

L'abuso d'ufficio ed il sindacato del giudice penale

di C. Ariano

Nella primitiva versione del codice Rocco, il reato di abuso d'ufficio assumeva una funzione tipicamente sussidiaria e risultava, perciò, applicabile solo allorché l'abuso del pubblico ufficiale non era contemplato in modo specifico da una particolare disposizione di legge. Nel 1990, nell'ambito di una più ampia riforma, il legislatore, con l'articolo 13 della legge 26 aprile 1990, n. 86, modificò profondamente l'art.323 c.p. facendo dell'abuso di ufficio una figura cardine del sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione. Più precisamente, l'art. 323 venne riformulato in modo tale da poter includere incluse in sé anche i fatti riconducibili ai reati di interesse privato e peculato per distrazione, che, conseguentemente, furono abrogati.

Il legislatore, peraltro, ridisegnando la fattispecie del delitto di abuso si sforzò di descrivere il fatto punibile con una certa precisione, e ciò al fine di evitare che un'eccessiva genericità della norma penale potesse consentire ingerenze dei giudici e, soprattutto, dei pubblici ministeri in settori riservati alla discrezionalità della pubblica amministrazione.

Come è noto, la riforma del 1990 non produsse gli effetti voluti. Anzi, a seguito della riforma legislativa, l'ambito di applicazione della disposizione venne dilatato a dismisura, tanto che molti studiosi ravvisarono nel rischio di sconfinamenti del giudice penale nella sfera amministrativa, una delle cause della paralisi di alcuni importanti settori della pubblica amministrazione.

Da tali precedenti storici è nata la riforma del 1997, il cui fine dichiarato è quello di limitare il controllo penale sull'attività dei pubblici amministratori entro confini compatibili con il principio costituzionale della divisione dei poteri.

Questa tormentata evoluzione normativa costituisce il substrato sul quale si è sviluppata la travagliata "storia interpretativa" della disposizione, che ha raggiunto, appunto, i toni più accesi negli anni '90, quando proprio l'abuso di ufficio giocò un ruolo importante nelle indagini giudiziarie che portarono allo "smantellamento" di quel sistema di illegalità diffusa nelle dinamiche dell'apparato politico-amministrativo. In tale contesto, un non infrequente uso disinvolto dell'art. 323 c.p. da parte della magistratura inquirente, ha sollevato le critiche da parte di chi, non senza qualche ragione, individuava, appunto, in tale fattispecie uno strumento troppo invasivo nelle mani del potere giudiziario *versus* il potere esecutivo proprio della Pubblica amministrazione: donde il rischio paventato di attendere al fondamentale principio della *separazione di poteri* in uno Stato di diritto.

In effetti la norma è stata per anni considerata una "norma penale in bianco" in quanto la fattispecie criminosa ivi prevista era suscettibile di un uso ampiamente discrezionale tale da causare un'indebita sovrapposizione del sindacato del giudice penale sulle scelte amministrative. La nuova formulazione (così come introdotta dall'art.1 della legge 16/07/1997 n. 234), continua a caratterizzarsi, analogamente al precedente, come norma di chiusura destinata ad operare in via residuale e, comunque, dopo la valutazione imposta dalla norma medesima circa la maggiore o minore gravità del reato.

L'esistenza della clausola di riserva, relativamente indeterminata, attribuisce carattere sussidiario al reato de quo solo in relazione all'ipotesi sanzionata più gravemente. Formulazione pone dei confini più definiti all'illecito penale, che è subordinato alle seguenti condizioni:

- l'intenzione di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale (non si parla più del vantaggio non patrimoniale) ovvero arrecare ad altri un danno ingiusto (che viceversa ad avviso della dottrina può essere anche non patrimoniale),
- la violazione di una precisa norma di legge o di regolamento, o la mancata astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti;
- la violazione o l'omissione di cui al punto precedente devono essere la causa dell'ingiusto vantaggio o del danno ingiusto.

