propone Transparency International e sulla cui base elabora il suo indice di percezione di corruzione (CPI).

³³ Di nuovo in tempi non sospetti Anac, aveva segnalato come a livello di convenzioni internazionali la corruzione finisse per essere inquadrabile in un insieme di “comportamenti soggettivi impropri di un pubblico funzionario che, al fine di curare un interesse proprio o un interesse particolare di terzi, assuma (o concorra all’adozione di) una decisione pubblica, deviando, in cambio di un vantaggio (economico o meno), dai propri doveri d’ufficio, cioè dalla cura imparziale dell’interesse pubblico affidatogli cambio di un vantaggio (economico o meno), dai propri doveri d’ufficio, cioè dalla cura imparziale dell’interesse pubblico affidatogli” (ANAC, *Piano nazionale anticorruzione 2019*, p. 10).

³⁴ Si v. F. Sullo, *intervento*, durante discussione generale dell’Assemblea Costituente sul Titolo quarto della Parte prima del progetto di Costituzione (20 maggio 1947).

³⁵ Cfr. es. D. Della Porta, A. Vannucci, *La corruzione come sistema. Meccanismi, dinamiche, attori*, Bologna, Il Mulino, 2021.

una responsabilità connessa alla “fiducia”: e non è troppo distante, questa idea, da quella che traspare dall’art. 54 della Costituzione quando collega l’affidamento (che è un atto di fiducia, che genera responsabilità e doveri “modali”) al doveroso esercizio con disciplina e onore.

L’amministrazione imparziale è d’altra parte un cardine portante del disegno costituzionale, tanto che su questa base la Corte costituzionale fonda il rilievo del principio di distinzione tra politica e amministrazione e la connessa “riserva” di poteri ai funzionari. D’altra parte, il contrasto tra la riforma ed il principio di imparzialità è quello più evidente, ed anche quello meglio approfondito nelle numerose ordinanze di rimessione: questo mi consente di sviluppare alcune riflessioni sul punto, senza pretesa alcuna di esaustività e sistematicità.

L’amministrazione è imparziale nella sua organizzazione e nella sua azione: il legislatore costituzionale usa però un’espressione che impegna anzitutto quello ordinario. La pubblica amministrazione è organizzata in base alla legge in modo che ne sia assicurato il buon andamento e l’imparzialità. Grava dunque sulla legislazione il compito di assicurare questo obiettivo che ha un valore portante dell’intera intelaiatura costituzionale³⁶, basti in questo senso pensare al ruolo che le amministrazioni hanno per la tenuta di tutti i diritti a partire da quelli fondamentali (che sono “inviolabili”, e quindi insuscettibili di perdere un livello minimo di protezione di fronte agli arbitri del potere pubblico), per l’uguaglianza formale e sostanziale, per lo stesso carattere democratico della Repubblica (a meno di sposare nozioni “povere” del concetto di democrazia). Esposto all’abuso e disarmato di fronte ad esso il cittadino torna suddito: nulla è più lontano dal disegno costituzionale.

Quindi, senza pretesa di esaustività, la riforma viola in modo diretto gli articoli 1, 2, 3, ma anche 4 (in combinazione con l’art. 98, visto che un versante ora totalmente scoperto è quello dei concorsi pubblici e delle selezioni pubbliche orientate al merito). Proprio l’assenza di protezione rispetto a procedure di valutazione diverse da quelle che riguardano appalti pubblici (questione che impone forse di rileggere in termini costituzionalmente orientati il perimetro di applicazione di reati relativi alla “scelta del contraente”), lascia sguarniti i concorsi pubblici ma anche le procedure selettive non strettamente concorsuali (come quello per l’accesso ai corsi universitari a numero chiuso, sui quali sembrano già addensarsi anomalie che rischiano di frustrare vocazioni e impegno dei nostri giovani), e frustra dunque il principio del merito anche ai sensi dell’art. 34 della Costituzione. D’altra parte, la violazione dell’art. 4 entra in gioco anche con riferimento al venir meno di ogni presidio penale rispetto agli abusi sulle aggiudicazioni di appalti attraverso affidamenti diretti, il che è la norma dopo il codice dei contratti del 2023³⁷.

³⁶ Il Tribunale di Catania, osserva, nell’ordinanza di rimessione, che “l’abrogazione interviene in un contesto nazionale che lascia del tutto privi di tutela gli interessi perseguiti attraverso l’art. 323 c.p. e le finalità cogenti della convenzione di Merida, non apprestando l’ordinamento italiano alcuna sanzione alla lesione degli obblighi di trasparenza, imparzialità e buona fede nell’agire del pubblico amministratore”: Trib. Catania, Sez. II, ord. 26.11.2024, Pres. De Pasquale.

