

L'abuso d'ufficio

Autore: Levita Luigi

In: Diritto penale

(estratto, con l'autorizzazione dell'Editore, da L. LEVITA, **Il diritto penale della Pubblica Amministrazione**, seconda edizione, Edizioni CieRre, Roma, 2011 (1-168; ISBN 978-88-7137-919-7)

La norma sull'abuso d'ufficio, nella sua formulazione attuale, costituisce la filiazione di un duplice processo revisionistico, attuato nel 1990 e nel 1997 allo scopo di conferire maggiore **tassatività** ad una norma anticamente deficitaria in tal senso, oltre che al fine di scongiurare pericolose **ingerenze del giudice penale** nell'ambito dell'attività amministrativa. La dizione originaria del codice Rocco del 1930 appariva infatti eccessivamente ampia, bastando per la punizione del pubblico ufficiale il mero abuso riconnesso all'ottenimento di un vantaggio personale,; si delineava quindi un reato a dolo specifico e a consumazione anticipata, simbolicamente rubricato con la dicitura di "abuso innominato" (ossia atipico e con funzione di tutela sussidiaria e residuale).

Il primo intervento del 1990, lungi dal proporre soluzioni convincenti a siffatti inconvenienti, risultò superficiale a detta di numerosi commentatori, ingenerando invece nei pubblici amministratori la tendenza ad un sostanziale immobilismo, dettato da logiche difensive.

La novella del 1997 è stata positivamente salutata per il suo intervento maggiormente incisivo, assorbendo il vecchio delitto di cui all'articolo 324 c.p. (c.d. interesse privato) e trasformando il delitto di abuso d'ufficio in un **reato di evento** poiché, per come si evince già dalla semplice lettura della norma, è oggi la produzione del vantaggio o del danno ad individuare il momento consumativo della fattispecie.

Questo spostamento della concretizzazione dell'offesa al livello dell'effettiva emersione del pregiudizio o

del vantaggio consente inoltre di concludere, con sufficiente certezza, che la primigenia natura monoffensiva del reato in esame debba oggi cedere il passo ad un più moderna **concezione plurioffensiva**, all'interno della quale appare tutelato non solo il buon andamento della Pubblica Amministrazione, ma anche gli interessi patrimoniali e non della persona offesa, la quale potrà costituirsi parte civile nel processo penale ed esercitare una serie di poteri processuali riconosciuti dall'ordinamento (ad esempio, in sede di opposizione all'archiviazione).

Dal 1990, soggetto attivo del reato non è più solo il pubblico ufficiale ma anche l'incaricato di pubblico servizio, con un'opportuna estensione che tiene in debito conto l'emersione della tendenza amministrativa ad esternalizzare le funzioni ed i compiti amministrativi anche a soggetti non formalmente appartenenti all'apparato organizzativo della Pubblica Amministrazione.

La condotta incriminata consiste, come accennato, nella verifica alternativa di un **vantaggio** ovvero di un **danno**; non è necessario che i due risultati si verificano congiuntamente, essendo sufficiente che il pubblico funzionario riceva un vantaggio di natura patrimoniale ovvero che il privato subisca un danno (secondo la Corte di Cassazione, non solo patrimoniale ma anche di ordine morale; il requisito del vantaggio patrimoniale sussiste non solo quando l'abuso sia volto a procurare beni materiali o altro, ma anche quando sia volto a creare un accrescimento della situazione giuridica soggettiva a favore di colui nel cui interesse l'atto è stato posto in essere).

Perché il danno ed il vantaggio acquisiscano rilievo penale, dovranno connotarsi di una sostanziale **ingiustizia**, intesa quest'ultima come contrarietà alle norme giuridiche che trovi la sua scaturigine in un atto illegittimo (c.d. doppia ingiustizia): nonostante la lettera della norma preveda tale requisito in maniera letterale, alcuni studiosi hanno giustamente sottolineato che l'ingiustizia connoterebbe naturaliter ed implicitamente la condotta dell'agente, la quale in ossequio alle previsioni normative sarebbe invece assolutamente lecita e legittima.

