

## *Le modifiche al codice penale del progetto Nordio*

*Ersilia Calvanese*

**Sommario:** 1. Premessa.-2. L'abolizione del reato di abuso di ufficio.-3. Le modifiche al reato di traffico di influenze illecite.

### **1.Premessa**

Il Governo ha presentato il 19 luglio 2023 al Senato un disegno di legge (n. 808) recante modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare.

Il testo è stato approvato con modifiche dal Senato il 13 febbraio 2024 ed è attualmente all'esame della Camera in Commissione Giustizia (atto C. 1718/ 2024).

Tra le modifiche più discusse si pone quella al codice penale, avente ad oggetto la abolizione del reato di abuso di ufficio (art. 323 cod. pen.) e la modifica della fattispecie del traffico di influenze illecite (art. 346-bis cod. pen.).

### **2.L'abolizione del reato di abuso di ufficio**

Come si legge nella Relazione illustrativa, i motivi dell'abolizione del reato di abuso d'ufficio si basano sul constatato squilibrio tra le iscrizioni di notizie di reato per la fattispecie di cui all'art. 323 cod. pen. rispetto agli epiloghi decisori di condanna o di patteggiamento riscontrati dal 2021, rivelatore di una anomalia strutturale della suddetta fattispecie penale, che neppure i plurimi interventi normativi volti a supplire al deficit di determinatezza della norma penale sin dal 1997 sono riusciti a colmare efficacemente.

Nella ritenuta impossibilità di un ulteriore *restyling* correttivo della disposizione penale, il disegno di legge ha preferito abrogare del tutto la norma, nella "tranquillizzante" prospettiva di una risposta penale complessivamente idonea a reprimere i reati contro la pubblica amministrazione e comunque aperta a futuri interventi additivi di matrice euro-comunitaria e della dotazione del sistema di una connessa ampia disciplina volta a prevenire e sanzionare in via disciplinare, contabile ed erariale fenomeni distorsivi dell'attività nel settore pubblico.

Tale intervento, secondo i proponenti, viene a sollevare tanto l'apparato giudiziario, impegnato "inutilmente" in procedimenti penali senza alcun esito positivo (recuperando risorse al sistema), quanto la stessa pubblica amministrazione, afflitta dalle negative ricadute derivanti da iscrizioni per fatti che risultano non rientrare in alcuna categoria di illecito penale.

La riforma ha preso posizione su di una fattispecie penale da tempo al centro dell'attenzione da un lato della dottrina, che in passato aveva sollevato anche autorevoli critiche alla formulazione della norma che lasciava priva della necessaria determinatezza la fattispecie dell'abuso penalmente rilevante, e dall'altro degli operatori di diritto che avevano stigmatizzato gli interventi correttivi del legislatore.

La storia della "travagliata vicenda normativa" del reato di abuso d'ufficio è stata ricordata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 8 del 2022: la figura criminosa dell'abuso d'ufficio nasce con la funzione "di chiusura" del sistema dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione ma al contempo rappresenta il punto saliente di emersione della spigolosa tematica del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa, percorsa da una perenne tensione tra istanze legalitarie, che spingono verso un controllo a tutto tondo, atto a fungere da freno alla *mala gestio* della cosa pubblica, e l'esigenza di evitare un'ingerenza pervasiva del giudice penale sull'operato dei pubblici amministratori, lesiva della sfera di autonomia ad essi spettante.

I problemi intorno a tale fattispecie nascono infatti da congeniti margini di elasticità, generatori di persistenti problemi di compatibilità con il principio di determinatezza.

Per porre riparo a tale criticità della norma era intervenuta la riforma del 1997, con la quale il legislatore ha definito la nozione di "abuso", in precedenza soltanto qualificato dal dolo specifico del pubblico agente ("procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto"), sia tipizzando la condotta (che deve consistere nella violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero nell'omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti) sia trasformando la fattispecie in reato di evento (richiedendo cioè l'effettiva e non soltanto voluta produzione di un "ingiusto" danno o vantaggio patrimoniale).

Le intenzioni del legislatore hanno dovuto, però, come ha osservato la Consulta, fare i conti con le soluzioni della giurisprudenza, la quale, dopo

una fase iniziale di ossequio allo spirito della novella, è virata verso interpretazioni estensive degli elementi di fattispecie, atte a travalicare i rigidi paletti che la novella legislativa aveva inteso fissare e a riaprire ampi scenari di controllo del giudice penale sull'attività amministrativa discrezionale.

