

Abuso d'ufficio: meno azioni punibili, così la nuova riforma "svuota" il reato

Le modifiche al Cp

Giuseppe Amato

L'articolo 23 del decreto legge 16 luglio 2020 n. 76, recante «misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale», **modifica incisivamente l'articolo 323 del Cp**, con la finalità di rendere definita in modo più compiuto la condotta rilevante ai fini della configurabilità del reato, **così da restringere gli spazi di operatività della fattispecie incriminatrice**. Ci si muove valorizzando la "specificità" della norma di condotta la cui violazione può fondare l'addebito e, soprattutto, escludendo che possano rilevare norme di condotta che implicino comunque spazi di discrezionalità, confinando così, nelle intenzioni, l'intervento del giudice penale alle **sole violazioni di norme a contenuto vincolato**.

La norma, come si vedrà, finisce con lo svuotare quasi ogni spazio di concreta applicabilità della disposizione, tanto che - a questo punto, e con maggior coraggio - **si sarebbe finanche potuto coltivare tout court la strada dell'abrogazione**, ovvero del mantenimento come reato della sola condotta violativa dell'obbligo di astensione (sulla quale il decreto legge non è intervenuto).

Al di là di questa considerazione, vale osservare che l'intervento sulla norma penale dell'abuso d'ufficio viene a essere realizzato con un atto normativo dedicato alla «semplificazione del sistema Italia»: è allora clamorosamente evidente la convinzione del Governo che **l'intervento dell'autorità giudiziaria penale è comunque un fattore di "complicazione"** e, come tale, merita di essere limitato.

Per cogliere la portata della norma di modifica occorre partire dalla disciplina originaria, come da ultimo modificata dalla legge n. 234 del 1997.

La norma finisce con lo svuotare quasi ogni spazio di concreta applicabilità della disposizione, tanto che era meglio coltivare la strada dell'abrogazione

La disposizione finora vigente

Come è noto, secondo il testo finora vigente, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio era perseguibile ex articolo 323 del Cp se, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, «in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti», «intenzionalmente» **«procura[va] a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca[va] ad altri un danno ingiusto»** (cfr. articolo 323, comma 1, del codice penale).

La disposizione, come è altrettanto noto, è stata il frutto dell'integrale riformulazione introdotta con la legge 16 luglio 1997 n. 234, che già si era mossa in una prospettiva fortemente riduttiva dell'intervento sanzionatorio penale.

Le modifiche del 1997 hanno riguardato:

- › **l'ambito dei comportamenti penalmente illeciti**: per configurare l'abuso non bastava una qualsivoglia illegittimità dell'atto, ma occorreva si trattasse di un atto adottato in «violazioni di norme legge o di regolamento», ovvero nell'«inottemperanza all'obbligo di astensione» in presenza di un interesse proprio del pubblico funzionario o di un suo prossimo congiunto o negli altri casi prescritti;

- › **la trasformazione della fattispecie criminosa in un'ipotesi di "reato di danno" e non più di pericolo**, come invece prevedeva la disciplina pregressa: occorre che l'atto abusivo, in concreto, avesse provocato un ingiusto vantaggio patrimoniale per il pubblico funzionario o per altri o un danno ingiusto per altri;
- › **la previsione, sotto il profilo soggettivo, del "dolo intenzionale"**: occorre che l'evento di vantaggio o di danno determinato dall'atto abusivo dovesse essere una «conseguenza voluta ed immediatamente perseguita» dall'agente, nel momento in cui aveva posto in essere la condotta incriminata.

L'intenzione del legislatore del 1997 è stata quella di escludere quell'effetto perverso determinato dalla precedente disciplina dell'abuso d'ufficio, che finiva con il determinare una sorta di "automatica" rilevanza penale dell'azione amministrativa illegittima, ritenendosi molto più **opportuno ricondurre la sanzione a sedi diverse da quella giudiziaria penale**: quella giurisdizionale amministrativa, attivata da chi assumesse di essere stato leso in un proprio interesse dalla condotta illegittima, quella dell'autotutela amministrativa, quella del controllo interno o esterno, quella contabile, quella disciplinare.