³⁷ Cfr. *ex multis* S. Usai, *Considerazioni sull’affidamento diretto del nuovo Codice dei contratti*, in *Appalti e Contratti*,

Ma viola anche l'art. 28 della Costituzione, accogliendo la lettura che ne dà l'ordinanza di rimessione di Teramo³⁸, come disposizione che non si limita a richiamare la responsabilità penale per fatto proprio che è anche del funzionario, al pari degli altri individui, ma è espressione dell'esigenza di dare sanzione anche penale alle condotte dei funzionari lesive di diritti: questo perlomeno nei casi più gravi, che sono poi quelli presidiati potenzialmente proprio dal reato di abuso di ufficio.

Il che può leggersi forse anche in termini meno stringenti, ma comunque qui rilevanti: il principio di responsabilità impone di non lasciare spazi vuoti (di irresponsabilità) laddove le condotte pubbliche antigiuridiche incidano sui diritti individuali. La responsabilità può non essere necessariamente penale, ma le condotte richiedono però di essere sanzionate in termini di effettività: il che chiama in causa di nuovo il mancato rafforzamento del contrasto amministrativo, quale ineludibile precondizione che sola avrebbe potuto giustificare l'arretramento penale.

La violazione dell'art. 3 è poi legata anche all'irragionevolezza della riforma: un aspetto sul quale potrebbero spendersi molte pagine. È stato osservato che in esito all'abrogazione ora l'ordinamento sanziona l'omissione di atti di ufficio ma non la più grave condotta di abuso, persino di prevaricazione.³⁹ Dispone la scriminante della reazione a fronte di atti arbitrari del pubblico ufficiale, ma ne tollera la condotta arbitraria: quasi ad ammettere che il cittadino possa farsi giustizia da solo ma non richiedere al sistema di tutelarla di fronte ad abusi di potere. Sanziona penalmente il conflitto di interessi in ambito societario ma non in ambito pubblico.⁴⁰ Abroga la sanzione ma non l'illecito⁴¹, che è tale ma non è più perseguito. D'altra parte, le ragioni che per lo stesso riformatore consentono di operare la *abolitio criminis* evaporano all'apparire del vero.

Né può esservi buon andamento, sia che lo si intenda nel prisma dei principi europei di buona amministrazione, sia che lo si faccia entro le coordinate forse più limitate delle "tre e" (efficienza, efficacia ed economicità), se l'amministratore opera per la cura di interessi "propri" e non di quelli che gli sono affidati. Il venir meno del presidio penale richiede dunque, anche in questo caso, un necessario ribilanciamento dei meccanismi "altri" di protezione: nel caso dei conflitti di interesse, però, il venir meno del sindacato penale svuota anche il contrasto amministrativo nei termini che prima abbiamo sinteticamente segnalati.

n. 7-8, 2023, pp. 9 ss.

³⁸ Si v. di nuovo Trib. Teramo, ord. 22.11.2024, Pres. Di Valerio, Est. Ursini

³⁹ In questo senso cfr. es. G.L. Gatta, [Abuso d'ufficio e traffico di influenze dopo la l. n. 114/2024: il quadro dei problemi di diritto intertemporale e le possibili questioni di legittimità costituzionale](#), in *questa Rivista*, 26 agosto 2024.

⁴⁰ In questo senso v. L. Pianesi, *relazione al convegno Abuso di potere e pubblica amministrazione*.

⁴¹ Cfr. M. Donini, *Abuso di ufficio ultimo atto. Una abolitio criminis per limitare i processi, non gli illeciti*, in *Diario di diritto pubblico*, 3 novembre 2024.

5. Il problema della compatibilità con i “vincoli internazionali”.

Tra i numerosi problemi di compatibilità costituzionale, tutte le ordinanze di rimessione evidenziano il problematico rapporto tra la riforma e gli articoli 11 e 117 della Costituzione, come parametri interposti e quindi con riguardo alla violazione di “vincoli” internazionali assunti dall’Italia attraverso la sottoscrizione di convenzioni e la loro ratifica.

In questo senso, il riferimento principale è la Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione (o Convenzione di Mérida) del 2003⁴², ratificata senza riserve dall’Italia. Non va trascurato, peraltro, il rilievo della Convenzione contro la corruzione del Consiglio d’Europa, in particolare per l’esplicito riferimento all’esigenza di criminalizzazione del traffico di influenze: una previsione che indirettamente, come vedremo, chiama in causa anche la scelta abrogatrice dell’abuso di ufficio.

