

Analisi storica dell'art. 323 C.P. ed elementi di qualificazione della fattispecie

Autore:

In: Diritto penale

del Dott. Michele BRUNO

Il reato previsto dall'art. 323 c.p. riveste un ruolo di primaria importanza per i soggetti che operano all'interno delle Pubbliche Amministrazioni ed assume un ruolo chiave anche per coloro i quali quotidianamente interagiscono con dette amministrazioni.

La norma negli anni passati ha rappresentato un vero e proprio spauracchio per amministratori e funzionari pubblici, infatti, nella sua formulazione più risalente la stessa era, a tutti gli effetti e giustamente, considerata "norma penale in bianco", il che facilitava il sindacato di legittimità della magistratura penale sulle scelte dell'azione amministrativa; in quest'ottica qualunque atto adottato dalla Pubblica Amministrazione poteva essere tendenzialmente idoneo all'avvio di un procedimento penale, se solo vi fosse stata la potenziale possibilità che a seguito dell'adozione dello stesso ci sarebbe potuto essere anche un vantaggio di tipo non patrimoniale ovvero un danno ingiusto per un extraneus rispetto all'amministrazione. Inoltre, la climax ascendente a cui si prestava la norma sfociava nella aggravante dell'aver procurato un vantaggio patrimoniale, la quale faceva aumentare la pena edittale da due a cinque anni.

La norma risalente ha prestato il fianco a numerose critiche per la sua astrattezza e genericità, il che, come già innanzi riportato, sottoponeva al sindacato della magistratura in pratica tutte le scelte amministrative; la norma si poteva criticare, altresì, in quanto la sua mancanza di determinatezza faceva concludere molti procedimenti con il proscioglimento.

La necessità, quindi, di evitare un ingiusto sindacato sulle scelte amministrative e quella di riportare l'abuso d'ufficio ad una fattispecie non più astratta, ma meglio identificabile, ha necessariamente interessato il Legislatore. Ciò ha condotto a due riforme della norma oggetto di analisi, la prima intervenuta nel 1990 con la legge 86, la seconda avutasi con la legge 16 luglio 1997, n. 234, pubblicata nella G.U. n. 172 del 25 luglio 1997.

La nuova formulazione del reato in esame, seppur per certi versi ambigua, pone entro limiti maggiormente certi, rispetto al passato, la configurazione dell'illecito penale, non fosse altro in quanto ne sottopone la configurabilità ad alcune condizioni, che possono schematicamente sintetizzarsi in:

-

mancanza di accertamento di un reato qualificato da una norma non residuale;

-

intenzionalità di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero un ingiusto danno;

-

necessaria violazione di una norma di legge o di regolamento, oppure la non astensione del pubblico ufficiale in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti dalla legge;

-

rapporto di causa effetto tra il comportamento tenuto ai sensi del precedente punto, con l'ingiusto arricchimento o danno.

Da una breve analisi, si desume innanzitutto che non qualifica la fattispecie di cui all'art. 323 c.p. il vantaggio non patrimoniale susseguente ad un mero comportamento del pubblico ufficiale; ancora, viene posto maggiormente in risalto come la violazione della norma in analisi sia, anche agli scettici, palesemente di tipo commissivo.

Viene ad essere introdotto il dolo intenzionale ed assume un ruolo cardine l'elemento psicologico del reato: affinché si possa avere la commissione del reato in epigrafe, occorrerà valutare, a seguito di un ragionamento logico e di causa-effetto, l'intenzionalità del funzionario alla violazione della norma o alla mancata astensione al fine di procurare il vantaggio patrimoniale ingiusto oppure arrecare il danno.

Per quanto concerne la violazione di norme di legge o di regolamento si rinvia oltre nel presente testo, ove si mostrerà una serie di interpretazioni sulla considerazione della lettera della legge in senso estensivo e non restrittivo.

In tema di dovere di astensione, dovrà farsi riferimento ai principi generali dell'ordinamento giuridico italiano, nonché all'art. 19, commi 1 e 2, della L. 265/1990 e, prima di questa, all'art. 290 del T.U. della legge comunale e provinciale del 1915 e l'identico articolo 279 del T.U. della legge comunale e provinciale del 1938; inoltre, non potrà prescindersi da norme regolamentari più restrittive, ad es. per quanto concerne la partecipazione alla Commissione edilizia.

