



ABUSO D'UFFICIO

UN SUPPORTO AI COLLEGI TERRITORIALI
ENTI DI DIRITTO PUBBLICO NON ECONOMICO
NELLA GESTIONE DELLE ATTIVITA'
ALLA LUCE DELLE NUOVE SENTENZE

Non c'è violazione penale se i funzionari esercitano il potere con discrezionalità: è il risultato della modifica normativa apportata dal Decreto Legge Semplificazioni.

Gennaio 2021

IL REATO DI ABUSO D'UFFICIO E' STATO MODIFICATO DAL DECRETO SEMPLIFICAZIONI

Il reato di abuso d'ufficio, nel mese di luglio 2020 è stato modificato dal "Decreto Semplificazioni" che, per favorire la ripresa economica, ha voluto snellire le condizioni dell'attività delle pubbliche amministrazioni.

Ora la discrezionalità che connota l'esercizio del potere dei funzionari o responsabili dell'Ufficio può evitare la condanna. Una nuova sentenza della Corte di Cassazione (Cass. Sez. VI Penale, sent. n. 442/21 del 8 gennaio 2021) spiega i motivi per i quali oggi il giudice penale non può più sindacare l'operato dei pubblici funzionari, diversamente da quanto avveniva in passato e questo fa cadere anche le vecchie incriminazioni.

L'abuso d'ufficio è un reato proprio, cioè può essere realizzato non da chiunque ma solo da determinate categorie di soggetti, che in questo caso sono i pubblici ufficiali o gli incaricati di pubblico servizio.

Per gli effetti degli artt. 357 e 358 c.p., la **pubblica funzione** o il **pubblico servizio** prescindono da un rapporto di impiego con lo Stato o l'ente pubblico. Va, infatti, considerato pubblico ufficiale non solo colui che con la sua attività concorre a formare quella dello Stato o di altri enti pubblici, ma anche chi svolge attività accessorie o sussidiarie ai fini istituzionali di tali enti, in quanto in questi casi si verifica, *attraverso l'attività svolta, una partecipazione, sia pure in misura ridotta, alla formazione della pubblica amministrazione*. Per la qualifica di pubblico ufficiale, non è richiesto lo svolgimento di un'attività che abbia efficacia diretta nei confronti di terzi, ma anche quella che comporta l'attuazione completa e connaturale dei fini dell'ente pubblico e non può essere isolata all'interno dell'intero contesto delle funzioni pubbliche. *Cassazione penale sez. VI 23 settembre 2014 n. 43820.*

L'art. 358 c.p. definisce l'incaricato di un pubblico servizio come colui che, a qualunque titolo, presta un servizio pubblico, a prescindere da qualsiasi

rapporto d'impiego con un determinato ente pubblico. Non si richiede, quindi, che l'attività svolta sia direttamente imputabile a un soggetto pubblico, essendo sufficiente che il servizio, anche se concretamente attuato attraverso organismi privati, realizzi finalità pubbliche. *Cassazione penale sez. VI 07 marzo 2012 n. 39359*

ABUSO D'UFFICIO: IN COSA CONSISTE

La condotta punibile consiste nella «violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità»: quest'ultimo inciso è stato aggiunto dal recente **Decreto Legge "Semplificazioni"**¹ a fronte della precedente formulazione, che parlava semplicemente di «violazione di norme di legge o di regolamento». Questa modifica, ha ridotto la portata della norma.

C'è anche un altro modo per integrare il reato di abuso d'ufficio, che si concretizza «**omettendo di astenersi** in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti» dalla legge, dunque violando le normative volte a prevenire ed impedire i conflitti di interesse per parentela, cointeressenze in affari o società, incompatibilità nel ricoprire determinate cariche pubbliche e nell'esercitare i poteri connessi.

In entrambe le ipotesi, le condotte devono essere state poste in essere «**intenzionalmente**» e al fine di «procurare a sé o ad altri un **ingiusto vantaggio** patrimoniale o arrecare ad altri un ingiusto danno».

LA DISCREZIONALITÀ DEI PUBBLICI FUNZIONARI

La discrezionalità è un connotato tipico dell'esercizio dei poteri amministrativi ed è in gran parte ineliminabile e incompressibile: le norme di

¹ Art. 23, comma 1, D.L. 16 luglio 2020, n.76.

legge solitamente esprimono principi generali e fissano soltanto i criteri che orientano le azioni delle pubbliche amministrazioni ma non specificano quasi mai nel dettaglio i contenuti di queste attività demandate ai pubblici funzionari.