Evidentemente, l'intervento normativo in commento attesta della convinzione del Governo che questa finalità non è stata adeguatamente perseguita, in presenza di un ritenuto eccessivo ricorso a una norma incriminatrice che, secondo i critici, per un verso, ha finito con il **paralizzare l'agire dell'amministrazione**, e, per altro verso, non infrequentemente è stata caratterizzata da una **forbice molto ampia** tra **le ipotesi contestate** e quelle che infine sono **pervenute a un'affermazione di responsabilità** [Giovanni Negri, su "Il quotidiano del diritto" del 15 luglio 2020, riporta dati emblematici: nel 2016 sono stati aperti 6.970 procedimenti, con 46 sole condanne; mentre nel 2017, le condanne sono state 57 a fronte di 6.582 fascicoli aperti].

Sono considerazioni per alcuni aspetti non peregrine, ma, come si vedrà, **la modifica normativa lascia perplessi**, presentando aspetti di difficile comprensione e di altrettanto difficile applicazione, tanto da prefigurare un **sostanziale svuotamento del reato**, che, allora, come abbiamo detto, più coerentemente, sarebbe stato più lineare addirittura abrogare. Sull'abrogazione ovviamente non ci sarebbe stato consenso politico e si è scelta una strada compromissoria, come tale non completamente soddisfacente.

Le ragioni del decreto legge

Quindi, con il decreto legge, si vuole ulteriormente **ridurre l'ambito di applicabilità dell'abuso intervenendosi sulle "violazioni"** che possono assumere rilievo: per l'effetto le parole «di norme di legge o di regolamento» sono sostituite dalle parole «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

Non ci si "accontenta" quindi di una «violazione di norme di legge o di regolamento», come nel testo introdotto nel 1997, ma si pretende debba trattarsi di «specifiche regole di condotta» «espressamente» previste «dalla legge o da altro atto avente forza di legge», il cui contenuto escluda peraltro «spazi di discrezionalità valutativa o applicativa».

Vediamo in dettaglio le modifiche.

Violazione di sole norme di legge

In primo luogo, è di immediato e pacifico rilievo che può assumere rilievo solo la **violazione di norme primarie, di legge o assimilate**.

Per l'effetto, **nessuna rilevanza** assumono - come già in precedenza - **le eventuali violazioni di decreti ministeriali, di circolari e/o di delibere di enti pubblici** che non rientrano in tale nozione; così come, non dissimilmente, sono penalmente irrilevanti le inosservanze delle disposizioni inserite nel bando di concorso (il quale, come è noto, è atto amministrativo: cfr. sezione VI, 17 giugno 2015, Proc. Rep. Trib. Rimini in proc. Feola).

**Novità chiara e pacifica
è che può assumere rilievo
solo la violazione
di norme primarie,
di legge o assimilate**

Le norme di legge la cui violazione rileva ai fini della configurabilità dell'abuso d'ufficio sono solo quelle che vietano un determinato comportamento

Proprio in ragione della modifica normativa, deve piuttosto escludersi che d'ora in poi - con effetto novativo - possa assumere rilievo **la violazione di una norma "regolamentare"** (anche laddove si tratti di un regolamento statale, adottato secondo le forme indicate dall'articolo 17 della legge 23 agosto 1988 n. 400; ovvero di un regolamento adottato dagli enti territoriali, nell'esercizio della potestà regolamentare tratteggiata dall'articolo 7 del decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267).

Siamo in presenza di atti che pur avendo valore normativo non hanno forza di legge.

Il carattere specifico della norma violata

Una ulteriore novità, che si aggiunge alla limitazione della fonte normativa rilevante ai fini dell'abuso, riguarda l'introduzione del **carattere di "specificità" della disposizione regolante l'agire del pubblico funzionario**.

Può assumere rilievo, infatti, solo l'inosservanza di **norme imponenti regole di condotta "specifiche"** che il pubblico funzionario è tenuto a rispettare.

Il che porta a ritenere che le norme di legge la cui violazione può rilevare ai fini della configurabilità dell'abuso d'ufficio possono essere solo quelle **specificamente dirette a prescrivere o a vietare un determinato comportamento** del pubblico funzionario.

Ne deriva che **non dovrebbero rilevare le norme meramente procedurali**, come quelle dirette a disciplinare l'*iter* del procedimento amministrativo, e quelle programmatiche, come ad esempio quelle che impongono di rispettare il principio di buon andamento e di imparzialità della pubblica amministrazione di cui all'articolo 97 della Costituzione.

Ciò non sembra però sostenibile in modo assoluto.

In realtà, le norme procedurali potrebbero ancora assumere rilevanza laddove si tratti di **norme doverose e vincolanti** ("specifiche"), in grado di trasferire i propri effetti in via immediata sulla fase decisoria, alterandone gli esiti (sezione VI, 22 giugno 2017, Proc. gen. App. Bari e altri in proc. Fitto e altri).