E' venuto infatti a consolidarsi, da un lato, nella giurisprudenza di legittimità, l'indirizzo in forza del quale la «violazione di norme di legge», rilevante come abuso d'ufficio, può essere integrata anche dall'inosservanza del generalissimo principio di imparzialità della pubblica amministrazione, enunciato dall'art. 97 Cost.: si è osservato che tale norma nella parte immediatamente precettiva impone ad ogni pubblico funzionario, nell'esercizio delle sue funzioni, di non usare il potere che la legge gli conferisce per compiere deliberati favoritismi e procurare ingiusti vantaggi, ovvero per realizzare intenzionali vessazioni o discriminazioni e procurare ingiusti danni (Sez. 6. n. 22871 del 21/02/2019, Rv. 275985).

Dall'altro lato, poi, si è assistito al recupero nell'area di rilevanza penale degli atti viziati da eccesso di potere, nella forma dello sviamento: si è affermato che la violazione di legge ai fini dell'art. 323 cod. pen. può essere integrata anche dallo "sviamento di potere", che per i provvedimenti discrezionali si realizza allorché il potere viene esercitato per un fine diverso da quello per cui è attribuito (Sez. U, n. 155 del 29/09/2011, dep. 2012, Rossi, Rv. 251498).

La stessa Corte costituzionale ha individuato nel citato arresto anche le negative ricadute di una siffatta fattispecie penale: si è diffuso il fenomeno della "burocrazia difensiva" (o "amministrazione difensiva") in cui i pubblici funzionari si astengono dall'assumere decisioni che pur riterrebbero utili per il perseguimento dell'interesse pubblico, preferendo assumerne altre meno impegnative (in quanto appiattite su prassi consolidate e anelastiche), o più spesso restare inerti, per il timore di esporsi a possibili addebiti penali (la cosiddetta "paura della firma").

Per arginare tali problematiche e dotare la condotta penalmente rilevante di un'ulteriore connotazione tipica il legislatore ha varato l'ultimo intervento "mirato" di riforma della norma (d.l. n. 76/2020, conv. in l. n. 120/2020), riscrivendo la parte dedicata alla "violazione di norme" e prevedendo, in particolare, che essa deve riguardare non ogni disposizione precettiva ma soltanto quelle che "espressamente" prevedono "specifiche regole di condotta..... dalle quali non residuino margini di discrezionalità", purché

dettate da qualificate fonti normative (la legge o “atti aventi forza di legge”) (per una ampia panoramica sul tema, *M. Gambardella, art. 323, Rassegna al codice penale, a cura di Lattanzi-Lupo, III, Giuffrè, 2022*).

La riforma del 2020 ha inciso sulla potenziale indeterminatezza del requisito della violazione di legge: se pur con iniziali incertezze sulla possibilità di parametrare la violazione di legge ancora all’art. 97 Cost. (si è sostenuto che il principio costituzionale dettato da tale norma - nella parte in cui vieta l’attuazione di intenti discriminatori o ritorsivi - ha una portata immediatamente precettiva, che non necessita di alcun adattamento o specificazione, Sez. 1, n. 2080 del 06/12/2021, dep. 2022 ) Rv. 282720), è stata in seguito concordemente dalla giurisprudenza di legittimità letta in funzione di una “abolitio criminis” delle condotte realizzate mediante violazione di norme generali e astratte dalle quali non siano ricavabili regole di condotta “specifiche ed espresse”, o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità, con conseguente irrilevanza penale pertanto di quelle condotte consistenti nella sola inosservanza dei principi di imparzialità e buon andamento che devono governare i pubblici agenti, ai sensi dell’art. 97 Cost. (Sez. 6, n. 13136 del 17/02/2022, Rv. 282945).

E proprio sul terreno della discrezionalità dell’atto da compiere che la riscrittura della fattispecie penale ha apportato una rilevante modifica, escludendo dal novero dei vizi dell’atto, integranti la violazione di legge ai fini dell’art. 323 cod. pen., quello del cosiddetto “sviamento di potere”, sottraendo in tal modo al giudice penale il controllo dell’uso della discrezionalità amministrativa, che è stato visto dagli operatori come una intollerabile invasione di campo della tutela penale sull’attività dei pubblici amministratori, essendo affidato al giudice penale il compito di accertare *ex post* quando il risultato si ponga in contrasto con l’interesse pubblico a discapito della determinatezza *ex ante* della fattispecie penale.

