

## INTRODUZIONE

Il reato di abuso d'ufficio, di cui all'art.323 c.p., è sempre stato al centro di accese diatribe, in particolare dal momento in cui ha abbandonato la sua posizione di marginalità nel sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione.

Rappresenta, più di qualsiasi altra figura delittuosa ricompresa nel capo I del titolo II (libro II) del codice penale, il crocevia tra l'attività amministrativa e il sindacato del giudice penale. Tale ultima circostanza è stata il fattore propulsore comune a tutte le modifiche legislative della norma: si tratta del quarto intervento riformatore nell'arco di trent'anni, anche se la legge Severino del 2012 ha inciso unicamente sulla cornice edittale e non sulla descrizione del tipo. Il presente lavoro, dopo aver dato conto dell'evoluzione della fattispecie sin dai suoi esordi, si concentra sulle criticità insorte a seguito della riscrittura giurisprudenziale della norma confezionata con la legge n.234 del 1997, che ha determinato una dilatazione degli elementi normativi del fatto. Le vicende legate alla situazione pandemica che sta interessando l'intero pianeta, in particolare il blocco delle attività produttive e le conseguenti ricadute negative sul piano economico, hanno reso urgente la ripresa del sistema Paese.

Proprio il reato di abuso d'ufficio è stato individuato quale causa determinante dell'immobilismo cronico in cui versava la Pubblica Amministrazione e cui bisognava ovviare velocizzando le procedure e le decisioni.

Emblematica è anche la modifica in punto di responsabilità erariale.

Tutto ciò ha portato ad una riforma che si auspicava da tempo, anche in ragione delle istanze degli stessi amministratori preoccupati delle possibili conseguenze negative del proprio operato. A tal proposito, si metteranno in evidenza, nel corso della trattazione, alcuni dati statici delle vicende giudiziarie delle contestazioni di abuso d'ufficio che mostrano una forbice piuttosto ampia tra i procedimenti iniziati e quelli effettivamente conclusi con una sentenza di condanna definitiva. Dopo aver passato in rassegna alternative proposte di riforma, l'ultimo capitolo di questo contributo si concentrerà sull'analisi della recente modifica apportata con l'art.23 del "decreto semplificazioni". Dopo aver svolto alcuni rilievi critici in merito all'impiego dello strumento della decretazione d'urgenza in ambito penale, e in particolare nella riformulazione di una norma incriminatrice così problematica, si esaminerà il dato positivo cercando di metterne in luce le contraddizioni e

l'inadeguatezza rispetto allo scopo prefigurato di sterilizzare per il futuro le interpretazioni estensive della fattispecie: la tecnica normativa, infatti, non convince pienamente sia per il suo contegno lessicale che per l'intervento asimmetrico cui ha dato vita.

Il rischio, in altre parole, è quello che il formante giurisprudenziale si riprenda quegli spazi di liceità che il legislatore aveva inteso creare restringendo la sfera del penalmente rilevante. Si cercherà di fare puntuali riferimenti alle opinioni dottrinali in merito a ciascuna delle tematiche rilevanti ai fini della trattazione e ai primi approdi della giurisprudenza di legittimità. Infine, si proverà a tracciare un bilancio complessivo della riforma nel confronto con gli obiettivi che con essa si intendeva perseguire.

In ultimo, si darà conto delle sempre pressanti istanze abolitive, ripresentatesi con nuovo vigore all'indomani dell'entrata in vigore del decreto-legge n.76 del 2020, in ragione del fatto che il legislatore aveva confezionato una norma inutile e impotente al cospetto dei più gravi episodi abusivi.



# CAPITOLO I

## INQUADRAMENTO DELLA FATTISPECIE

### **1. La nozione di Pubblica Amministrazione**

In premessa, è importante definire cosa si intende per pubblica amministrazione, ovvero <<l'attività funzionale dello stato e degli altri enti pubblici>><sup>1</sup>.