Nella Convenzione di Mérida il tema della necessità di punire le condotte di abuso di ufficio è trattato dall’art. 19, che prevede che si presti debita attenzione a sanzionare “quando l’atto è stato commesso intenzionalmente” il fatto per un pubblico ufficiale “di abusare delle proprie funzioni o della sua posizione, ossia di compiere o di astenersi dal compiere, nell’esercizio delle proprie funzioni, un atto in violazione delle leggi al fine di ottenere un indebito vantaggio per se o per un’altra persona o entità”. Si tratta di una formulazione che chiaramente inquadra in termini ampi la figura dell’abuso di ufficio (anche in termini più ampi di quanto non fosse previsto nel nostro ordinamento dopo la riforma del 2020, che poneva numerose e stringenti ulteriori condizioni), ma sconta, in questa prospettiva, il fatto che la criminalizzazione del reato non è strettamente vincolante. La Convenzione utilizza, in effetti, tre espressioni, graduate, che vanno dalla vincolatività alla facoltatività: “*shall adopt*”, “*shall consider adopting*”, “*may adopt*”: l’art. 19 si colloca nel modello intermedio. Da qui una riflessione, sviluppata in alcune ordinanze di rimessione, sul vincolo di “*stand still*”⁴³ che si porrebbe, per i Paesi che avessero già avuto nel loro ordinamento questa figura di reato, a non operare in senso contrario all’impegno assunto, rimuovendo un reato già previsto ed in effetti la tesi appare convincente.

La guida per l’implementazione della convenzione⁴⁴, che è atto di interpretazione autentica della Convenzione di Merida, esplicita che questo livello di vincolatività comporta un impegno a prendere seriamente in considerazione l’adozione di una misura di criminalizzazione, ed a compiere ogni sforzo per verificare la compatibilità con il proprio ordinamento di una figura di reato. In questi termini è chiaro l’approccio elusivo che si lega alla scelta abrogatrice di un reato già da tempo presente

⁴² United Nations Convention against Corruption (UNCAC), adottata dall’Assemblea Generale con risoluzione 58/4 del 31 ottobre 2003

⁴³ Si v. es. Trib. Bolzano ord. 11 novembre 2024, Pres. Tappeiner, est. Secchi; Trib. Firenze, ord. 25.10.2024, Pres. Belsito, Est. Innocenti; Trib. Busto Arsizio, ord. 21.10.2024, Pres. Fazio, Giud. Ferrazzi e Montanari. In senso contrario, di non ritenere ricavabile dalla Convenzione un “divieto di regresso”, Trib. Reggio Emilia, ord. 7.10.2024, Pres. Iusto, Giud. Caputo, Piergallini.

⁴⁴ United Nations Office on Drugs and Crime Division for Treaty Affairs, *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption*, New York, 2006.

nell'ordinamento ed assolutamente compatibile (di più, necessario) nel quadro costituzionale.

Qui a supplire l'interprete entra tra l'altro la Convenzione di Vienna del 1969⁴⁵, sull'interpretazione dei trattati: con la sottoscrizione e la ratifica lo Stato si impegna ad interpretare i trattati e quindi attuarli "in buona fede"⁴⁶, considerati "oggetto e scopo" del trattato.⁴⁷ Il divieto di privare il trattato del suo scopo interviene sin dalla sottoscrizione, e vincola nel complesso a rispettare non solo la lettera ma anche le finalità complessive del trattato, considerato anche il preambolo ed il contesto di riferimento. E va evidenziato che nel quadro della Convenzione delle Nazioni Unite l'idea di "corruzione" che emerge è chiaramente rivolta a ricomprendere forme di esercizio a fini privati delle funzioni pubbliche anche a prescindere dal carattere bilaterale del reato: assunta quindi una nozione "larga" di corruzione, la Convenzione impegna chiaramente gli Stati al "rafforzamento" delle misure volte a prevenire e combatterla in modo più efficace.

Nel caso di specie, alla luce di quanto ricostruito, l'abrogazione dell'abuso di ufficio non incide d'altra parte soltanto sul vincolo (come che lo si interpreti) alla criminalizzazione della condotta, ma anche, in modo non secondario, sulla tenuta del sistema di contrasto dei conflitti di interesse, che ne esce prosciugato e ridotto ad un guscio formalistico.