Se pur non sono mancate critiche a questo eccessivo confinamento della figura dell’abuso d’ufficio a casi esigui (da alcuni autori persino definiti come ipotesi “teoriche” di intenzionale scorretto uso del potere vincolato, così da far trasparire una sorta di abrogazione mascherata), si è anche osservato come la riforma del 2020 abbia lasciato intatta la parte della fattispecie incentrata sulla violazione dell’obbligo di astensione, tanto da far ipotizzare che gli abusi del potere discrezionale, estromessi dalla novella, possano essere ricondotti alla situazione di “conflitto di interessi”, idonea ad inglobare favoritismi di vario tipo (A. Nisco, *La riforma*

*dell'abuso d'ufficio: dilemma legislativo insoluto ma non insolubile, Sistema penale, 2020).*

In questo quadro, è stata salutata con particolare favore la riforma del Codice dei contratti, che sembra aver voluto rispondere all'esigenza di avere norme comportamentali precise e vincolanti nell'azione della pubblica amministrazione (R. Garofoli, *La annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: le preoccupazioni dei sindaci tra PNRR e rilancio della macchina dello Stato, Sistema penale, 2023).*

A fronte delle critiche mosse alla riforma del 2020, se pur sono stati ipotizzati possibili ulteriori correttivi alla norma penale, il progetto Nordio ha preferito optare per la via della definitiva abolizione del reato di abuso d'ufficio.

Si tratta di una scelta drastica che trova il sostegno di una parte della dottrina, che ha visto nel *restyling* dell'art. 323 cod. pen. e nel tentativo di tipizzare la fattispecie penale un sostanziale impoverimento, se non snaturamento, della finalità della norma di colpire gli "abusi", ovvero l'uso distorto del potere.

Anche coloro che hanno sostenuto la opzione abrogativa hanno peraltro condiviso la preoccupazione di colmare le lacune di tutela da essa derivanti (la fattispecie penale nasce infatti come norma di chiusura del sistema a presidio del corretto funzionamento dell'amministrazione pubblica), sperimentando forme alternative di repressione, ad esempio affidando a misure extrapenali il compito di colpire quei vari fenomeni sommariamente riconducibili all'abuso.

L'occasione per il varo del progetto Nordio sull'abuso d'ufficio ha trovato terreno fertile nel "grido di allarme" lanciato dall'Associazione dei Sindaci in vista dei gravosi compiti derivanti dall'attuazione del PNRR e dei rischi derivanti da una "non calcolabile e prevedibile" responsabilità penale (R. Garofoli, *La annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: le preoccupazioni dei sindaci tra PNRR e rilancio della macchina dello Stato, cit.*, che riporta un'analisi statistica) ed è apparsa all'attenta dottrina una soluzione *tranchant*, derivante dalla esigenza di semplificare anziché risolvere un problema reale ma molto complesso da affrontare nella ricerca del giusto punto di equilibrio tra opposte spinte.

Soluzione, anch'essa, ritenuta non esente da rischi anche a scapito della salvifica cura della "paura da firma", per una possibile paradossale riespansione applicativa di altre (e più gravi) figure criminose (quali il

peculato per distrazione e la turbata libertà degli incanti o del procedimento) o perché non immune da vizi di incostituzionalità (C. Cupelli, *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio, Sistema penale, 2023*).

Quanto agli impegni assunti dal nostro Stato in sede internazionale, va evidenziato che la Convenzione contro la corruzione, adottata in sede Onu nel 2003, prevede all'art. 19 la criminalizzazione facoltativa dell'abuso di ufficio lasciando agli Stati la scelta di *“conferire il carattere di illecito penale, quando l'atto è stato commesso intenzionalmente, al 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”*.

Peraltro, in sede europea, dopo lo scandalo c.d. “Qatargate”, le istituzioni hanno avvertito l'esigenza di rafforzare e aggiornare gli strumenti normativi di contrasto alla corruzione in ambito penale, avviando lo scorso maggio 2023 i lavori per la approvazione di una direttiva sulla lotta contro la corruzione, che prevede, tra l'altro, di allargare la gamma di reati da adottare necessariamente a livello nazionale (cd armonizzazione minima), tra i quali l'abuso d'ufficio (*Commissione europea doc. COM(2023) 234 final*; sulla proposta, cfr. l'ampia disamina di M. Gambardella, *La “Proposta di Direttiva in materia di lotta alla corruzione” al vaglio del Parlamento: qualche riflessione sui reati di abuso d'ufficio e traffico di influenze, Sistema penale, 2023*).