A seguito della riforma del 1997 è unanimemente riconosciuta la natura plurioffensiva del reato, in quanto teso alla tutela di un duplice interesse: il buon andamento e la trasparenza della p.a., l'interesse del privato a non essere turbato nei suoi diritti costituzionalmente garantiti. Proprio a

seguito di tale duplice interesse la giurisprudenza, mutando il suo precedente orientamento, ha affermato che persona offesa dal reato oltre alla p.a. è anche il privato cui il delitto ha arrecato danno. In altri termini, il delitto di abuso di ufficio si caratterizza per una alternativa di eventi (conseguimento di un ingiusto vantaggio patrimoniale – realizzazione di un ingiusto danno per altri): nella prima ipotesi, il bene tutelato dalla norma è solo la imparzialità della Pubblica Amministrazione; viceversa nella seconda ipotesi, assume la qualità di persona offesa anche il privato leso nei suoi diritti.

Il vantaggio patrimoniale si configura in tutti i casi in cui l'abuso sia finalizzato a creare una situazione favorevole per il complesso dei diritti soggettivi a contenuto patrimoniale facenti capo a un determinato soggetto, indipendentemente dall'effettivo incremento economico. Ad esempio integra la fattispecie in esame la condotta della componente di una commissione esaminatrice che elude la prescrizione dell'anonimato della prova scritta allo scopo di valutare più favorevolmente un candidato, e quindi procurare ad esso un ingiusto vantaggio patrimoniale (cfr. Cass. Sez. VI sent. 6702/97).

Ai fini dell'integrazione dell'elemento oggettivo del reato è necessario che l'abuso si realizzi attraverso l'esercizio da parte del pubblico ufficiale di un potere per scopi diversi da quelli imposti dalla natura della funzione ad esso attribuita. Ne consegue che, quando il pubblico ufficiale agisca del tutto al di fuori dell'esercizio delle sue funzioni, il reato in questione non è configurabile (cfr. sez. VI sent. 5118/98).

In questa sede si vuole rendere conto delle principali pronunce giurisprudenziali intervenute in materia a partire dal 1997, e dunque con riferimento ai problemi interpretativi e applicativi relativi all'attuale formulazione della fattispecie incriminatrice.

Con questo non si vuole sottovalutare, ovviamente, il fondamentale contributo apportato dalla dottrina a favore della corretta ricostruzione, in tutti i suoi elementi, del reato di cui si tratta; dottrina che, peraltro, tuttora si discosta da alcune interpretazioni adottate dalla Corte di Cassazione. Tuttavia si è preferito fotografare lo "stato dell'arte" intorno all'art. 323 del c.p., quale emergente, appunto, da quello che sempre più spesso viene chiamato il "diritto vivente", ovvero il diritto così come tradotto in concreto dai giudici deputati ad applicarlo, tentando in tal modo una ricognizione del reato che possa essere un utile punto di riferimento per l'operatore del diritto.

A seguito della riforma del 1997 la giurisprudenza ha chiarito il concetto di violazione di legge o regolamento introdotto dal legislatore.

Perché la violazione di legge o di regolamento possa integrare il delitto di abuso d'ufficio occorrono due presupposti: "*che la norma violata non sia genericamente strumentale alla regolarità dell'attività amministrativa, ma vieti puntualmente il comportamento sostanziale del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, tanto che a tal fine possono ritenersi irrilevanti "...le violazioni di norme generalissime o di principio, come quella prevista dall'articolo 97 della Costituzione sul buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, che peraltro appare di carattere organizzativo e non sembra prescrivere specifici comportamenti ai singoli soggetti"; ed ancora "che l'agente deve violare leggi e regolamenti che di questi atti abbiano i caratteri formali ed il regime giuridico, non essendo sufficiente un qualunque contenuto materialmente normativo della disposizione trasgredita"* (Cass. sez. II, 4-12-1997, cit.).