In tale prospettiva è possibile contestualizzare l'art. 323 c.p., che deve cedere il passo a tutte quelle norme che regolano la materia stessa in funzione di *lex specialis*, rapportandone l'ambito di applicazione nei limiti non valicati e residuali rispetto alle norme speciali. In applicazione di questo principio, la Cassazione ha giustamente concluso che il pubblico ufficiale il quale, nello svolgimento delle sue funzioni (che, ad es., in una gara di appalto sono essenziali), pone in essere, in attuazione di un patto illecito intervenuto con terzi (soggetti privati), un'attività amministrativa in violazione di legge o di regolamento e funzionale all'espletamento della procedura medesima, e la procedura finisce per essere negativamente condizionata da tale intervento del soggetto pubblico e dirige verso l'obiettivo previsto dal patto illecito, si rende responsabile solo del reato di turbata libertà degli incanti, nella previsione aggravata di cui al 2° comma dell'art. 353 c.p., e non anche del delitto di cui all'art.323 c.p., nel cui paradigma la condotta in essere pure rientrerebbe. Si deve, infatti, scartare l'ipotesi secondo cui questa stessa condotta possa sfociare nel concorso formale tra i due reati, sia in virtù della riserva contenuta nell'art. 323 c.p., sia avuto riguardo alla natura sussidiaria di tale previsione (Cass., Sez. VI, sent. 22/07/1999 n. 9387).

Il legislatore è, altresì, intervenuto anche sulle pene attribuibili per l'illecito in esame, facendo applicare la disciplina odierna anche ai procedimenti maggiormente risalenti a seguito del principio generale del favor rei.

In tema di abuso d'ufficio ex art. 323 c.p., così come novellato dalla legge 234/1997, trova applicazione l'art.2, comma 3, del codice penale, norma per la quale il giudice, nella valutazione comparativa della disposizione abrogata e di quella nuova, regolanti la medesima materia dell'abuso funzionale del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, deve individuare quella più favorevole per il reo. Al riguardo, non vi è dubbio che la vigente formulazione sia più favorevole della precedente, in quanto, a parte il più mite trattamento sanzionatorio edittale rispetto al passato, limita notevolmente l'area dell'illecito penale, tanto in relazione alla condotta oggettiva dell'abuso d'ufficio che può ora commettersi solo con comportamenti tipici, quanto in relazione alla fattispecie delittuosa che è attualmente strutturata come un reato di evento (evento, il cui verificarsi era invece indifferente ai sensi della previgente norma sanzionatoria, per la quale era sufficiente che al vantaggio o al danno fosse finalizzata l'azione), che si consuma solo con la realizzazione di un ingiusto vantaggio patrimoniale (mentre precedentemente poteva avere natura anche non patrimoniale) dell'agente o di altri oppure con un danno ingiusto a terzi. Per ciò che concerne l'elemento soggettivo, non è più richiesto il dolo specifico del fine di procurare un ingiusto vantaggio o di arrecare un ingiusto danno, ma occorre semplicemente il dolo generico, inteso come consapevolezza e volontà di procurare un ingiusto vantaggio o di arrecare un ingiusto danno; quindi, l'espressione "intenzionalmente" serve ad escludere che l'evento possa essere attribuito all'agente a titolo di dolo eventuale e a confermare che la norma richiede la presenza almeno del dolo diretto (Cass., Sez. VI, sent. 24/06/1999 n. 8170; conf. Cass., Sez. VI, sent. 15/12/1997 n. 11520; Cass., Sez. VI, sent. 04/12/1997 n. 11204. Secondo Cass., Sez. VI, sent. 05/07/2000 n. 7831, il reato di abuso d'ufficio è strutturato come "reato causalmente orientato").

Nel caso in cui il reato ex art. 323 c.p. sia finalizzato ad arrecare ad altri un ingiusto danno, il soggetto che subisce il danno, che ivi assume la qualifica di persona offesa dal reato, dev'essere ammesso a proporre opposizione avverso la richiesta di archiviazione del pubblico ministero. In tale contesto, la condotta posta in essere dall'agente è idonea a ledere, oltre che l'interesse del singolo soggetto ingiustamente danneggiato, anche il concorrente interesse pubblico al buon andamento ed alla trasparenza dell'azione amministrativa; in quest'ottica, a mio modesto avviso, potrebbe anche insinuarsi un procedimento per danno erariale nel caso in cui, ad es., un funzionario neghi un'occupazione di suolo pubblico per lo svolgimento di un'attività e per quella occupazione negata viene meno l'introito nelle casse dell'Ente della somma relativa all'occupazione di quel dato suolo (Cass., Sez. VI, sent. 29/03/1999 n. 814).