Ergo, allorché la violazione di norme procedurali non abbia limitato i propri effetti all'interno del procedimento, risolvendosi in una illegittimità di rilievo solo amministrativo, ma abbia riverberato detti effetti all'esterno, provocando l'evento di danno che costituisce elemento costitutivo del reato (cioè, un ingiusto vantaggio patrimoniale per se stesso o per altri o un danno ingiusto per altri).

Per l'effetto, dovrebbe tuttora **attribuirsi rilievo penalistico alle violazioni delle regole sulla competenza** ovvero delle regole che prevedano l'ingresso nella fase procedimentale di un parere di altro soggetto o che addirittura prevedano il carattere vincolante di tale parere.

Analogo ragionamento dovrebbe farsi per la violazione dell'articolo 97 della Costituzione.

È pur vero infatti che ora il reato di abuso d'ufficio è ravvisabile solo in presenza di violazione di norme specifiche aventi contenuto immediatamente "precettivo", ma, entro questo ambito, anche la disposizione di cui all'articolo 97 della Costituzione ben potrebbe integrare il *proprium* dell'abuso, ove si risolve nell'imposizione di specifiche regole comportamentali.

Infatti, nella richiamata norma costituzionale, che pure detta principi di natura programmatica, è comunque individuabile un residuale significato precettivo ("specifico") relativo **all'imparzialità dell'azione amministrativa** e, quindi, un parametro di riferimento per il reato di abuso d'ufficio.

L'imparzialità a cui fa riferimento l'articolo 97 della Costituzione consiste, infatti, nel **divieto di favoritismi** e, quindi, nell'obbligo per la pubblica amministrazione di trattare tutti i soggetti portatori di interessi tutelabili alla stessa maniera, conformando logicamente i criteri oggettivi di valutazione alle differenziate posizioni soggettive.

In sostanza, il principio di imparzialità, se riferito all'aspetto organizzativo della pubblica amministrazione, ha certamente una portata programmatica e non rileva ai fini della configurabilità del reato di abuso d'ufficio, in quan-

to detto principio generale deve necessariamente essere mediato dalla legge di attuazione.

Invece, lo stesso principio, se riferito all'attività concreta della pubblica amministrazione, che ha l'obbligo di non porre in essere favoritismi e di non privilegiare situazioni personali che configgono con l'interesse generale della collettività, assume i caratteri e i contenuti precettivi richiesti dall'articolo 323 del Cp, in quanto impone al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio **una precisa regola di comportamento di immediata applicazione**. In altri termini, la violazione del principio di imparzialità - come "specifica" regola di condotta del pubblico funzionario - può assumere rilievo laddove, rispetto al provvedimento adottato, risulti produttiva di ingiustificate preferenze o favoritismi ovvero, al contrario, di condotte ispirate a vessazione, emarginazione e discriminazione motivata da ritorsione e finalizzata a procurare un danno ingiusto.

Il carattere vincolante della disposizione violata

Importante novità è rappresentata, ancora, dalla puntualizzazione che la regola di condotta la cui violazione può assumere rilievo è [solo] **quella "vincolante"**: cioè, più precisamente, **quella priva di profili di discrezionalità valutativa e applicativa**.

Ne deriva che ora non potrebbero più censurarsi penalmente gli atti viziati semplicemente da **"eccesso di potere"**, cioè gli atti compiuti per uno scopo diverso da quello tipico: vuoi perché la norma penale, attesa l'inequivoca formulazione letterale, non si estende a tutte le condotte comunque integranti un uso illegittimo dei poteri funzionali o un esercizio illegittimo dei compiti inerenti a un pubblico servizio, ma è stata appunto ristretta alla forma, tipizzata e di stretta interpretazione, indicata dalla violazione di «specifiche regole di condotta»; vuoi perché comunque l'eccesso di potere è vizio di legittimità che attiene al contenuto discrezionale dell'atto, cosicché la rilevanza penale risulta altresì esclusa proprio dall'ulteriore specificazione normativa che vuole escludere il sindacato penale rispetto ad attività comunque qualificate da «margini di discrezionalità».