In questo modo il Supremo Collegio ha indicato una precisa traccia all'interprete, rilevando che "*un'interpretazione diversa da quella prospettata finirebbe con il rendere assolutamente vana la riforma del 1997, volta a valorizzare il principio della separazione dei poteri e ad individuare, con sufficiente chiarezza, il discrimine tra illegittimità ed illiceità"* (Cass. sez. II, 4-12-1997, cit.). Ne consegue che è da escludere che possano formare oggetto di sindacato da parte del giudice penale quelle norme di principio che fanno riferimento a canoni indeterminati e generici di comportamento.

Basti pensare alla norma generale di cui all'art. 97 della Costituzione, che impone di assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione o, nello specifico, all'art. 13 comma 2 della legge 9-3-1989 n. 88, che nel delineare la figura del dirigente in materia di INPS, prescrive che egli garantisca "*l'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione attenendosi ai principi della legalità, della tempestività e della economicità della gestione*".

" *Se disposizioni di tal fatta - è stato esattamente detto - dovessero costituire il parametro di valutazione per stabilire l'inosservanza di norme di legge rilevanti nell'ambito dell'art. 323 c.p., è chiaro che quel che il legislatore si è sforzato di buttar dalla porta, rientrerebbe agevolmente dalla finestra* " .

In altri termini, nel porre a base del reato di abuso d'ufficio la violazione di "norme di legge o di regolamento" il legislatore, con la riforma del '97, ha fatto una precisa scelta di campo, fondando l'incriminazione su regole di comportamento specifiche e determinate, escludendo, quindi, che possano assumere rilevanza quei canoni di comportamento ispirati ai principi di buona amministrazione, in cui la genericità prevale sul precetto specifico, la duttilità sul formalismo.

Il giudice conseguentemente deve ad attenersi alla tassatività del precetto, che, come detto, ha circoscritto l'ambito della fattispecie criminosa, limitando in ogni caso il momento della discrezionalità.

Ciò non toglie, ovviamente, che il dovere di imparzialità e di buon funzionamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.), unitamente al dovere, rivolto a tutti coloro cui siano affidate funzioni pubbliche, " *di adempierle con disciplina ed onore* " (art. 54 Cost.), vale a dire con legalità e rettitudine, rappresentino in ogni caso i valori-fine costituzionalmente rilevanti e allo stesso modo gli interessi penalmente tutelati attraverso la norma in esame. □

La violazione del dovere di astensione da parte del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, integra l'ipotesi di reato solo quando si accompagna alla strumentalizzazione dell'ufficio stesso (c.d. sviamento di potere), ossia ad un uso distorto dei poteri funzionali, ovvero, un cattivo esercizio dei compiti inerenti un pubblico servizio, dal quale derivi il vantaggio o danno ingiusto. (Fattispecie in tema di gara di appalto per la fornitura di pasti alle mense scolastiche comunali in cui la Corte ha dichiarato inammissibili i ricorsi avverso la sentenza di condanna della legale rappresentante dell'impresa poi risultata aggiudicataria e del marito, già consulente incaricato dalla stesso Comune di studiare e predisporre il capitolato di gara, il quale non si era astenuto dall'intervenire quale membro della Commissione di esame delle offerte della gara di appalto, attribuendo impropriamente il punteggio alla impresa gestita dalla moglie – cass. Sez. VI sent. 11415/2003). Ne consegue che il giudice dovrà operare una duplice distinta valutazione: l'illegittimità del mezzo (la mancata astensione) e l'ingiustizia del vantaggio (che dovrà ritenersi insussistente qualora l'uso del potere discrezionale del p.u. sia stato corretto).

