by Tonucci & Partners





Stampa l'articolo | Chiud

la riforma

Abuso d'ufficio, "depenalizzata" l'area della discrezionalità amministrativa

Ida Blasi *

Il sindacato incidentale attribuito al giudice penale sull'atto amministrativo e sull'esercizio della discrezionalità dell'azione del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, pur in presenza di una fattispecie sufficientemente tipizzata dall'art. 323 c.p. nella formulazione già novellata dall'art. 1 della legge n. 234 del 16 luglio 1997, si è tradotto in una produzione di interpretazioni "sostitutive" del precetto penale che ne hanno esteso oltre misura l'ambito di applicazione. Che tale sia il sostrato in cui si inserisce la novella dell'art. 323 c.p., attuata dall'art. 23 del Decreto - Legge n. 76 del 16 luglio 2020, è comprovato dalle statistiche riguardanti l'ingente numero di procedimenti penali annualmente iscritti per tale reato ed il numero, assolutamente esiguo, di condanne che in ultima analisi li definiscono. Nel contesto del cosiddetto Decreto Semplificazioni, che sotto numerosi aspetti interviene a semplificare in un'ottica di speditezza e maggiore efficienza l'azione della pubblica amministrazione e ad incidere anche sui presupposti della responsabilità contabile, si innesta una nuova definizione del delitto di abuso d'ufficio.

La fattispecie di **abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p.** è stata oggetto dalla sua entrata in vigore nel Codice Rocco sino alla pubblicazione del Decreto – Legge n. 76 del 16 luglio 2020, di tre significative novelle[1] - oltre ad una modifica concernente il trattamento sanzionatorio[2] - tutte dichiaratamente orientate a rimediare ad una strutturale carenza di tipicità della norma ed alle conseguenti ambiguità radicatesi nell'ambito del cosiddetto diritto vivente. La discussa disposizione incriminatrice, nella sua terza formulazione risalente alla legge n. 234/1997, si inseriva (come del resto anche in precedenza) tra i delitti contro la Pubblica Amministrazione con funzione sostanzialmente sussidiaria rispetto a fattispecie più gravi, sussumendo al suo interno condotte che avrebbero dovuto assumere valenza residuale.

A dispetto della sua teorica "marginalità" nel sistema dei **delitti contro la Pubblica Amministrazion**e, il numero di procedimenti iscritti per il delitto di cui all'art. 323 c.p. proliferava a dismisura, con esiti punitivi però molto modesti. Mentre la norma de qua sopravviveva per oltre un ventennio ai dubbi di legittimità costituzionale sollevati (si vedano tra le più recenti, Corte Cost., ordinanze n. 251/2006 e n. 177/2016), il complesso scenario dei delitti contro la Pubblica Amministrazione subiva a sua volta nuove[3] importanti riforme, a partire dalla legge n. 190/2012, sino alla **legge n. 3/2019**, **cosiddetta "Spazzacorrotti"**, senza alcuna specifica incidenza sull'abuso d'ufficio[4].

Quest'ultimo è stato ora modificato, in un contesto storico in cui la legislazione d'urgenza si produce quasi quotidianamente, con risultati di dubbia efficacia rispetto alle finalità astrattamente perseguite. Alla vigilia e nell'immediatezza della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del **Decreto legge n. 76 del 16 luglio 2020**, si sono susseguiti alcuni preliminari commenti di segno non univoco particolarmente in ordine alla tecnica descrittiva adoperata per ridefinire la fattispecie e sulla sua coerenza rispetto alla pretesa paralisi dell'azione della Pubblica Amministrazione asseritamente dovuta al timore di incriminazioni a titolo di abuso d'ufficio[5].

Prima di svolgere alcune riflessioni al riguardo, merita rilevare come, esattamente un giorno prima, sia stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il **Decreto Legislativo n. 75 del 15 luglio 2020**, che nel dare attuazione alla direttiva (UE) 2017/1371 relativa alla "lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale" apportava alcune modifiche al codice penale, ed in specie al trattamento sanzionatorio per i delitti di cui agli artt. 316, 316 ter, 319 quater, 322 bis, nei casi in cui i fatti offendano gli interessi finanziari dell'Unione Europea e il danno o il profitto siano superiori ad euro 100.000,00, oltre a modificare all'art. 5, il Dlgs n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, inserendo nel catalogo dei delitti presupposto, tra gli altri, proprio il delitto di abuso d'ufficio.