Per quanto riguarda il vantaggio patrimoniale in tema di abuso d'ufficio, qualora il questo consista nell'illegittima attribuzione di denaro per effetto dell'atto realizzante l'abuso, non è necessario che il beneficiario consegua materialmente le somme, ciò in quanto nel concetto di vantaggio patrimoniale rientra anche l'accrescimento del patrimonio conseguente al sorgere dei presupposti di un diritto di credito nei confronti della Pubblica Amministrazione. Ne deriva che il reato deve ritenersi consumato con il venire ad esistenza della deliberazione abusiva, senza necessariamente aversi l'introito delle somme (Cass., Sez. V, sent. 28/04/2000 n. 5105). Ritornando al nodo cruciale del vantaggio non patrimoniale, laddove questo si configuri come autonomo, quindi, in assenza di vantaggio patrimoniale e/o danno ingiusto, verrebbe in essere una vera e propria abolitio criminis.

Per la configurabilità del reato in esame, affinché il vantaggio possa ritenersi ingiusto, occorre il verificarsi di una doppia condizione:

1)

che esso sia prodotto non iure, quindi attraverso un atto illegittimo (pertanto, ad avviso di chi scrive si ritiene non possa sussistere un abuso d'ufficio laddove dovesse venir in essere un vantaggio patrimoniale di un terzo, stante il comportamento del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che abbia ommesso di adottare un atto idoneo ad interrompere il perpetrarsi di un comportamento del terzo stesso, ed il quale comportamento risulta non conforme alle norme di legge o di regolamento, poiché in tale ambito vi sarebbe un reato ex art. 323 omissivo e non commissivo);

2)

che esso sia *contra ius*, vale a dire che il risultato dell'abuso si presenti come contrario all'ordinamento giuridico, di tal che l'ingiustizia riguardi non solo il fatto causativo, ma anche il risultato dell'azione (Cass., Sez. VI, sent. 24/02/2000 n. 2264; conf. Cass., Sez. VI, sent. 04/12/1997 n. 11204).

In relazione ad una fattispecie in cui il reato era stato contestato per un'emissione di provvedimento giurisdizionale da parte di un magistrato, la Suprema Corte ha avuto modo di chiarire che l'ingiustizia del vantaggio o del danno, proprio perché tesa a definire il risultato effettivo dell'azione, deve apprezzarsi in termini di illiceità speciale. Per la sussistenza del reato di abuso d'ufficio è necessario verificare se l'evento sia ingiusto in sé, e non già come un mero riflesso della violazione di norme o dell'omessa astensione riferibili al pubblico ufficiale. Tale ingiustizia intrinseca va ravvisata quando la persona favorita abbia conseguito un accrescimento della propria posizione patrimoniale *contra ius*. Sul piano concettuale i due elementi della illegittimità della condotta e dell'ingiustizia dell'atto sono dunque distinti, e il fatto che in concreto la presenza contemporanea possa corrispondere all'*id quod plerumque accidit* non esime dall'obbligo di verificare volta per volta la sussistenza di entrambi (Cass., Sez. VI, sent. 11/02/1999 n. 1687; in senso analogo, con riferimento ad una procedura concorsuale per il conferimento di un appalto pubblico, Cass., Sez. VI, sent. 04/04/2000 n. 4147). Occorre sempre provare che nella condotta effettivamente tenuta sia presente il dolo intenzionale.

La violazione di norme di legge o di regolamento che può integrare il reato in analisi deve consistere in trasgressione di norme che vietino puntualmente il comportamento sostanziale del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio. Pertanto, sono irrilevanti le violazioni di norme a carattere

puramente procedimentale, ovvero di norme generalissime o di principio, come quella prevista dall'art. 97 della Costituzione sul buon andamento e l'imparzialità della Pubblica Amministrazione (Cass., Sez. II, sent. 22/01/1998 n. 877). Rilevano, quindi, solo le violazioni di norme che si trovino in "rapporto causale" con il vantaggio o il danno, incidendo su posizioni soggettive sostanziali, essendone escluse quelle che non incidono in modo diretto sulla fase decisoria. In termini differenti, la norma violata dev'essere intrinsecamente dotata di un sufficiente livello di significatività sul piano del disvalore criminale, specificamente orientata a vietare il comportamento sostanziale del soggetto pubblico e portatrice di qualche riflesso sul contenuto dispositivo della determinazione finale (Cass., Sez. VI, sent. 05/08/1999 n. 9961; Cass., Sez. VI, sent. 14/07/2000 n. 8274).