Per una puntuale analisi della fattispecie argomento del presente elaborato, il reato di abuso d'ufficio, di cui all'art.323 c.p., è opportuno sicuramente affrontare una questione di carattere sistematico, dalla quale è possibile trarre importanti conclusioni.

L'articolo richiamato è collocato nel titolo II della parte speciale del codice, che tutela appunto la pubblica amministrazione.

Sono dunque tutelate indistintamente l'attività legislativa, giudiziaria e amministrativa in senso stretto, senza con ciò attentare al principio della divisione dei poteri, né alla distinzione tra le funzioni legislativa, amministrativa, giurisdizionale e di governo, ben potendo il diritto penale considerare unitariamente le stesse e tutelarne il buon andamento contro specifiche modalità di aggressione<sup>2</sup>.

Infatti, rimane intatta la funzione del principio fondamentale della divisione dei poteri, che mira ad assicurare reciproca autonomia degli stessi in un'ottica di bilanciamento.

Sembrano infine eccessive le critiche all'ampiezza della nozione penalistica della pubblica amministrazione, che si vorrebbe ricondurre alla visione dello Stato accentratore, propria del codice del 1930, in forza della quale la richiamata tripartizione era degradata a mera distribuzione delle competenze. Conseguenza di questo approccio sarebbe unicamente la considerazione legislativa distinta delle singole funzioni, che comporterebbe una inutile moltiplicazione di fattispecie penali di contenuto analogo.<sup>3</sup>

Fatte queste premesse è importante osservare che il codice suddivide il titolo II in tre distinti capi, il terzo dei quali prevede disposizioni comuni ai primi due, limitandosi a fornire le nozioni di pubblico

---

<sup>1</sup> G.COCCO, *I reati contro i beni pubblici*, II, Padova, 2013, 157

<sup>2</sup> G.COCCO, *I reati contro i beni pubblici*, op.cit., 158

<sup>3</sup> In tal senso M.ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, IV, Milano, 2019, 11, e G.COCCO, *I reati contro i beni pubblici*, op.cit. 158

ufficiale, incaricato di pubblico servizio e di esercente un servizio di pubblica necessità; i primi due capi distinguono invece in ragione della qualità del soggetto agente, secondo una logica di differente disvalore dei comportamenti tenuti da soggetti investiti di una qualifica pubblicistica, o comunque appartenenti alla pubblica amministrazione, e da soggetti operanti al di fuori di essa.

## **2. Bene giuridico tutelato**

Definita preliminarmente la nozione di pubblica amministrazione agli effetti del diritto penale, è importante individuare il bene giuridico tutelato dalla norma in esame.

Chiarito l'oggetto della tutela delle disposizioni inserite nel titolo II del libro II del codice penale, si configura sicuramente un bene giuridico di natura funzionale, rispetto al quale i beni finali rimangono sullo sfondo, essendo cioè irrilevante la loro lesione o la loro messa in pericolo.

### **2.1 Il codice Rocco e il prestigio della pubblica amministrazione**

Deve evidenziarsi in proposito l'abbandono di orientamenti risalenti che lo rinvenivano nel prestigio della pubblica amministrazione, in linea con una visione accentrata dello stato, ritenendolo propedeutico a salvaguardare l'immagine e il decoro delle istituzioni.

Obiettivo primario era, infatti, quello di mantenere una posizione di supremazia della macchina statale, al contempo alimentando la fiducia dei cittadini che ad essa necessariamente dovevano rapportarsi. Indubbiamente sono fondati i rilievi critici in ordine alla capacità di sostenere e giustificare le incriminazioni del titolo II, in ragione della inevitabile indeterminatezza del parametro in questione, stante la difficoltà di tracciarne precisi confini<sup>4</sup>.