Il delitto di abuso d'ufficio è infatti integrato dalla doppia e autonoma ingiustizia, sia della condotta che deve essere connotata da violazione di legge, che dell'evento di vantaggio patrimoniale in quanto non

spettante in base al diritto oggettivo, con la conseguente necessità di una duplice distinta valutazione in proposito, non potendosi far discendere l'ingiustizia del vantaggio dalla illegittimità del mezzo utilizzato e, quindi, dall'accertata illegittimità della condotta.

La violazione delle norme di legge o regolamento, ovvero l'omessa astensione di cui l'art. 323 fa menzione, costituisce l'indice più evidente della sostanziale **abusività** della condotta, per la cui perimetrazione il legislatore del 1997, oltre a individuare nel dolo specifico l'elemento soggettivo mediante l'inserimento della necessaria intenzionalità, ha nondimeno ravvisato l'esigenza di reprimere quella diffusa tendenza giurisprudenziale adusa ad ascrivere rilevanza penale anche alle condotte compiute in eccesso di potere amministrativo.

Sul punto, la Suprema Corte ha altresì evidenziato che l'abuso d'ufficio è configurabile non solo quando la condotta si ponga in contrasto con il significato letterale, o logico-sistematico di una norma di legge o di regolamento, ma anche quando la stessa contraddica lo specifico fine perseguito dalla norma, concretandosi in uno "svolgimento della funzione o del servizio" che oltrepassa ogni possibile scelta discrezionale attribuita al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio per realizzare tale fine.

La questione accademica è nota: nell'ambito dei tradizionali vizi di legittimità dell'atto amministrativo (incompetenza, violazione di legge, eccesso di potere), le ipotesi di eccesso-sviamento hanno da sempre creato i maggiori problemi esegetici alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, trattandosi di situazioni di fatto nelle quali non diviene sindacabile l'esercizio in sé del potere amministrativo, bensì le finalità scorrette che s'intendono perseguire in tal modo. Ne discende quindi che consentire un'eccessiva ingerenza del giudice nell'ambito delle valutazioni riservate all'Amministrazione poteva mettere in pericolo il dogma illuministico della separazione dei poteri, a maiori con riferimento alla violazione di norme regolamentari, il cui sindacato è tradizionalmente riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa in termini abbastanza delineati e proceduralmente vincolati.

Queste considerazioni sono state fatte proprie dal legislatore della riforma il quale - nonostante poche voci dissonanti in dottrina - si ritiene abbia effettivamente testualizzato il riferimento alle violazioni di

legge o di regolamento proprio al fine di sottrarre al sindacato del giudice penale le valutazioni discrezionali dei pubblici funzionari: sintomatici sul punto gli stessi lavori parlamentari, i quali in più punti tradiscono l'effettiva ratio legis sottesa alla novella del 1997.

La riforma del procedimento amministrativo (introdotta dapprima dalla legge n. 15/2005, indi da ultimo con la legge n. 69/2009), ha provveduto a scolpire in maniera testuale la patologia dell'atto amministrativo, positivizzando violazioni di legge prima rientranti nell'ampio e nebuloso alveo dell'eccesso di potere per sviamento, conforta l'impostazione teorica qui seguita. Considerazioni in parte diverse vanno però espresse in merito al sindacato sulle valutazioni discrezionali, almeno per le attività connotate da discrezionalità amministrativa "pura".

Minori problemi suscita l'integrazione della condotta delittuosa a seguito del mancato obbligo d'astensione, dovendo limitarsi il giudice a verificare nel caso di specie se sussista o meno in capo al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio un obbligo legale di astensione conosciuto o almeno conoscibile.