La Corte di legittimità, dopo una fase iniziale in cui ha ritenuto non idoneo a configurare il reato di cui all'art. 323 l'aver adottato Concessioni edilizie in violazione delle prescrizioni del p.r.g., in quanto tale strumento è privo di natura regolamentare (Cass., Sez. VI, sent. 18/12/1998 n. 11984), ha cambiato decisamente orientamento considerando che l'ipotesi di cui si tratta contrasta con la disciplina normativa primaria di settore (che impone l'obbligo di conformarsi alle previsioni degli strumenti urbanistici: art.4 della legge 28/01/1977 n. 10), risolvendosi, pertanto, in una violazione di legge (Cass., Sez. VI, sent. 24/06/1999 n. 8194; Cass., Sez. VI, sent. 29/05/2000 n. 6247; Cass., Sez. VI, sent. 05/09/2000 n. 9422). La Concessione edilizia/Permesso di costruire inefficace, ad es., perché subordinata all'autorizzazione paesaggistica, ancorché adottata in violazione di legge, non può esplicare alcuno dei suoi effetti, e tra questi quello patrimoniale dell'accresciuta potenzialità edificatoria dell'immobile, per cui ne consegue l'assenza dell'evento del reato di abuso d'ufficio (Cass., Sez. VI, sent. 11/11/1999 n. 12928). Un nuovo orientamento è entrato nel decisum della S.C., infatti (nella Sent., Cassaz. Pen., Sez. IV, n° 11620 del 20.03.2007) il giudice di legittimità ha ritenuto che "non è sostenibile che la violazione degli strumenti urbanistici non possa dar luogo al reato di abuso d'ufficio perché essi non sono norme di legge o di regolamento". Così, seppur vero che gli strumenti urbanistici non rientrano a pieno titolo nella categoria dei "regolamenti", rientrando, invece, negli atti amministrativi generali, la violazione di quanto in essi statuito mostra "solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica ed è a quest'ultima normativa che deve farsi riferimento per ritenere concretata la violazione di legge quale dato strutturale della fattispecie delittuosa ex art. 323 c.p.". Nella sentenza succitata, la S.C. aderisce a quell'orientamento che, pur concordando sulla natura non regolamentare degli strumenti urbanistici, ha fondato la soluzione positiva stante l'assunto che il mancato rispetto delle prescrizioni del piano regolatore finisce con il risolversi in una violazione della disciplina primaria di settore. Per la qualificazione giuridica di una tale soluzione assume una decisiva importanza il combinato disposto degli artt. 1 e 4, L.10/1977 e 31, L. 1150/1942. Alla luce di ciò, può giustamente ritenersi che il Permesso di Costruire rilasciato in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici integri l'addebito ex art. 323 c.p., poiché direttamente lesivo delle norme primarie di settore. Volendo, pertanto, ribadire cosa debba intendersi per Regolamento alla cui violazione può rapportarsi il reato in commento, bisogna far riferimento all'art. 14 della L. 400/1988 e, per gli E.E.L.L., anche all'art. 5 della L. 142/1990.

Risulta essere importante, ai fini della qualificazione dell'illecito in esame, l'elemento soggettivo. Infatti, nella formulazione post L. 234/1997, l'abuso è punito a titolo di dolo generico, ma condizionato dal