In questa prospettiva di allargamento della piattaforma delle dotazioni di contrasto dei sistemi penali nazionali ai fenomeni corruttivi, la proposta di riforma Nordio appare andare controcorrente, se pur prudentemente aperta “a futuri interventi additivi di matrice euro-comunitaria” (già, peraltro, *in nuce* chiaramente prevedibili).

È appena il caso di evidenziare che la Camera nella seduta del 26 luglio 2023 ha confermato il parere della Commissione Politiche UE sulla proposta di direttiva sulla lotta contro la corruzione, che ne contestava sotto vari profili la conformità al principio di sussidiarietà nonché a quelli di attribuzione e proporzionalità. Per quanto riguarda, nello specifico, il reato di abuso d'ufficio il parere stigmatizza che la Commissione europea non abbia dimostrato il carattere transnazionale del fenomeno criminale oggetto della disciplina, invocato a sostegno della conformità dell'intervento normativo al principio di sussidiarietà.

Resta in ogni caso insuperabile il vuoto di tutela che l'abolizione del reato rischia di creare: si fa notare come di fatto solo pochi comportamenti potrebbero rilevare per altre fattispecie, finendo questa scelta per lasciare impuniti gravi abusi del pubblico ufficiale e scoperto "quel nervo sensibilissimo dei rapporti tra cittadino e pubblici poteri che proprio in Italia appaiono afflitti da stili profondamente autoritari" (M. Donini, *Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell'abuso di ufficio*, Sistema penale, 2023).

### ***3. Le modifiche al reato di traffico di influenze illecite***

Altra riforma proposta dal testo in esame concerne la figura di reato, di più recente conio, del traffico di influenze illecite.

Questa fattispecie, introdotta con la riforma Severino del 2012, sulla ritenuta *compliance* ad impegni internazionali assunti dall'Italia verso la criminalizzazione di questa forma di reato (in senso critico all'esistenza di un siffatto obbligo, V. Morgillo, *Splendore e morte del traffico di influenze illecite. Dalle Sezioni Unite alla Riforma Nordio*, Sistema penale, 2024), ha già registrato, al pari del delitto di abuso di ufficio, una storia tormentata.

La funzione della novella del 2012 era quella di anticipare la tutela penale e colpire quelle condotte "preparatorie" alla corruzione vera e propria o comunque volte ad inquinare, deviandola dal suo corso, l'attività della pubblica amministrazione: veniva in considerazione "quel sottobosco di entrate, quel mondo "gelatinoso" popolato dai c.d. faccendieri, facilitatori o procacciatori d'affari che interferiscono abitualmente, da posizione privilegiata e con metodi opachi, sulle decisioni pubbliche" (V. Morgillo, *cit.*).

La norma (art. 346-bis cod. pen.) nella sua stesura originaria veniva a punire entrambi i soggetti coinvolti (il mediatore ma anche il privato interessato) sul presupposto che l'opera di interferenza illecita venisse basata su "reali" basi (le relazioni con il pubblico agente), così differenziandosi dall'altra fattispecie penale del millantato credito, incentrata sulla mera vanteria (la "vendita di fumo"): si incriminava infatti lo "sfruttamento di relazioni esistenti", tramite le quali un intermediario indebitamente si fosse fatto dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, promettendo a sua volta la mediazione illecita presso un pubblico agente o la sua remunerazione, al fine di ottenere un atto contrario ai doveri di ufficio o l'omissione o il ritardo di un atto dell'ufficio.

Nel 2019, con la legge c.d. “Spazzacorrotti” la fisionomia della figura del traffico di influente ha assunto una diversa connotazione, inglobando condotte ascrivibili al millantato credito, nel frattempo abrogato (le relazioni con l’agente pubblico possono essere anche soltanto asserite), ma mantenendo anche per queste ultime ferma la punibilità del privato che di quella mediazione intende avvantaggiarsi.