In conclusione tuttavia, non può non sottolinearsi come la più recente prassi giurisprudenziale faccia registrare una vera e propria "disapplicazione" del delitto di abuso d'ufficio il quale del resto, già per espressa previsione di legge, risulta configurabile solo qualora lo stesso fatto non sia sussumibile sotto altro più grave reato (c.d. **clausola di consunzione**), che ne annulli il disvalore sociale integralmente riconducendolo sotto l'egida di altra disposizione di legge. Gli ultimi interventi della Suprema Corte sono infatti propensi ad escludere l'integrazione dell'abuso d'ufficio qualora il fatto verificatosi, seppur astrattamente sussumibile nel tipo legale, abbia nondimeno cagionato un vantaggio alla collettività amministrata tale da far passare in secondo piano l'oggettività della violazione. In questo quadro, la circostanza aggravante di cui al secondo comma dell'art. 323 risulta pertanto di rara applicazione.

Conclusivamente, è da ritenersi configurabile il tentativo di abuso d'ufficio, qualora il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio ponga in essere, in violazione di legge o di regolamento o del dovere di astensione, atti idonei diretti in modo non equivoco alla realizzazione di un danno ingiusto o di un

vantaggio patrimoniale ingiusto.

Orientamenti giurisprudenziali

La natura della “violazione di legge”

La violazione di legge si pone come mero presupposto di fatto per l'integrazione del delitto di abuso d'uffici, la cui sussistenza va accertata al tempo del commesso delitto, non rilevando una sopravvenuta abrogazione della norma presupposta. (Cassazione penale, Sezione VI, 7 aprile 2005, n. 18149)

Sull'elemento oggettivo dell'abuso d'ufficio

Il delitto di abuso d'atti d'ufficio può essere integrato anche attraverso una condotta meramente omissiva, rimanendo in tal caso assorbito il concorrente reato di omissione d'atti d'ufficio in forza della clausola di consunzione contenuta nell'art. 323, comma primo, c.p. (Cassazione penale, Sezione VI, 22 gennaio 2010, n. 10009)

Integra l'elemento oggettivo del delitto di abuso d'ufficio la violazione delle norme di legge relativa al vizio di incompetenza cosiddetta "relativa", prevista dall'art. 21-octies L. n. 241/1990, che determina l'illegittimità del provvedimento adottato e non la sua nullità che si verifica nell'ipotesi di difetto assoluto di attribuzione. (Cassazione penale, Sezione VI, 29 gennaio 2009, n. 7105)

L'elemento oggettivo del reato di abuso d'ufficio si realizza qualora l'abuso si integri attraverso l'esercizio

da parte del pubblico ufficiale di un potere per scopi diversi da quelli imposti dalla natura della funzione a esso attribuita (c.d. sviamento di potere): ne consegue che, quando il pubblico ufficiale agisca del tutto al di fuori dell'esercizio delle sue funzioni (carezza assoluta di potere), il reato in questione non è configurabile. (Cassazione penale, Sezione II, 2 marzo 2006, n. 7600)

Il delitto di abuso di ufficio connotato da violazione di legge è configurabile anche in caso di sviamento di potere. (Cassazione penale, Sezione VI, 11 marzo 2005, n. 12196)

Il reato di cui all'art. 323 c.p. è un reato di evento, che consiste nel vantaggio del pubblico ufficiale o di altri oppure nel danno ingiusto arrecato ad altri. (Cassazione penale, Sezione V, 25 marzo 2003, n. 18061)

L'elemento soggettivo

Nel reato di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), si richiede il dolo intenzionale, nel senso che l'agente deve aver agito proprio per perseguire uno degli eventi tipici della fattispecie incriminatrice, ossia l'ingiusto profitto patrimoniale, per sé o per altri, ovvero l'altrui danno ingiusto. In altri termini, non è sufficiente che il soggetto attivo agisca con dolo diretto, cioè che si rappresenti l'evento come verificabile con elevato grado di probabilità, né che agisca con dolo eventuale, nel senso che accetti il rischio del suo verificarsi, ma è necessario che l'evento di danno o quello di vantaggio sia voluto e realizzato come obiettivo immediato e diretto della condotta, e non risulti semplicemente realizzato come risultato accessorio di questa. (Cassazione penale, Sezione VI, 8 febbraio 2010, n. 4979)