Infatti, è facile dedurre che il prestigio della pubblica amministrazione, così inteso, non può assolvere le funzioni proprie del bene giuridico poiché, con riguardo a singoli episodi abusivi, ben potrebbe ritenersi lesa non la credibilità dell'intero apparato amministrativo, quanto unicamente quella del funzionario agente; al contrario, rovesciando la prospettiva e dilatando il valore in disamina, potrebbe ritenersi punibile qualsiasi cattivo comportamento del pubblico agente, venendo meno dunque qualsivoglia capacità di selezione delle condotte tipiche rilevanti.

---

<sup>4</sup>M.ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, i delitti dei pubblici ufficiali, op.cit., 10 parla di <<nebulosità>>*

## **2.2 Lettura costituzionalmente orientata: il principio del buon andamento e l'evoluzione dei rapporti dei cittadini con l'amministrazione**

Tali argomentazioni assumono poi maggior forza con l'entrata in vigore della carta fondamentale, che impone obbligatoriamente una lettura costituzionalmente orientata.

Punto di riferimento, infatti, diviene necessariamente l'art. 97 della costituzione che stabilisce, al secondo comma, che << i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità>>.

Il diritto penale deve dunque punire i fatti che impediscono o ostacolano il buon andamento o il corretto o regolare svolgimento dell'attività della pubblica amministrazione, cioè << la capacità di perseguire i fini ad essa assegnati dalla legge ovvero con massima aderenza all'interesse pubblico>><sup>5</sup>.

Anche altre disposizioni chiariscono il mutamento del paradigma cui devono essere informati i rapporti con i cittadini, stante il fondamentale principio di eguaglianza, posto dall'art.3 e la funzionalizzazione dell'attività dell'amministrazione ai bisogni degli individui, della quale è espressione il medesimo principio, declinato in senso sostanziale, verso la piena e eguale partecipazione di ogni consociato all'organizzazione politica, economica e sociale (<<Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione [...] di condizioni personali e sociali; è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese>>).

Sintomatica dell'evoluzione delle suddette relazioni è l'emanazione della l. 7 agosto 1990, n.241 che reca <<nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi>>.

È indicativo già l'art.1 che esplicita i principi cardine, menzionando, in particolare, la pubblicità e la trasparenza: la prima è conseguenza diretta della natura pubblica dell'amministrazione ed è strettamente legata alla seconda, che si concreta nella previsione di istituti in grado di garantire, in qualche misura, la natura partecipata del procedimento (<<L'attività amministrativa persegue i fini

---

<sup>5</sup>G.COCCO, *I reati contro i beni pubblici*, op.cit., 157

determinati dalla legge ed è retta dai criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza...>>).

In tema sono sicuramente significativi il diritto di accesso, il coinvolgimento degli interessati nel procedimento e l'obbligo di motivazione, per permettere un controllo sull'iter procedurale e decisionale seguito dall'amministrazione procedente.

La realizzazione di tali canoni è agevolata dal responsabile del procedimento, che ha, tra gli altri, il compito di instaurare un dialogo con gli interessati al provvedimento finale mediante comunicazione dell'avvio del procedimento, proseguirlo nelle forme della partecipazione, fino all'adempimento di oneri pubblicitari successivi alla determinazione finale<sup>6</sup>.

Ancora, con uno sguardo d'insieme all'organizzazione dell'apparato pubblico, è recente l'istituzione degli uffici per le relazioni con il pubblico (c.d. "urp") deputati a <<curare l'informazione dell'utenza e garantire i diritti di partecipazione dei cittadini>><sup>7</sup>.

Viene meno dunque qualsiasi legittimazione della posizione di primazia degli appartenenti alla burocrazia e il prestigio appare in grado unicamente di accentuare il distacco tra soggetti pubblici e la generalità dei cittadini, in controtendenza con i consolidati valori cardine del nostro ordinamento<sup>8</sup>.