Lo stesso delitto - come si è detto - riformato un giorno dopo, con diretta necessaria incidenza proprio sul neo-modificato art. 25, comma 1, Dlgs n. 231/2001. Dato atto di tale singolare sequenza cronologica, va osservato come il Legislatore d'urgenza abbia ritenuto di agevolare la ripresa dell'ordinario andamento dell'attività della Pubblica Amministrazione attraverso un processo di semplificazione di alcune procedure, all'insegna dell'emergenza sanitaria da Covid 19, al cui interno la rimodulazione di un segmento di fatto tipico della norma incriminatrice di cui all'art. 323 c.p. assumerebbe una funzione strategica.

In particolare, il previgente precetto puniva il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, procurasse intenzionalmente a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arrecasse ad altri un danno ingiusto. L'abuso d'ufficio, dunque, presupponeva una violazione di legge o di regolamento o la mancata astensione in presenza di un conflitto di interesse, direttamente ricollegabile alla realizzazione dell'evento costituito dall'acquisizione di un ingiusto vantaggio patrimoniale o dalla causazione di un danno ingiusto; comportamenti sorretti dal dolo cosiddetto intenzionale. Le criticità insite in siffatta formulazione, si ricollegavano innanzitutto alla esatta delimitazione del concetto di violazione di legge o di regolamento, a fronte di interpretazioni estensive del dictum normativo tali da ricomprendervi la violazione dei valori costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità della Pubblica Amministrazione, riferibili all'art. 97 della Costituzione (principi, del resto, analogamente evocati dalla giurisprudenza di legittimità anche ai fini dell'individuazione, in materia di corruzione, delle nozioni di atto d'ufficio ed atto contrario ai doveri d'ufficio).

Accedendo a tale interpretazione estensiva propugnata dal diritto vivente, l'accertamento della violazione di legge si risolveva in alcuni casi in una valutazione "incidentale" – e non solo, da parte del giudice penale sul "merito amministrativo" o

addirittura in un sindacato di illiceità di atti anche ove ritenuti legittimi ad opera della giurisdizione amministrativa[6]. È però altrettanto vero che la violazione di legge, anche nella sua più vasta accezione, non integrava ex se il delitto di abuso d'ufficio richiedendosi, oltre all'elemento soggettivo del dolo intenzionale, il requisito ulteriore della cosiddetta "doppia ingiustizia", cioè a dire dell'obiettiva ulteriore ingiustizia del vantaggio patrimoniale ovvero del danno arrecato a terzi. È interessante osservare come proprio il criterio dell'accertamento del **requisito della doppia ingiustizia**, sembrasse poter assurgere a momento selettivo dell'area di rilevanza penale della condotta eventualmente non conforme ai principi regolatori dell'azione dalla Pubblica Amministrazione, pur con l'ovvia difficoltà di discernere concretamente l'ingiustizia della condotta dall'ingiustizia dell'evento del delitto di abuso d'ufficio. Ancora, la **necessaria "patrimonialità" del vantaggio**, in una prima fase intesa come vantaggio avente diretta rilevanza patrimoniale aveva finito per estendersi ad incrementi di carattere economico indiretti o addirittura potenziali, così dilatando anche i confini dell'evento del reato.

Ebbene, i deficit di tipicità sin qui commentati, pur rendendo auspicabile un intervento idoneo a tracciare con sufficiente determinatezza la sfera applicativa del delitto di abuso d'ufficio, avrebbero probabilmente meritato un'opera di approfondimento maggiore e meglio ponderata. In primo luogo, il novellato testo dell'art. 323 c.p., vede la violazione di norme di legge o di regolamento, sostituita dalla "violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge dalle quali non residuano margini di discrezionalità", con conseguente espunzione dall'area di rilevanza penale delle condotte ricollegate ad attività di natura discrezionale. Invero, a meno di non voler immaginare che il futuro diritto vivente ricondurrà l'interpretazione del novum genus di "violazione" ancora una volta alla generale lesione dei principi costituzionali dettati dall'art. 97 della Costituzione, deve constatarsi come il Legislatore d'urgenza abbia relegato il delitto di abuso d'ufficio ai soli casi di violazione di norme sostanzialmente imperative nell'individuazione delle condizioni di esercizio della pubblica funzione, con conseguente impunità dei pubblici funzionari le cui attribuzioni si esprimano attraverso la formazione o l'adozione di atti che presuppongano l'esercizio della discrezionalità.

Tuttavia, la concreta verifica processuale in ordine alla violazione di norme attributive di funzioni di carattere non discrezionale e la distinzione tra queste e quelle che invece riconoscano al pubblico funzionario poteri che necessitano l'esercizio di una discrezionalità, potrebbe imporre al giudice penale[7] di dover (e saper) discernere specificamente le peculiarità dell'atto o del procedimento amministrativo. L'interprete, dunque, dovrà padroneggiare le opportune nozioni di diritto amministrativo e la sua valutazione potrebbe porsi in contrasto con eventuali paralleli pronunciamenti del giudice amministrativo.