Considerando che non da ora il contrasto dei conflitti di interesse si sostiene nel rapporto tra regole *extra-penali* e reato di abuso di ufficio, l'effetto che ne deriva è dunque la violazione di un altro impegno assunto a livello internazionale, quello ad "adottare, mantenere e rafforzare i sistemi che [...] prevengono i conflitti di interesse".⁴⁸ Vale, in sostanza, per i conflitti di interesse, un discorso simile a quello che si può fare sul traffico di influenza: l'uno e l'altro reggendosi, in termini sostanziali, sulla presenza di un reato che sanzioni le condotte di prevaricazione, favoritismo, clientelismo, interessi privati in atti di ufficio, finiscono per essere svuotati dall'abrogazione del reato.

6. Considerazioni conclusive e di sistema.

La possibile rilevanza dell'abrogazione rispetto ai vincoli assunti a livello internazionale va valutata per una ragione tecnica ma non secondaria: è evidente che i profili di illegittimità con riferimento al contenuto di specifici principi costituzionali potrebbe ben consentire di prescindere dall'esigenza di invocare la violazione interposta di convenzioni internazionali, ma qui il problema è anche quello di rientrare nei limiti

⁴⁵ Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, conclusa a Vienna il 23 maggio 1969, ratificata con legge 12 febbraio 1974, n. 112.

⁴⁶ Si v. in part. L'art. 26 ("*Pacta sunt servanda*"): "ogni trattato in vigore vincola le parti e queste devono eseguirlo in buona fede".

⁴⁷ Già prima della sua entrata in vigore, "uno Stato deve astenersi dal compiere atti suscettibili di privare un trattato del suo oggetto e del suo scopo" (art. 18); si v. anche l'art. 31 sul dovere di interpretare un trattato in buona fede considerate le sue formulazioni "nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo".

⁴⁸ Così l'art. 8, c. 4 della Convenzione.

che sin qui la Corte costituzionale⁴⁹ si è data nel giudizio di legittimità costituzionale su norme penali dalla cui abrogazione cui derivino effetti in “*malam partem*”. Non è mia intenzione entrare nel tema, posso però senz’altro convenire con alcune sollecitazioni che si ricavano da alcune ordinanze di rimessione: questo auto-vincolo che deriva dalla giurisprudenza costituzionale non può giustificare una *cecità* della Corte rispetto a violazioni gravi, palesi e dagli effetti sistemici di principi e parametri costituzionali che si pongono quali pilastri del disegno repubblicano (e, prima ancora, illuminista e liberale).

E, quindi, è convincente la riflessione relativa all’esigenza che la Corte arricchisca il novero delle eccezioni al suo orientamento restrittivo rispetto a pronunce di incostituzionalità con effetto di re-introduzione di ipotesi di reato abrogate. E tra le eccezioni, tra le quali troviamo già il rispetto di vincoli internazionali, per ragioni sistemiche non vedo come non possa trovare spazio l’ipotesi di mancata criminalizzazione di condotte che attentino ai principi di fondo del disegno costituzionale. Questo, ineludibilmente, quantomeno per la prevaricazione (può valere la pena riportare alla mente l’art. 16 della Dichiarazione universale del 1789: “ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata [...] non ha una costituzione”).

Si concorda con l’idea che vede nel contrasto penale l’*extrema ratio*, ma come evidenzia Forti⁵⁰ questa affermazione va letta in due direzioni: da un lato, nel senso di cercare di limitare (approntando in particolare altre forme di risposta e di contrasto) il ricorso alle misure penali; dall’altro, nel senso di accettare il ruolo specifico del diritto penale, di presidio ultimo ma necessario di beni giuridici fondamentali. Tra questi, senz’altro, non può non esservi la tutela del cittadino di fronte ad abusi di potere pubblico.

Volendo però accogliere l’esigenza di ridimensionare un problema che si sviluppa altrove (nel rapporto tra poteri dello Stato, nell’uso strumentale nel discorso pubblico e politico di notizie di reato, nella scarsa qualità del discorso mediatico e nella limitata cultura garantistica, ancorché ambivalente, secondo logiche partigiane, rispetto al principio di presunzione di innocenza, nella stessa iper-complessità del quadro normativo), l’arretramento penale non può non essere collegato ad un rafforzamento dei meccanismi di contrasto e di garanzia di tipo amministrativo.

