

ABUSO D'UFFICIO (art.323)

Quando il p.u, o i.p.s. nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, o 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.

Il delitto di abuso d'ufficio è stato introdotto con la legge 86/1990 ristrutturando il previgente art.323 che prevedeva l'*abuso innominato d'ufficio*, al fine di garantire maggiore determinatezza alla norma e attribuire rilevanza penale a fatti non più riconducibili in fattispecie che con lo stesso intervento erano state abrogate (interesse privato in atti d'ufficio e peculato per distrazione); in più, il legislatore intese garantire una "chiusura" sussidiaria del sistema, intercettando comportamenti gravemente disfunzionali rispetto ad un efficiente andamento dell'attività amministrativa, ma non riconducibili ad altre e più specifiche incriminazioni. Di certo, l'operazione normativa non può dirsi del tutto riuscita se si pensa che a distanza di soli sette anni, nel 1997, il legislatore fu costretto ad intervenire nuovamente sulla norma che sembrava aver fornito usi elastici e discrezionali per la mancanza di elementi utili a definire il concetto di abuso.

La novella si è concretizzata in particolare:

- Nel tentativo di dar vita al concetto di abuso fissando requisiti più stringenti di rilevanza penale per la condotta del pubblico ufficiale che deve consistere in una violazione di legge o di regolamento o nella violazione di un dovere di astensione.
- Nel passaggio da una struttura di reato di pericolo caratterizzato dal dolo specifico a quella di **reato di evento** per la cui consumazione è necessario che la condotta produca un vantaggio patrimoniale o un danno ingiusto.
- Nella previsione di un elemento soggettivo di tipo intenzionale.
- In un ridimensionamento sanzionatorio.

Bene giuridico

L'incriminazione contenuta nell'art.323 ha carattere generalista, non si riferisce solo ad una specifica tipologia di comportamenti illeciti. Mancano dunque dei punti di riferimento per una ricostruzione dell'interesse tutelato. Proprio per queste peculiarità, si può dire che la struttura dell'art.323 sia aperta o addirittura in bianco, che indirizza i percorsi ricostruttivi verso categorie accoglienti come il regolare funzionamento della PA, inteso in senso ampio, comprensivo dei profili di legalità, buon andamento, imparzialità, trasparenza e capace di offrire copertura anche ad eventuali implicazioni patrimoniali, nonché a interessi di natura privata.

Tuttavia, essendoci una contrarietà all'utilizzo della categoria della plurioffensività, appaiono condivisibili le opinioni di chi osserva che i profili attinenti alla salvaguardia delle risorse patrimoniali della PA, intanto rilevano nel quadro offensivo dell'art.323, in quanto siano diretta conseguenza di una disfunzionalità dell'attività amministrativa innescata dalla violazione delle regole ordinamentali.

La dottrina sostiene che la tutela sia indirizzata all'imparzialità dell'azione amministrativa. La violazione della legge realizzata dal pubblico agente, è strumentale ad un ingiusto vantaggio patrimoniale o danno ingiusto.

La giurisprudenza, invece, adotta un approccio più tradizionale, caratterizzato da connotazioni plurioffensive che integrano la tutela di interessi pubblici con quella eventuale di interessi privati. Tuttavia, la genericità delle formule utilizzate e la variabilità degli elementi, porta a preferire un *modello monistico*.

La giurisprudenza offre due versioni del bene giuridico tutelato:

- *Monoffensiva*: nel caso di evento di vantaggio, in quanto ad essere tutelato sarebbe solo l'interesse del buon andamento, imparzialità e trasparenza del comportamento dei pubblici ufficiali
- *Plurioffensiva*: nel caso della produzione di un danno ingiusto, ritenendo che in questo caso la tutela

si allarga facendo riferimento anche all'interesse del privato a non essere turbato nei suoi diritti dal comportamento illegittimo del pubblico ufficiale. Solo in questo secondo caso il privato può essere considerato persona offesa, mentre nel primo caso potrebbe al massimo rivestire il ruolo di danneggiato.

Soggetto attivo

L'abuso d'ufficio è un **reato proprio esclusivo** che può essere svolto solo da un p.u. o i.p.s.

Presupposto

Presupposto per la configurabilità del delitto è che la condotta sia realizzata dal p.u. o i.p.s. **nello svolgimento delle funzioni o del servizio**. Il giudizio di disvalore penale è indissolubilmente legato alla distorsione che il comportamento del pubblico agente provoca rispetto al corretto esercizio dei compiti istituzionali collegati alla funzione rivestita o al servizio prestato, che devono rivestire innanzitutto il carattere dell'**attualità**.