### **2.3 Il principio di imparzialità**

Evidenziato il valore dell'efficienza dell'azione amministrativa, che sostanzia il principio del buon andamento in un'ottica non propriamente economico-aziendale, quanto piuttosto di soddisfacimento di situazioni giuridiche soggettive e di interessi pubblici, deve darsi atto di una possibile duplice lettura dell'art.97 della costituzione: la disposizione sarebbe, infatti, idonea ad individuare nell'imparzialità un bene giuridico distinto e autonomo (rispetto al buon andamento), e quindi parimenti meritevole di tutela.

La definizione della portata del concetto giustifica e avvalorava entrambe le opzioni interpretative, poiché infatti con essa si intende << il dovere dei funzionari di non alterare l'eguale posizione di partenza dei cittadini di fronte alla pubblica amministrazione, quanto all'esercizio del loro potere di

---

<sup>6</sup>E.CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F.Fracchia, XX, Milano, 2019, 414ss.

<sup>7</sup>E.CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F.Fracchia, XX, Milano, 2019, 181.

<sup>8</sup>G.COCCO, *I reati contro i beni pubblici*, op.cit., 157 accosta il privilegio ad un'espressione antropomorfa che esprime il buon funzionamento della p.a.

partecipazione politica, economica e sociale>><sup>9</sup>, configurandosi una sorta di diritto di eguaglianza di fronte alla stessa; posizione differente è quella che riconduce l'imparzialità ad una semplice regola di condotta, la cui violazione può comportare la lesione del bene giuridico individuato esclusivamente nel buon andamento ( e ad analoghe conclusioni si perviene con riferimento alla fedeltà e al decoro dei pubblici agenti, che costituiscono modalità di espletamento dell'attività a garanzia del buon andamento, e non dunque autonomi beni giuridici )<sup>10</sup> .

Quest'ultima soluzione peraltro può ricollegarsi alla valorizzazione della portata precettiva dell'art.97 della costituzione, dato costante nell'applicazione dell'art.323 c.p., almeno nel suo nucleo essenziale costituito dal divieto di favoritismi (il punto sarà trattato diffusamente più avanti).

#### **2.4. L'abuso d'ufficio: reato monoffensivo o plurioffensivo**

La concretizzazione del bene giuridico passa poi necessariamente per l'analisi della struttura della fattispecie di abuso d'ufficio, potendo distinguere l'abuso di vantaggio dall'abuso di danno: tale ultima ipotesi pone, infatti, il problema di capire se si possa qualificare il soggetto che subisce il danno come persona offesa del reato.

La giurisprudenza ritiene che ciò sia possibile, argomentando che, nei casi in cui il reato di abuso d'ufficio abbia causato un danno ingiusto, ha natura plurioffensiva, in quanto idoneo a ledere non solo l'interesse al buon andamento della pubblica amministrazione, ma anche il concorrente interesse del privato a non essere turbato nei suoi diritti dal comportamento ingiusto e illegittimo del pubblico ufficiale (con le conseguenze poste dal diritto processuale penale, nella specie la possibilità di proporre opposizione avverso la richiesta di archiviazione del pubblico ministero)<sup>11</sup>. Al contrario, si riconosce la natura monoffensiva del reato quando sia finalizzato a procurare un ingiusto vantaggio, poiché, ove la volontà del pubblico agente sia quella di avvantaggiare un soggetto, il danno che eventualmente derivi al terzo, in quanto non sorretto dal dolo dell'agente, è conseguenza meramente riflessa e non legittima il terzo all'esercizio strumentale dei poteri processuali riconosciuti alla persona offesa<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup>M.ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, i delitti dei pubblici ufficiali, op.cit.*, 11

<sup>10</sup>G.COCCO, *I reati contro i beni pubblici, op.cit.*,157. M.ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, i delitti dei pubblici ufficiali, op.cit.*, 10, osserva, inoltre, che tali valori, al pari del prestigio, sono <<poco afferrabili e significativi, come tali non idonei a reggere la costruzione di un'intera classe di reati>>.