Ai fini della configurabilità dell'elemento soggettivo del delitto di abuso d'ufficio, l'esistenza di una collusione tra il privato ed il pubblico ufficiale non può essere dedotta dalla mera coincidenza tra la richiesta dell'uno e il provvedimento adottato dall'altro, essendo invece necessario che il contesto fattuale,

i rapporti personali tra i predetti soggetti, ovvero altri dati di contorno, dimostrino che la domanda del privato sia stata preceduta, accompagnata o seguita dall'accordo con il pubblico ufficiale o, comunque, da pressioni dirette a sollecitarlo o persuaderlo al compimento dell'atto illegittimo. (Cassazione penale, Sezione VI, 21 maggio 2009, n. 40499)

Il reato di abuso d'ufficio va escluso, per difetto dell'elemento soggettivo, quando l'intento principale perseguito dall'agente sia stato quello di soddisfare un fine pubblico, pur nella consapevolezza di recare in tal modo anche un ingiusto favore a un singolo soggetto privato. Ciò comunque può valere solo se il fatto è commesso da colui cui era rimessa la cura dell'interesse pubblico e se il mezzo prescelto in concreto risulti essere stato l'unico in grado di realizzare tale interesse. (Cassazione penale, Sezione VI, 29 aprile 2009, n. 21165)

La "doppia ingiustizia" del reato ...

L'abuso d'ufficio è delitto a "doppia ingiustizia", poiché ingiusta è sia la condotta posta in essere dal pubblico ufficiale, sia l'evento. (Cassazione penale, Sezione VI, 12 marzo 2004, n. 22423)

... ed insufficienza della mera intromissione non richiesta

Il mancato rispetto del dovere di astensione non origina ex se responsabilità penale, essendo necessario l'elemento della doppia ingiustizia. (Cassazione penale, Sezione VI, 30 gennaio 2001, n. 30109)

Rapporti con il reato di falso materiale in atto pubblico

L'articolo 323 c.p. contiene una clausola di consunzione ("salvo che il fatto non costituisca più grave reato") che impone di considerare la fattispecie dell'abuso d'ufficio quale residuale e/o meramente eventuale, idonea ad escludere l'applicazione della norma qualora il fatto costituisca gli estremi di altro più grave delitto.

In questo senso, la clausola di consunzione si applica anche qualora il diverso reato appartenga a differente disposizione penalistica, a nulla rilevando la diversità dei beni giuridici eventualmente protetti dalle diverse norme incriminatrici. A tale regola della consunzione dell'abuso nel più grave reato si fa eccezione, ovviamente, solo se la condotta abusiva risulta realizzata mediante comportamenti produttivi di effetti giuridici "ulteriori" rispetto alla commissione della condotta integrante il reato più grave, in assenza dei quali invece i due reati risultano fra loro in concorso. (Cassazione penale, Sezione V, 30 marzo 2006, n. 11147)

Violazione di norme programmatiche e non configurabilità del delitto

In tema di abuso d'ufficio, l'erronea interpretazione di una norma amministrativa può essere sintomatica dell'illecita volontà vietata dalla norma penale soltanto quando si discosti in termini del tutto irragionevoli dal senso giuridico comune, tanto da apparire arbitraria, ravvisandosi, in caso contrario, la sussistenza di un errore su norma extrapenale. (Cassazione penale, Sezione VI, 12 febbraio 2009, n. 10636)

La “violazione di legge” rilevante ai fini della configurabilità del delitto di abuso d’ufficio non si configura qualora le norme violate siano di principio o genericamente strumentali alla regolarità dell’attività amministrativa, e siano quindi prive di effettiva forza cogente. (Cassazione penale, Sezione VI, 11 aprile 2006, n. 12769)

<https://www.diritto.it/l-abuso-d-ufficio/>