Nel testo sostituito dall'art. 1 della legge 16/07/1997 n. 234, in tema di elemento soggettivo, è richiesta la presenza del dolo diretto, come si ricava dalla espressione "intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale". L'uso dell'avverbio "intenzionalmente" ha voluto limitare il sindacato del giudice penale a quelle condotte del pubblico ufficiale dirette, come circostanza immediatamente perseguita, a procurare un ingiusto vantaggio patrimoniale o ad arrecare ad altri un ingiusto danno. Ne deriva che, qualora nello svolgimento della funzione amministrativa il pubblico ufficiale si prefigga di realizzare un interesse pubblico, legittimamente affidatogli dall'ordinamento, pur giungendo alla violazione di legge e realizzando un vantaggio al privato, deve escludersi la sussistenza del reato. (Fattispecie relativa alla condotta del sindaco di un comune sito in una zona turistica che aveva rilasciato un certificato di abitabilità e di agibilità di un complesso turistico in violazione delle norme in materia urbanistica e sanitaria che imponevano il previo rilascio di una concessione edilizia in sanatoria, subordinata a nulla osta ambientale, allo scopo di perseguire il fine pubblico di assicurare la stagione turistica del comune che fonda la sua economia esclusivamente sul turismo - cfr. Cass. Sez. VI sent. n. 42893/2002). Niente più "dolo eventuale", perciò, cioè mera accettazione del rischio che l'evento illecito si verifichi; ma neppure "dolo diretto", ovvero certezza o alta probabilità del fatto criminoso: l'incriminazione *de qua* sussiste solo in presenza di una chiara intenzionalità aggressiva nei confronti dell'interesse pubblico protetto.

Sicché, una volta accertata l'oggettività dell'abuso attraverso la devianza dell'atto o del comportamento delle regole poste a presidio dei principi di imparzialità e/o buona amministrazione, occorre dimostrare in capo al soggetto pubblico la coscienza e la volontà di tale devianza (che comprende, normalmente, anche quella delle relative conseguenze),

individuando e provando che cosa in concreto si sia prefisso con la propria condotta illegale, giacchè il reato sussiste solo se tale intenzione si identifichi nel procurare volontariamente un danno od un danno ingiusto a sé o ad altri.

In tal senso sarebbe opportuno che il Legislatore rendesse definitivamente ed espressamente normativo quel prudente ed equilibrato orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione secondo cui in tema di "abuso d'ufficio" l'illegittimità dell'azione amministrativa costituisce solamente uno - e dunque non l'unico - dei presupposti o comunque degli elementi costitutivi della condotta penalmente illecita.

Principio che la stessa Suprema Corte ha inteso "rafforzare - a fronte di una sempre minor attenzione accordata dai giudici di merito all'elemento soggettivo (che sempre più tende ad essere "presunto")- allorché ha statuito che la mera "violazione di legge" non è di per sé sufficiente ad integrare la fattispecie dell'"abuso", essendo all'uopo necessario un "quid pluris" (consistente nello sviamento dalla causa tipica del potere esercitato oltre chè nel danno ingiusto prodotto).

Detto questo, resta tuttavia impregiudicata un'altra grave questione: quella di stabilire quale sia il giudice naturalmente competente a qualificare come "illegittimo" il comportamento amministrativo - e dunque a questo punto anche "penalmente"- rilevante.

La questione non è di poco conto, se si pensa che da tale qualificazione dipende sovente la sussistenza o meno del reato.

Accade infatti, che di fronte ad una medesima fattispecie, laddove i Giudici Amministrativi ritengano lecito l'azione della P.A., viceversa i Giudici penali la condannano giudicandola illegittima.

Già autorevole dottrina ha avuto modo di rilevare come si possa "*ragionevolmente pronosticare che la trascrizione del testo della legge in linguaggio penalistico - quale probabilmente avverrà davanti ad ogni giudice penale - condurrà ad osservare che lo stravolgimento dell'uso del potere discrezionale è anch'esso una gravissima violazione di leggi e regolamenti e perciò deve essere punito anche sotto la nuova legge*"

Senza contare le dispute interpretative che sicuramente si apriranno sul contenuto e sui limiti delle "norme di legge o di regolamento": sulla natura giuridica della prescrizione normativa contenuta in una determinata disposizione di legge ed in particolare sulla esatta individuazione dei regolamenti che presentano caratteri estremamente generici. "*V'è il rischio, - è stato opportunamente rilevato - tutt'altro che teorico, che i processi per abuso d'ufficio divengano contenitori stralunati di squisite diatribe giuridiche sulla natura di un determinato atto, e di dotte disquisizioni sulla rilevanza della 'forma' e la portata del 'contenuto'*".