Accanto alla apparentemente rigida e rigorosa definizione di violazione di regole di condotta non discrezionali, resta invece inalterata la ulteriore tipologia di condotta rilevante ai sensi dell'art. 323 c.p., vale a dire quella consistente nella violazione di obblighi di astensione in presenza di **interesse privato** proprio o altrui che, con ogni evidenza si pone in antitesi con il compimento di atti dell'amministrazione privi di profili di discrezionalità.

Pur non potendo sfuggire la complessità delle questioni che ruotano intorno alle esigenze di conferire maggiore determinatezza alla fattispecie in esame ed alle evidenti connesse difficoltà, è lecito chiedersi se l'intento del Legislatore d'urgenza fosse realmente quello di pervenire, come chi scrive ritiene, ad una sostanziale "depenalizzazione" di una delle preesistenti modalità di condotta previste dalla norma derivante dalla espunzione di buona parte dell'area della discrezionalità amministrativa dalla fattispecie delittuosa, con plausibili effetti retroattivi.

In secondo luogo, la scelta di **intervenire** – come di frequente accaduto nei mesi dell'emergenza sanitaria – **con Decreto Legge**, in materia penale, desta **non poche perplessità**, tra l'altro, sul fronte del diritto costituzionale. Da un primo punto di vista, se è vero che il proliferare di procedimenti iscritti per il delitto di abuso d'ufficio può avere inciso sull'attività dei pubblici amministratori, non può escludersi che l'evocata paralisi possa essere stata sensibilmente amplificata anche dalla riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione del 2012[8], oltre che dall'intervento marcatamente repressivo – al punto da esporsi a profili di palese incostituzionalità – operato dalla legge n. 3/2019[9].

Tuttavia, che l'attuale condizione di ritardo sistemico, su cui hanno in ultimo influito anche le chiusure degli uffici pubblici e le significative carenze di informatizzazione tali da non consentire la prosecuzione dalle attività da remoto, integri i **presupposti di straordinarietà ed urgenza** (art. 77 Cost.) in rapporto alla specifica necessità di incidere sulla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 323 c.p., **appare** a chi scrive **controvertibile**. Ma anche ammettendo la conformità dello strumento normativo adoperato ai suoi presupposti costituzionali, non può tacersi del fatto che una eventuale mancata conversione del Decreto Legge, contenente una norma penale di favore produrrebbe gravi ripercussioni nonché incertezze ben maggiori di quelle che avrebbe dovuto sanare.

* Tonucci & Partners

- [1] Legge 26 aprile 1990, n. 86; Legge 16 luglio 1997, n. 234; Decreto Legge n. 76 del 16 luglio 2020.
- [2] Art. 1, comma 75, lett. p), Legge 6 novembre 2012, n. 190, che sostituiva la pena previgente "da sei mesi a tre anni", in quella "da uno a quattro anni".
- [3] In precedenza, Legge 26 aprile 1990, n. 86.
- [4] Cfr. nota 2.
- [5] Cfr. ad esempio, "Semplificare l'abuso d'ufficio. <<Bene il governo, ma la discrezionalità è sempre del PM>>. Parla Manes. Il Professore di Diritto Penale dell'università di Bologna analizza la riforma del reato contenuta nel Decreto semplificazioni", Il Foglio, 15 luglio 2020; Padovani T. "Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio", Giurisprudenza Penale, <u>www.giurisprudenzapenale.com</u>, 16 luglio 2020.
- [6] Si pensi ad esempio alla vasta casistica avente quale presupposto l'adozione di provvedimenti in materia urbanistica ed il sindacato del giudice penale sull'illiceità del titolo abilitativo; ma si veda, in senso opposto, sulla inesistenza di un sindacato del giudice penale sul merito amministrativo o sull'atto amministrativo, nonché sul necessario accertamento dell'esistenza di un reato da parte del giudice penale, Padovani T. "Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio", cit., pag. 6.
- [7] E prima ancora al Pubblico Ministero.
- [8] Si pensi, a titolo esemplificativo, all'art. 1, comma 51, Legge n. 190/2012, in tema di

Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti, cui si aggiungeva l'obbligo di segnalazione di cui all'art. 8 D.P.R. n. 62/2013 e ai timori che a tale obbligo possono ricollegarsi nell'ambito dell'azione amministrativa.

[9] Si veda, ad esempio, Corte Costituzionale sentenza n. 32 del 12 febbraio 2020, depositata il 26 febbraio 2020, nonché ordinanza n. 49 del 2020.

P.I. 00777910159 - © Copyright Il Sole 24 Ore - Tutti i diritti riservati