Così inevitabilmente le norme che disciplinano i modi di esercizio del potere amministrativo in quasi tutti gli ambiti e settori – dalla sanità all'ordine pubblico, dall'istruzione all'urbanistica – lasciano un ampio spazio alla discrezionalità – amministrativa, tecnica ed interpretativa – di chi è chiamato ad applicarle di volta in volta nei casi concreti.

La conseguenza più evidente è che ora il **funzionario** che agisce nella discrezionalità tipica attribuita alla sua sfera di potere e di competenze andrà **esente da condanna** per i reati di abuso d'ufficio dei quali era stato imputato secondo la normativa precedente e non potrà essere accusato per le condotte nuove, cioè quelle poste in essere da luglio 2020 in poi, a meno che non emerga una violazione conclamata delle **regole legislative** che richiedono azioni vincolate e prive di discrezionalità.

Ora affinché la condotta costituisca reato di abuso d'ufficio, e dunque integri la responsabilità penale, è necessaria una violazione intenzionale di regole cogenti per l'azione amministrativa, che devono essere fissate da una **fonte legislativa primaria** (legge ordinaria, decreto legislativo o decreto legge) e non di grado inferiore (come i regolamenti o i decreti ministeriali) e definite in termini completi e puntuali, cioè tali da non comportare alcuna discrezionalità nella loro applicazione.

In effetti la riforma è stata introdotta proprio per rimuovere il fenomeno di “**paura della firma**” che paralizzava molti funzionari pubblici, i quali evitavano di intraprendere iniziative ed assumere decisioni per timore della responsabilità penale che sarebbe potuta derivare dalla loro azione.

Infatti nella stessa prospettiva il Decreto Legge Semplificazioni ha limitato anche la responsabilità per danno erariale dei dipendenti pubblici.

Perciò ora non basta più il semplice eccesso di potere ad integrare il reato, fermo restando che l'illecito potrà assumere valenza civile, ad esempio ai fini del risarcimento del danno, e disciplinare, nell'ambito del rapporto di pubblico impiego che lega il funzionario all'amministrazione di appartenenza.

Rimane, invece, sempre reato, come per il passato, l'inosservanza dell'**obbligo di astensione** in presenza in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto: questa parte della norma incriminatrice non è stata toccata dal Decreto Semplificazioni ed è rimasta dunque inalterata nei principi e negli effetti.

Si allega copia del contributo Aiga



IL REATO DI ABUSO D'UFFICIO ALLA LUCE DELLE MODIFICHE CONTENUTE NEL C.D. DECRETO SEMPLIFICAZIONI

Il delitto di abuso d'ufficio è disciplinato nel nostro codice penale dall'art. 323, tra i delitti contro la pubblica amministrazione commessi dai pubblici ufficiali.

L'art. 323, nella sua formulazione attuale, per come modificato dal D.L. n. 76/2020, recita testualmente *“Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da uno a quattro anni.*

La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno carattere di rilevante gravità” (Si tratta di un'aggravante speciale ad effetto comune con un aumento di pena fino ad un terzo ai sensi dell'art. 64 c.p.).

Prima della recente novella contenuta nel D.L. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni), la disciplina di cui all'art. 323 c.p. era già stata oggetto di una duplice riforma, dapprima con la L. 86/1990 e, successivamente, con la L. 234/1997 (v. anche la l. 6 novembre 2012 n. 190, che tuttavia ha investito solo gli aspetti sanzionatori).

Le modifiche introdotte dalla L. 86/1990 hanno riguardato il riferimento “all'ingiustizia del vantaggio o del danno”, dando luogo ad un diverso trattamento sanzionatorio tra il caso di abuso compiuto con la finalità di ottenere un vantaggio patrimoniale e l'ipotesi dell'abuso realizzato con mera volontà di prevaricazione. Tuttavia queste modifiche avevano posto il problema della misura del controllo del giudice penale sugli atti della PA.