Tra questi, come semplice suggestione, come propone Angelini⁵¹, la riscoperta di una figura di ombudsman (da far rinascere dalle ceneri della altalenante e fragile esperienza dei difensori civici) cui il cittadino possa rivolgersi, in prossimità delle violazioni avvertite e con poteri conoscitivi e ispettivi che gli consentano di dare una tempestiva risposta a chi si ritenga leso da abusi di potere. Al fianco di questo, però, alcune figure di reato maggiormente tipizzate possono e debbono essere previste,

⁴⁹ Si v. in particolare Corte Cost., n. 8 del 2022 sul divieto di sindacato della legge penale in *malam partem*, con eccezione relativa appunto al rispetto dei vincoli internazionali. Cfr. Trib. Busto Arsizio, ord. 21.10.2024, Pres. Fazio, Giud. Ferrazzi e Montanari; v. anche Trib. Reggio Emilia, ord. 7.10.2024, Pres. Iusto, Giud. Caputo, Piergallini.

⁵⁰ Cfr. G. Forti, *Relazione di sintesi (in sette parole)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2, 2024, pp. 759 ss.

⁵¹ M. Angelini, *relazione al convegno Abuso di potere e pubblica amministrazione*.

magari ritornando a figure come l'interesse privato in atti di ufficio, ma anche dando copertura penale alle "turbative" nei concorsi pubblici che sia almeno pari a quella riconosciuta in materia di appalti.

Il quadro è complesso ed il sistema appare tuttora in movimento. L'abrogazione dell'art. 323 del codice penale non sembra essere l'ultima parola sulla storia secolare dell'abuso di ufficio. Questo per ragioni che prescindono, come si è cercato di evidenziare, dalla direttiva comunitaria anticorruzione in attesa di approvazione⁵², cui comunque può conclusivamente essere interessante fare un cenno.

Il testo della direttiva non è stabilizzato, né è prevedibile il punto di caduta delle diverse formulazioni. Gli stessi tempi dell'approvazione sono incerti, per quanto si attenda una ripresa convinta dei lavori e quindi l'avvio del trilogico con il passaggio, nel prossimo gennaio, dalla presidenza di turno ungherese a quella polacca.

La proposta della Commissione dispone la necessaria criminalizzazione delle condotte di abuso di ufficio, questo sia nel Considerando 13 ("occorre inoltre definire il reato di abuso di ufficio nel settore pubblico come omissione di un atto da parte di un funzionario pubblico, in violazione della legge, al fine di ottenere un indebito vantaggio"), sia nell'art. 11 ("gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché sia punibile come reato la condotta seguente, se intenzionale: [...] l'esecuzione o l'omissione di un atto, in violazione delle leggi, da parte di un funzionario pubblico nell'esercizio delle sue funzioni al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo"). In questa direzione va il testo approvato dal Parlamento.

Diversamente, il testo del Consiglio, evidentemente con l'influenza della componente governativa italiana, prevede una formulazione meno vincolante, sostanzialmente in linea con le indicazioni della Convenzione delle Nazioni Unite. È chiaro che l'approvazione del testo nella sua formulazione originaria determinerebbe l'esigenza di reintrodurre il reato, ma per le ragioni sin qui evidenziate si tratta di una figura di reato che, per quanto tormentata, merita di essere ripristinata.

Proprio nel rapporto con la disciplina dei conflitti di interesse, peraltro, l'abuso di ufficio ha mostrato le sue potenzialità e forse sfumato i difetti che gli venivano attribuiti. Un meccanismo in grado di sollecitare presidi amministrativi, e quindi uno strumento utile perché in dialogo con la dimensione preventiva e con la responsabilità disciplinare.

Da qui, forse, si può ripartire: per riempire il vuoto aperto dalla riforma si può immaginare di articolare un quadro più chiaro e organico di situazioni di conflitto da presidiare, da rendere effettivo attraverso la messa in relazione tra controllo penale e controllo amministrativo. Un dialogo che peraltro appare in termini più complessivi necessario per rendere effettivo il sistema dei doveri dei funzionari, non solo quelli burocratici. Nel rapporto tra forme tipizzate di doverosità dei funzionari, obblighi specifici di astensione, ed una figura di reato in grado di ravvisare nella loro violazione uno degli elementi costitutivi di una fattispecie di abuso di potere, può forse trovarsi la

⁵² Si v. European Commission, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Combating Corruption, replacing Council Framework Decision 2003/568/JHA and the Convention on the fight against corruption involving officials of the European Communities or officials of Member States of the European Union and amending Directive (EU) 2017/1371 of the European Parliament and of the Council (COM/2023/234 final)*.

12/2024

strada, ad oggi molto stretta, che porta ad una maggiore effettività del contrasto dei fenomeni *lato sensu* corruttivi senza perdita di tipicità del rimedio penale e dando vitalità ai meccanismi amministrativi.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**