In tal modo, però, si persisterebbe deprecabilmente nell'atteggiamento interpretativo tradizionale, che sarebbe in netto contrasto non solo con lo spirito della riforma, ma anche con il chiaro dettato normativo.

Quanto è avvenuto nel passato deve essere di insegnamento al fine di evitare che la magistratura inquirente continui ad invadere il campo della discrezionalità amministrativa, senza rendersi conto del profondo processo di trasformazione che ha caratterizzato la P.A. Da un sistema fortemente accentrato, in cui l'amministratore pubblico esercitava le proprie funzioni quale braccio esecutivo della legge, perseguendo in maniera imparziale e asettica i fini prestabiliti dall'ordinamento, attraverso schemi formali di azione, si è passati, con l'avvento della Costituzione repubblicana, ad un sistema profondamente diverso, con la progressiva crescita degli spazi di scelta di azione, frutto di un sempre più accentuato decentramento politico-amministrativo.

L'assunzione da parte dello Stato di nuovi compiti di promozione, assistenza e recupero sociale, gli interventi nei principali settori dell'economia, hanno imposto il superamento del vecchio rapporto tra legge e amministrazione pubblica, con un'ampia autonomia di quest'ultima che è andata assumendo forme imprenditoriali in via diretta o indiretta.

Il modello di azione che contraddistingue questo nuovo sistema implica una chiara scelta discrezionale, che sottrae l'amministratore pubblico ad

ogni precostituito schema formale, conferendogli autonomia di azione nella realizzazione del pubblico interesse. Alla scelta autonomistica compiuta dalla nostra Costituzione avrebbe dovuto, però, seguire una chiara definizione degli ambiti della discrezionalità amministrativa, ed in primo luogo un pronto ed efficace controllo amministrativo-contabile, capace di evitare quelle degenerazioni nell'esercizio del potere discrezionale che sono evidente segno di patologia del sistema.

La discrezionalità amministrativa può, infatti, snaturarsi e, in mancanza di efficaci controlli interni, stimolare controlli anomali da parte del giudice penale in funzione di supplenza. Il sindacato del magistrato penale finisce così per travolgere tutto, investendo ogni forma di uso distorto del potere discrezionale, senza escludere quelle irregolarità formali che possono costituire oggetto di censura sotto altri profili, ma non certo sotto quello penale.

Bibliografia essenziale

- A. D'Avirro, Delitti contro la pubblica amministrazione Milano 1999
BARTULLI, L'interesse privato in atti d'ufficio, Milano, 1974.
CADOPPI, Omissione o rifiuto di atti d'ufficio, in Enc.giur.,XXI,Roma 1990,1.
G.A. De Francesco "La fattispecie dell'abuso d'ufficio: profili di ermeneutica e di politica criminale". Cass. pen. 1999, 1936
M. Gambardella, Il controllo del giudice penale sulla legittimità amministrativa, Milano 2002
A. Magliaro, Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la Pubblica amministrazione, 9 ed. Milano 2000
Padovani, L. 16-7-1997 n. 234, cit., 745.
Pagliaro, La nuova riforma dell'abuso d'ufficio, Dir. pen. e processo, 1997, 1399.
M. Romano, I delitti contro la Pubblica amministrazione. I delitti dei Pubblici amministrativi, I, Milano, 2002.
PANTALANO, I reati contro la pubblica amministrazione a seguito della L.n.86/1990,Napoli,1991.
STILE, La Riforma dei delitti contro la P.A., Napoli 1987