Senonché, allo scopo di delimitare la sfera del penalmente rilevante, con la riforma del 1997 il legislatore ha apportato ulteriori modifiche; in particolare ha richiesto “l’intenzionalità” del vantaggio o del danno perseguito ed ha ancorato l’abusività della condotta alla “violazione di leggi o regolamenti”.

Procedendo ad un’analisi generale della fattispecie, ci soffermeremo in particolare sulle novità che il Decreto Semplificazioni ha comportato.

Con riguardo al bene giuridico tutelato dalla norma, l’orientamento prevalente, confortato anche dalla giurisprudenza (*ex multis* Cass., sez. VI, 52009/2014), sostiene la natura plurioffensiva della fattispecie nel senso che l’interesse tutelato dalla norma sarebbe non solo il buon andamento e imparzialità della PA *ex art. 97* ma anche il patrimonio del terzo danneggiato, che andrebbe quindi considerato quale p.o. dal reato.

Per quanto riguarda il soggetto del reato, l’abuso d’ufficio è annoverato tra i reati contro la P.A. e si tratta di reato proprio in quanto il soggetto attivo è il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio.

La natura di reato proprio dell’art. 323 c.p. non esclude la possibilità di configurare anche un concorso del privato, ove si provi che il provvedimento amministrativo è riconducibile alla collusione con il p.u.

Per quanto concerne l’individuazione dell’elemento oggettivo, lo stesso è da ricondursi all’ingiusto vantaggio patrimoniale o nel danno ingiusto, trattandosi quindi di reato d’evento. Il riferimento esplicito al vantaggio patrimoniale esclude certamente che possano rilevare, ai fini del perfezionamento del reato, vantaggi di altra natura (morale, ecc.), mentre il “danno” non riguarda solo situazioni soggettive di carattere patrimoniale.

L’ingiusto vantaggio patrimoniale ed il danno ingiusto, poi, sono tra loro alternativi.

Inoltre, per essere rilevante ai sensi dell’art. 323 c.p., l’ingiustizia deve qualificare sia il vantaggio, sia il danno, ossia devono rispondere alla doppia condizione di essere prodotti per mezzo di un atto illegittimo, e di essere contrari all’ordinamento giuridico.

Ulteriore specificazione che non può essere trascurata è la circostanza per cui la condotta per essere punita deve essere posta in essere dal p.u. o dall’incaricato di pubblico servizio nell’esercizio

delle loro funzioni, rimanendo indifferente alla fattispecie di cui trattasi, le condotte commesse in ambito privato.

Con riferimento all'elemento soggettivo del reato, siamo al cospetto di un reato di evento a dolo generico. L'avverbio "intenzionalmente" è indicativo di un'assoluta omogeneità tra momento rappresentativo e momento volitivo, con esclusione, quindi, della rilevanza del dolo eventuale.

Si è discusso, inoltre, del caso in cui con il fine illecito concorra l'intento del soggetto attivo di realizzare anche l'interesse pubblico. L'orientamento prevalente ritiene che la mera compresenza del fine pubblico non valga ad escludere per ciò sola l'intenzionalità dell'ingiusto vantaggio o danno; a questa impostazione ha aderito la Consulta che, con ordinanza n. 251/2006, precisa che *"non è sufficiente che l'imputato abbia perseguito il fine pubblico accanto a quello privato affinché la sua condotta, ancorché illecita dal punto di vista amministrativo, non sia soggetta a sanzione penale, ma è necessario che egli abbia perseguito tale fine pubblico come proprio obbiettivo principale"*. La conseguenza di quanto statuito dal Giudice delle Leggi è la *"degradazione del dolo di danno o di vantaggio da dolo di tipo intenzionale a mero dolo diretto (semplice previsione dell'evento) od eventuale (mera accettazione del rischio della verifica dell'evento)"*.

Infine, in merito agli oneri probatori la Cassazione ha precisato che *"la prova dell'intenzionalità del dolo esige l'acquisizione di elementi idonei a radicare la certezza che la volontà dell'imputato sia stata orientata"* alla realizzazione dell'evento rilevante ex art. 323 c.p. La Suprema Corte aggiunge *"tale certezza non può derivare esclusivamente dal comportamento non iure dell'agente ma deve essere inferita anche da altri elementi sintomatici, quali la specifica competenza professionale dell'agente, l'apparato motivazionale su cui si fonda il provvedimento e i rapporti personali tra il pubblico ufficiale e il soggetto che riceve vantaggio patrimoniale o subisce danno"* (Cass., sez. fer., 18 novembre 2013, n. 46151).