<sup>11</sup> Cass. Pen. Sez.VI, 5 aprile 2012, 13179

<sup>12</sup> Cass. Pen. Sez.VI, 22 gennaio 2016, 3047

## **2.5 L'evoluzione della struttura: l'abuso d'ufficio come reato di danno**

Inevitabilmente si collega all'individuazione del bene giuridico la tematica della struttura del reato. Nel primo capitolo del presente elaborato la questione verrà affrontata con uno sguardo d'insieme, rinviando al capitolo seguente i dovuti approfondimenti, poiché si darà conto della formulazione della norma e della sua evoluzione nel tempo.

Tuttavia, fin d'ora, è bene considerare come la diversa configurazione dell'oggetto della tutela abbia avuto significative ricadute sulla tecnica legislativa; altro fattore da non tralasciare è la diversa importanza che il delitto di cui all'art.323 c.p. ha acquisito nel tempo, segnatamente con la legge 26 aprile 1990, n.86: dapprima assolutamente periferica e sussidiaria, per poi risultare centrale nel sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione.

Come meglio si vedrà in seguito, il codice Rocco, avendo come riferimento uno stato centrale forte, nell'ottica di salvaguardarne il prestigio (come in precedenza definito), costruisce l'abuso d'ufficio come un reato di pericolo: anticipa la tutela penale alla semplice messa in pericolo del bene giuridico, essendo irrilevante il verificarsi di un evento di danno<sup>13</sup>.

Naturalmente il prezzo da pagare era una forte carenza di determinatezza della fattispecie, attenuata solamente dall'esplicitazione, nella lettera della norma, del necessario contenuto della volontà del funzionario agente (l'elemento soggettivo si concretava nel dolo specifico)<sup>14</sup>. L'entrata in vigore della Costituzione aveva determinato la modifica della prospettiva della protezione, assurgendo a parametri primari di riferimento il buon andamento e l'imparzialità (con le precisazioni già viste) dell'amministrazione, ai sensi dell'art.97 della carta fondamentale.

La continua ricerca di chiarezza del tipo giunge ad un'importante svolta nel 1997: è solo in questo momento che il delitto in parola abbandona lo schema del reato di condotta, arricchito dalla specificazione della direzione della volontà dell'autore, per approdare a quello di reato di evento, richiedendo la disposizione, alternativamente, un ingiusto vantaggio patrimoniale o un altrettanto

---

<sup>13</sup>Era stata superato l'impianto liberale del codice Zanardelli, nel quale si accoglieva il modello della prevaricazione, che richiedeva la lesione dei diritti dei singoli cittadini: <<... ordina o commette contro gli altrui diritti...>>.

<sup>14</sup><<... per arrecare ad altri un danno o arrecargli un vantaggio...>>.

ingiusto danno<sup>15</sup>, ove, nella precedente formulazione, tali risultati rappresentavano unicamente l'oggetto della volontà del soggetto agente<sup>16</sup>.

### **3. L'abuso d'ufficio come reato proprio**

L'abuso d'ufficio è un reato proprio, tale che può essere commesso solo da un autore investito di una particolare qualifica, cui l'ordinamento attribuisce rilevanza.

Per individuare i soggetti attivi dell'incriminazione di cui all'art.323 c.p. occorre fare riferimento a quelle disposizioni comuni contenute nel capo III del titolo II, alle quali si è in precedenza solamente accennato: si tratta di norme definitorie che specificano le qualifiche soggettive pubblicistiche. Dalla lettura della disposizione si evince infatti che soggetti attivi del reato di abuso d'ufficio possono essere solo il pubblico ufficiale e l'incaricato di pubblico servizio (non viene qui in rilievo la figura, per così dire residuale, dell' esercente un servizio di pubblica necessità, anch'essa disciplinata nel capo III all'art.359 c.p.).