Sono esclusi dall'abuso di ufficio, dunque, per esempio:

- Il comportamento del pubblico agente che, pur consistendo in una violazione di legge, non è correlato alla funzione o al servizio. Ciò non esclude che possa comunque avere natura illecita, ad esempio in ambito disciplinare o che possa assumere rilevanza per un altro titolo di reato.
- Atti compiuti con difetto assoluto di attribuzione
- Quelle condotte che siano soltanto occasionate dallo svolgimento della funzione o del servizio ma non sono espressione dei poteri ad essi connessi
- I casi riconducibili al mero abuso della qualità o posizione del pubblico agente

Condotta tipica

- **Violazione di norme di legge o di regolamenti**

La scelta del legislatore operata con la riformulazione della norma di ancorare il disvalore penale al verificarsi di una "violazione di legge o di regolamento" ha faticato a trovare assestamento. Nel concreto, si sono rivelati fondati i timori che la dottrina aveva manifestato all'entrata in vigore della norma. Da un lato c'era chi, aveva dubitato della reale capacità selettiva del riferimento alla violazione di legge o di regolamento, ritenendo la formula eccessivamente estensiva. Dall'altro non si escludeva uno scenario che vedeva in quella formula il rischio di creare un limite alla possibilità di configurare l'abuso quando, nel rispetto formale delle regole, il comportamento del p.u. avesse comunque determinato una indebita distorsione della funzione o del servizio, indirizzandola verso finalità di indebito vantaggio o di danno.

La ragione del legislatore di utilizzare comunque tale formula sta nella circostanza che il riferimento a due tipologie di atti dotati di caratteristiche formali che li rendono in ogni caso riconoscibili costituisce un argine alla indiscriminata considerazione di qualsiasi disposizione anche *lato sensu* normativa.

L'art 323 richiede che sussista una violazione di legge o di regolamento o un'omissione di astenersi nei casi in cui vi sia un obbligo di astensione.

- Il termine "legge" include sia la legge in senso formale (leggi costituzionali, ordinarie, regionali) sia legge in senso materiale (decreti legge, decreti legislativi)
- Maggiori problematiche pone il regolamento, ci si affida perciò al dato formale: la fonte della disposizione violata è individuabile nella normazione subprimaria tipica della PA, purché caratterizzata da generalità e astrattezza ed emanata secondo l'iter procedimentale prescritto. Sono esclusi: le circolari o provvedimenti amministrativi urgenti e non ha rilevanza neanche la violazione delle norme di un contratto collettivo di lavoro per i pubblici dipendenti

Ci si chiede se sia sufficiente la violazione di qualsiasi norma di legge o se, nonostante la genericità della formula, si richieda un criterio selettivo.

Per la giurisprudenza, per la configurabilità dell'abuso d'ufficio, la norma violata può essere direttamente l'art.97 Cost. che è suscettibile di essere violata nella parte che impone ad ogni pubblico funzionario, nell'esercizio delle sue funzioni, di non usare il potere che la legge gli conferisce per compiere favoritismi o procurare ingiusti vantaggi (assumendo come parametri il buon andamento e l'imparzialità non si può determinare quali siano i comportamenti suscettibili di essere incriminati ex art.323).

La dottrina, invece, assegna rilevanza solo alla violazione di norme che contengono specifici obblighi di comportamento. Questo orientamento appare preferibile perché i principi generalissimi mal si prestano a tradursi in divieti o comandi penali individuabili ma anche perché solo in questo modo è possibile identificare una relazione causale tra la violazione e il vantaggio o il danno. Il riferimento a quest'ultima esigenza fornisce un criterio per la soluzione di altre ipotesi problematiche come quelle relative alle **norme procedurali** o sulla **competenza**, in relazione alle quali si è dubitato circa la idoneità della loro azione a fondare il rimprovero penale ex art.323 (idoneità a porsi come "causa" dell'ingiusto vantaggio o del danno). Bisognerà accertare la sussistenza o meno di uno specifico nesso causale con l'evento tipico.

- **Violazione dell'obbligo di astensione**

L'art.323 richiede inoltre, che, alternativamente sussista una **violazione dell'obbligo di astensione** che consiste nell'omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti. È stato però segnalato il rischio di interpretazioni volte a sanzionare la mera coincidenza tra interesse pubblico e privato, in assenza di ogni strumentalizzazione della funzione del servizio. Ad impedire ciò è il fatto che l'abuso di ufficio si è un reato di evento, e dunque sarà sempre necessario accertare l'esistenza di una relazione causale tra la condotta e l'evento di vantaggio ingiusto o di danno per cui questi ultimi possono dirsi come conseguenza dell'omessa astensione, grazie alla quale è stato possibile per il pubblico agente operare una vera e propria ingerenza approfittatrice in vista del conseguimento di un interesse proprio altrimenti non conseguibile.