È una novità di spessore, a fronte di una giurisprudenza non sempre uniforme (cfr., esemplificando, sezione VI, 17 giugno 2015, Proc. Rep. Trib. Rimini in proc. Feola, secondo cui non è configurabile il reato di abuso di ufficio con l'emanazione di un atto amministrativo inficiato da vizi di legittimità diversi da quelli tassativamente indicati dalla norma e, quindi, in presenza di un mero addebito di "eccesso di potere"; nonché, sezione VI, 16 dicembre 2002, Sciannameo e altro; ma cfr., in senso diverso, sempre esemplificando, sezione III, 15 dicembre 2016, Moar e altro, per la quale, invece, ai fini della configurabilità del reato di abuso d'ufficio, sussiste il requisito della violazione di legge non solo quando la condotta del pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando la stessa risulti orientata alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, realizzandosi in tale ipotesi il vizio dello sviamento di potere, che integra la violazione di legge poiché lo stesso non viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione).

Eccesso di potere e profili di discrezionalità della condotta

Se l'esclusione del vizio dell'eccesso di potere merita condivisione, perché elide il rischio di una possibile censura penalistica sul merito del provvedimento amministrativo, prova troppo **la limitazione degli spazi censori ai soli "atti vincolati"**, privi di discrezionalità.

Tale limitazione, a ben vedere, finisce con il neutralizzare praticamente gli spazi di applicabilità della norma incriminatrice, essendo la stragrande maggioranza degli atti e delle attività dell'amministrazione comunque caratterizzate dalla **necessità di una scelta**, quanto meno sotto il profilo dell'apprezzamento e della comparazione degli interessi in gioco (l'interesse pubblico e l'interesse del privato; a volte anche l'interesse privato di controinteressati).

Ora non potrebbero più censurarsi penalmente gli atti viziati da eccesso di potere, compiuti per uno scopo diverso da quello tipico

I casi di “atto vincolato” sono praticamente inesistenti e, se vogliamo, proprio la doverosità della determinazione esclude concettualmente il rischio dell'abusività della condotta (l'unico caso di “vincolatività” della condotta sembra riguardare la tempistica dell'adozione dell'atto, ove sia previsto un termine per il completamento dell'iter procedimentale).

E allora, sarebbe bastata questa limitazione alle attività non discrezionali, per ridurre l'ambito di applicabilità dell'abuso d'ufficio, essendo di fatto inutili le ulteriori modifiche introdotte.

Invece, proprio la rilevata, più ampia portata di tale limitazione normativa è tale che ne deriva lo svuotamento del reato, che resta come simulacro di un intervento sanzionatorio penale di **pressoché impossibile realizzazione**.

Di fatto, ormai, la casistica dell'abuso d'ufficio sembra essere confinata all'ipotesi della **violazione dell'obbligo di astensione** («in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti») (su tale disposizione, con particolare chiarezza, cfr. sezione VI, 15 marzo 2013, De Martin Topranin e altri, secondo cui la norma che incrimina l'abuso di ufficio, nella parte relativa all'omessa astensione in presenza di un interesse proprio dell'agente o di un prossimo congiunto, ha introdotto nell'ordinamento, in via diretta e generale, un dovere di astensione per i pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio che si trovino in una situazione di conflitto di interessi: pertanto, l'inosservanza di tale dovere comporta l'integrazione del reato anche quando faccia difetto, per il procedimento ove l'agente è chiamato ad operare, una specifica disciplina dell'astensione ovvero quando, sussistendo una specifica disciplina, questa riguardi un numero più ridotto di ipotesi o sia priva di carattere cogente; in termini, sezione VI, 15 dicembre 2015, Mancuso).

Sono comunque tempi perigliosi per il Governo e la politica. Nulla è detto sulla effettiva conversione del decreto legge

La sorte del decreto legge

Sono comunque **tempi perigliosi** per il Governo e la politica. **Nulla è detto sulla effettiva conversione del decreto legge**. E allora non è inutile citare quella convincente lettura interpretativa secondo cui la norma contenuta in un decreto legge non convertito (qui limitativa della “portata” dell'abuso d'ufficio) non ha attitudine, alla stregua del comma 3 dell'articolo 77 della Costituzione (previsione della perdita di efficacia *ex tunc* dei decreti legge non convertiti), a inserirsi in un fenomeno “successorio” quale quello descritto e regolato dall'articolo 2 del Cp, dovendosi considerare come mai esistito il decreto legge decaduto per mancata conversione in legge (cfr. sezione III, 24 settembre 2014, Palestra e altri).

SMART **24** PA

www.smart24pa.com



24 ORE
PROFESSIONALE