Per quel che concerne invece l'analisi della condotta, non potranno ignorarsi le recentissime modifiche apportate da c.d. Decreto Semplificazioni (D.L.76/2020) che, stante la necessità, fortemente evidenziata dalla pandemia in atto, di snellire le procedure amministrative, con un intervento mirato è andato ad affrontare il problema della c.d. "paura di firma" dei pubblici dipendenti, che spesso si è riscontrato a causa delle conseguenze amministrative, contabili e penali di cui gli stessi sono stati destinatari.

Il D.L. 76/2020 è intervenuto sull'art. 323 modificando l'originaria formulazione del comma 1 nella parte in cui recitava: *Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento.....*) sostituendo le parole “*norme di legge o di regolamento*” con le parole “*specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità*”.

Già da una semplice lettura appare del tutto evidente come ci si trovi dinnanzi ad una sostanziale *abolitio criminis* parziale, il legislatore ha infatti ristretto il campo del penalmente rilevante alle sole violazioni di regole di condotta specificamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge, specificando inoltre di escludere quelle condotte poste in essere nell'ambito della discrezionalità amministrativa.

Pertanto non possono più considerarsi rilevanti condotte che violino regolamenti o che possano essere ritenute violative di regole di condotta, pur se poste quale parametro di legalità da altre fonti anche di rango superiore.

A tal proposito si pensi, per esempio, a quell'orientamento che riteneva configurabile il reato di cui trattasi, avendo quale parametro di riferimento esclusivamente l'art. 97 della Costituzione.

Con tale modifica si è quindi sottratto al sindacato del Giudice penale quel comportamento del p.u. che risultasse eventualmente affetto da eccesso di potere (che nella sua accezione amministrativistica indica l'esercizio del potere per un fine diverso da quello per cui è stato conferito), sino ad oggi ritenuto sintomatico di violazione di legge in relazione alla norma attributiva del potere.

Di fatto la norma precedente consentiva al Giudice penale un sindacato anche sulla discrezionalità amministrativa, facoltà oggi esplicitamente esclusa dal testo della novella.

L'esclusione dei regolamenti, tra le norme la cui violazione comporterebbe rilevanza penale, non pone particolari problemi in relazione alle condotte attive. A voler però “*tagliare il capello*”, un interrogativo potrebbe invece sorgere in relazione alle fattispecie di violazione dell'obbligo di astensione, in quanto potrebbe risultare poco chiaro se la novella riguardi anche tale fattispecie.

Per comprendere la portata della questione, come già osservato da alcuni giuristi, è sufficiente prendere in considerazione la violazione di un divieto di astensione posto da una norma regolamentare.

Certamente dovremo aspettare che intervengano le prime pronunce pretorie, ma, a parere di chi scrive, un'interpretazione che tenda ad escludere le ipotesi di violazione del divieto di astensione, dall'applicazione della novella, presterebbe il fianco a questioni di legittimità costituzionale, stante la disparità di trattamento nei confronti di soggetti che pongano in pericolo il medesimo bene, con condotte che il legislatore ha, evidentemente, valutato della medesima gravità.

Alla luce di quanto sopra, si evidenzia come, le modifiche di cui trattasi, abbiano in buona parte sottratto al deterrente della sanzione penale numerose ipotesi di abuso, poichè nella prassi, la disciplina delle regole di condotta specifiche del p.u. sono spesso demandate a fonti regolamentari e non alla legge o ad atti aventi forza di legge.

In conclusione si rileva come interventi legislativi di questo tipo, in evidente controtendenza con il trend seguito, per esempio, con provvedimenti come la cosiddetta “spazzacorrotti”, abbiano il pregio di contribuire al raggiungimento dell'auspicato obiettivo di avere una Pubblica Amministrazione più efficiente, che limiti al minimo la cosiddetta “burocrazia difensiva”, concausa della sempre minore competitività e attrattività internazionale del nostro Paese.

A cura del Dipartimento di Diritto Penale della Fondazione Aiga Tommaso Bucciarelli, a firma degli avvocati Elisa Davanzo, Roberto Tartaro, Salvatore Celso, Maria Manganiello, Manuela Martinangeli, Alessio Nunziante.