#### **3.1 Il pubblico ufficiale (art.357 c.p.).**

Riguardo la prima qualifica l'art.357 c.p. al comma 1 stabilisce che <<agli effetti della legge penale sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa>>; il comma 2 invece chiarisce che << è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla manifestazione e dalla formazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi e certificativi>>.

Non sono definite invece le altre funzioni, perché agevolmente individuabili per le connotazioni tipiche che contraddistinguono tanto la loro disciplina quanto le modalità di esercizio.

La precisazione richiamata si era resa necessaria perché, sulla base della disciplina previgente, la qualifica era riconosciuta <<agli impiegati dello stato o di un ente pubblico che esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa>>, così che si era ritenuto elemento

---

<sup>15</sup><<... procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto>>.

<sup>16</sup>Così recitava l'art.323 in seguito alla riforma del 1990 <<... al fine di arrecare a sé o altri un ingiusto vantaggio [...] o per arrecare ad altri un danno ingiusto...>> (a parte, la considerazione della duplice natura del vantaggio: patrimoniale o non patrimoniale).

determinante la natura pubblica dell'ente di riferimento e della funzione attribuita in ragione del rapporto di impiego, con la conseguenza che automaticamente si poteva ricollegare la qualifica di pubblico ufficiale sulla base del possesso della qualifica impiegatizia<sup>17</sup>; ulteriore problematica poi era data dalla proliferazione di enti pubblici e la presenza sempre più capillare dello stato, anche in settori che prevedono moduli di azione privatistici.

Si accoglie dunque la concezione funzionale-oggettiva incentrata sull'effettivo svolgimento di un'attività pubblicistica, anche di fatto, prescindendosi dal rapporto di impiego presso un ente pubblico.

Per quanto attiene ai criteri oggettivi indicati dalla norma, prioritario dev'essere l'esame della disciplina cui sono sottoposte le attività qualificabili come pubblica funzione (<<... disciplinata da norme di diritto pubblico e atti autoritativi...>>): nella distinzione dall'attività privatistica viene in soccorso un parametro di tipo formale costituito dalla natura giuridica delle discipline di settore, in modo che si avrebbero norme di diritto pubblico qualora le stesse regolino i rapporti interni alla pubblica amministrazione (norme di organizzazione), pongano la stessa in posizione di supremazia, con l'attribuzione di poteri autoritativi che la legittimino ad emanare atti tipici in grado di incidere unilateralmente nella sfera di privati (norme di relazione), o infine conferiscano poteri certificativi; a contrario, la norma avrà natura privatistica ove regoli i rapporti tra privati e soggetti pubblici su un piano di parità<sup>18</sup>.

L'art.357 richiama poi i poteri tipici che connotano la pubblica funzione, cioè quello di concorrere a formare e manifestare la volontà dello stato o di altro ente pubblico (e quindi deliberativo), nonché, dal punto di vista della modalità di esercizio, poteri autoritativi o certificativi nel concreto svolgimento.

Si tratta di requisiti alternativi.

Peraltro, se può ritenersi agevole la verifica del primo parametro nel caso di soggetti al vertice politico-amministrativo dello stato o degli enti territoriali e di coloro che svolgono funzioni direttive di altri enti pubblici retti da norme pubblicistiche, è più arduo pervenire a sicure conclusioni in presenza di soggetti non apicali. Occorre in queste ipotesi tenere conto dei compiti affidati nell'ambito dei diversi procedimenti poiché tali poteri possono essere affidati anche a soggetti con

---

<sup>17</sup>G.COCCO, *I reati contro i beni pubblici*, op.cit., 179 fa riferimento alla <<concezione soggettiva>>.

<sup>18</sup>G.COCCO, *I reati contro i beni pubblici*, op.cit., 182 opera questa divisione chiamandola <<delimitazione esterna>> in contrapposizione con la <<delimitazione interna>>, che attiene alla differenza con il pubblico servizio