Nella versione attuale, l’ipotesi base viene dunque a punire la remunerazione pattuita tra mediatore e privato in relazione all’esercizio di funzioni o poteri del pubblico agente, sempre che non si verta in casi di concorso nei reati di corruzione: essa ricomprende due forme di mediazione, quella non corruttiva (definita dalla dottrina, mero “traffico clientelare”) e quella corruttiva (finalizzata cioè alla corruzione del pubblico agente).

I problemi che si sono posti nell’applicazione di questa figura di reato sono stati da un lato, al pari dell’abuso d’ufficio, la indeterminatezza della fattispecie là dove incentra la condotta penalmente rilevante nella “mediazione illecita” non corruttiva, e dall’altro i rapporti con la fattispecie del millantato credito.

Quanto al primo aspetto, in assenza di una definizione positiva del legittimo esercizio delle attività di influenza sui pubblici poteri, la giurisprudenza di legittimità (Sez. 6, n. 1182 del 14/10/2021, dep. 2022, Rv. 282453; Sez. 6, n. 40518 del 08/07/2021, Rv. 282119) ha optato per una lettura restrittiva della norma, onde sottrarla alle censure di frizione costituzionale, che da più voci autorevoli in dottrina erano state sollevate, qualificando come “illecita” la mediazione finalizzata alla commissione di un "fatto **di** reato" idoneo a produrre vantaggi per il privato committente (tra i quali, ad esempio, fatti di abusi di ufficio o di turbativa di gare).

In ordine ai rapporti con il millantato credito, la giurisprudenza di legittimità si è divisa sulla continuità normativa nella fattispecie del traffico di influenze illecite della ipotesi contemplata dal secondo comma dell’art. 346 cod. pen. abrogato (la condotta di chi, mediante raggiri o artifici, riceve o si fa dare o promettere danaro o altra utilità, col “pretesto” di dovere comprare il pubblico ufficiale o impiegato o doverlo comunque remunerare), così da richiedere il recente intervento delle Sezioni Unite (udienza 29 febbraio 2024) che ha dato al quesito risposta negativa.

La proposta di legge, nel testo approvato dalla Camera, viene a ristrutturare la fattispecie delittuosa, eliminando gran parte delle modifiche apportate nel 2019 e fornendo risposta alle problematiche sorte dalla sua applicazione.

In primo luogo, le relazioni del mediatore con il pubblico ufficiale devono essere “utilizzate” (e non solo vantate) e devono essere esistenti (non solo asserite) – quindi espungendo quelle condotte di mera millanteria del faccendiere, ora perseguibili, in presenza degli elementi necessari, come reato di truffa (sul problematico effettivo inquadramento delle condotte in tale reato, V. Mongillo, cit.); le relazioni del mediatore devono essere sfruttate “intenzionalmente” allo scopo del traffico di influenze (precisazione, si fa notare dai primi commentari, superflua e ridondante, non essendo facilmente ipotizzabile che la relazione sia sfruttata per altri fini) ; l’utilità promessa o consegnata dal privato deve essere comunque “economica” (si tratta di una limitazione non collimante con quella che è la figura di riferimento sullo sfondo - la corruzione – per la quale il prezzo ricomprende qualsiasi vantaggio materiale o morale, patrimoniale o non patrimoniale, che abbia valore per il pubblico agente, cfr. Sez. 6, n. 10084 del 08/01/2021, Rv. 281502); la utilità data o promessa è destinata o a remunerare il pubblico agente per l’esercizio delle sue funzioni (c.d. provvista “in conto corruzione”) o a realizzare altra mediazione illecita.

Il testo del disegno di legge chiarisce cosa deve intendersi per “mediazione illecita”: essa deve mirare ad indurre il pubblico agente a compiere un atto contrario ai doveri d’ufficio costituente reato dal quale possa derivare un vantaggio indebito.

Ebbene, l’ipotesi più frequente di mediazione illecita è quella in cui il faccendiere si impegna a “raccomandare” il privato o la sua pratica presso il pubblico agente e quindi finalizzata ad un abuso di ufficio, che il disegno di legge ha tuttavia abrogato.

Pertanto, abolendo il principale reato-bersaglio, la proposta rischia di lasciare impunte una larga parte di mediazione illecita (R. Cantone – A. Milone, *Le modifiche al traffico di influenze da parte del ddl Nordio; tutt’altro che mere precisazioni!* - in *Sistema penale*, 2024; V. Mongillo, cit.).