requisito dell'intenzionalità; occorre escludere, quindi, la rilevanza del dolo eventuale: in proposito, poiché l'ingiustizia del danno o del vantaggio penetra nella struttura dell'evento del reato, ne deriva che il dolo intenzionale che caratterizza in tale fattispecie l'elemento soggettivo deve ricomprendere, prevedendolo e volendolo, anche il dato di qualificazione del vantaggio o del danno stesso. Così, il reato non si configura se il soggetto agente aveva altro scopo rispetto agli eventi tipici presi in considerazione dalla norma. Il pubblico ufficiale può invocare, ai fini dell'esclusione del dolo nel reato di abuso d'ufficio, l'ignoranza di circostanze di fatto, anche attinenti all'ufficio stesso, ma non già l'ignoranza delle norme che regolano lo svolgimento delle proprie funzioni: infatti tali norme sono implicitamente richiamate dalla legge penale ad integrazione dell'ipotesi criminosa, per cui la non conoscenza delle stesse sarebbe relativa alla suddetta legge, e quindi irrilevante (Cass., Sez. VI, sent. 04/12/1997 n. 11204). Al fine di provare l'elemento soggettivo, assume rilievo, non solo l'atto o il comportamento del soggetto agente così come valutato nell'immediato, ma ogni altro elemento utile, seppur estrinseco all'atto o al comportamento, idoneo a contestualizzare maggiormente la motivazione dell'adozione dell'atto; risulterebbe idonea anche un'analisi degli atteggiamenti antecedenti, contestuali e successivi all'attività che di per sé realizza l'abuso. La semplice formulazione di un parere, che sia non vincolante, per un atto sul quale la competenza a decidere spetta ad un altro organo non può costituire concorso morale di chi esprime il parere con i soggetti preposti alla adozione della delibera finale (che poi potrà assumere la qualifica di illegittima), in quanto la rappresentazione dell'atto conclusivo (nonché della sua eventuale illiceità) esula dai compiti propri di chi esprime il parere (Cass., Sez. VI, sent. 02/08/2000 n. 8729). In un procedimento amministrativo complesso, vale a dire caratterizzato dal concorso di diversi atti amministrativi, l'agente che abbia contribuito esclusivamente all'adozione di un atto legittimo, anche quando questo si ponga in rapporto di causalità materiale col provvedimento finale ed avente forza nei confronti dei terzi, non può essere chiamato a rispondere del reato di abuso d'ufficio ipotizzabile per l'illegittimità del provvedimento finale, poiché dipendente da atti diversi, adottati nella complessa serie procedimentale, alla cui formazione egli non ha in alcun modo contribuito, essendo invece questi riconducibili alla determinazione di altri pubblici ufficiali; diversamente opinando, infatti, si giungerebbe ad un'affermazione di colpevolezza basata su una sorta di responsabilità oggettiva, imputandosi all'agente che abbia operato nel rispetto delle norme di legge o di regolamento l'illegittimità del comportamento altrui (Cass., Sez. VI, sent. 20/06/2000 n. 7290).

Da ultimo, occorre tenere presente che, pur essendo l'abuso d'ufficio un reato proprio (che può essere commesso solo da pubblici ufficiali ovvero incaricati di pubblico servizio) è tuttavia configurabile il concorso del privato destinatario dei benefici conseguenti all'atto abusivo, fermo restando l'onere della prova, gravante su chi accusa, che il privato abbia tenuto una condotta tale da avere svolto un ruolo causalmente rilevante nella realizzazione della fattispecie criminosa. Tale partecipazione dell'extraneus all'abuso posto in essere dal soggetto qualificato può, quindi, comprendere oltre alla determinazione e all'istigazione anche l'accordo criminoso. In una tale prospettiva, pertanto, al fine di affermare la sussistenza del concorso dell'extraneus, la prova che un atto amministrativo è il risultato della collusione tra privato e pubblico funzionario non può essere dedotta dalla mera coincidenza tra la richiesta del privato ed il provvedimento posto in essere dall'intraneus alla Pubblica Amministrazione, essendo, invece, necessario che il contesto fattuale, i rapporti personali tra le parti, ecc., dimostrino che la presentazione

della domanda è stata preceduta, accompagnata o seguita da un'intesa con il funzionario pubblico ovvero è stata perorata da pressioni dirette a sollecitare il soggetto agente.

Sarebbe, comunque, auspicabile che il Legislatore, sia al fine di limitare la fantasia di un cospicuo numero di organi inquirenti, sia al fine di qualificare entro binari precisi e lineari questo reato proprio, prenda su di sé l'onere di riformare, ancora una volta, l'art. 323 c.p., riportandolo entro schemi certi, così da agevolare, altresì, la conoscenza della norma penale da parte, soprattutto, dei pubblici funzionari o incaricati di pubblico servizio che quotidianamente sono chiamati ad emanare atti amministrativi.

Dott. Michele BRUNO

(Dottore in Scienze Giuridiche e Giurisprudenza - in servizio presso il Comune di Melfi)

<https://www.diritto.it/analisi-storica-dell-art-323-c-p-ed-elementi-di-qualificazione-della-fattispecie/>