L'obbligo di astensione, inoltre, non trova fondamento diretto nell'art 323, ma è necessario che sussista una norma di legge o un regolamento che imponga al pubblico ufficiale uno specifico obbligo di astensione, la cui violazione viene sanzionata penalmente come abuso d'ufficio in presenza di tutti i requisiti richiesti dalla fattispecie incriminatrice (ciò implica che se nella norma fosse stata assente l'espressa menzione della condotta tipica, il comportamento del pubblico agente sarebbe comunque ricaduto sotto l'ipotesi della violazione di legge o regolamento). L'obbligo di astensione motivato dalla ricorrenza di un interesse proprio trova la propria fonte direttamente nell'art.323 per cui, l'inosservanza di tale dovere comporta l'integrazione del reato anche quando faccia difetto una specifica disciplina dell'astensione.

Gli **"altri casi prescritti"** sono quelli per i quali sia rinvenibile una norma di legge o di regolamento che espressamente prevede un obbligo di astensione; il riferimento a questi ha il compito di integrare esclusivamente l'area dell'obbligo di astensione e ad esso non può essere attribuita una portata di carattere generale, nel senso di costituire un'ipotesi residuale rispetto a tutte le modalità di condotta tipica.

Per quanto riguarda l'ipotesi di sussistenza di un **conflitto d'interessi**, ci sono diverse opinioni circa il significato da attribuire al termine "interesse". La giurisprudenza assegna al termine una portata molto ampia, escludendo che debba avere una dimensione esclusivamente patrimoniale. L'interesse proprio comprende anche interessi personali non economici. Tuttavia, tale tesi viene criticata per l'ampiezza della rilevanza che garantirebbe a tali interessi.

L'evento del reato: l'ingiusto vantaggio patrimoniale o il danno ingiusto

Il delitto di abuso d'ufficio è un reato di evento. Il fatto tipico sussiste solo se dalla condotta abusiva deriva, come conseguenza, un vantaggio patrimoniale per l'agente o per un terzo, o un danno. Entrambi gli eventi richiedono l'esistenza di un nesso causale con la violazione di legge o l'omessa astensione e devono essere qualificati dalla loro *ingiustizia*.

Per quanto riguarda il **vantaggio patrimoniale**, si assegna rilevanza solo ai vantaggi di natura patrimoniale, da intendersi però in senso ampio, nel senso che l'abuso sussiste non solo nel caso in cui sia volto a procurare beni materiali ma anche nel caso in cui sia volto a creare un accrescimento della situazione giuridica soggettiva in favore di colui nel cui interesse l'atto è stato posto in essere. Dunque, non è necessario che l'abuso provochi in via immediata il materiale incremento del patrimonio, ma è indispensabile che il vantaggio consista in un'utilità suscettibile di valutazione economica. Ipotesi classiche sono l'illegittimo rilascio di una concezione edilizia o l'indebito superamento di un concorso pubblico con la conseguente attribuzione della posizione lavorativa. Ma, in realtà, ci sono anche ipotesi problematiche, come per esempio si discute se sussista abuso d'ufficio con conseguente vantaggio patrimoniale nel caso in cui si procuri illegittimamente ad un soggetto già dipendente del sistema sanitario nazionale, il superamento del concorso per l'ammissione ad un corso di laurea specialistica a numero chiuso con lo scopo di ottenere subito dopo la laurea un posto di lavoro. In questo caso, si potrebbe parlare piuttosto di danno per i candidati esclusi.

Non integra, invece, delitto di abuso d'ufficio, la condotta del professore universitario che indebitamente favorisca il superamento di un esame universitario attraverso la preventiva rivelazione di argomenti sui quali l'esaminando verrà interrogato, dovendosi escludere la sussistenza dell'evento dell'ingiusto vantaggio patrimoniale.

Il **danno**, a differenza del vantaggio, non deve avere necessariamente natura patrimoniale. La giurisprudenza ha accolto una nozione molto ampia di danno, comprensiva di qualsiasi forma di aggressione ingiusta alla sfera della personalità come tutelata dalle norme costituzionali. Dunque devono essere escluse quelle dalla rilevanza penale quelle condotte di semplice "fastidio" che non sono in grado di esprimere una reale offesa agli interessi tutelati.

La norma richiede espressamente che il vantaggio patrimoniale e il danno debbano essere **ingiusti**, sulla base di uno schema di **doppia ingiustizia** che richiede che ingiusta debba essere sia la condotta (perché posta in essere in violazione della norma di legge o del regolamento) che il danno o il vantaggio patrimoniale. Ne consegue una valutazione autonoma e distinta.

Elemento soggettivo

Dal punto di vista soggettivo, è richiesto il dolo intenzionale. Dunque, il vantaggio patrimoniale e il danno devono rappresentare lo scopo in vista del raggiungimento del quale il soggetto realizza la condotta abusiva, non essendo sufficiente la mera consapevolezza da parte dell'agente che il vantaggio o il danno rappresentano conseguenze accessorie dell'abuso. La richiesta del dolo intenzionale, però, ha suscitato diverse critiche. Ci si è domandati se la ricorrenza del dolo intenzionale dipendesse dall'esclusività del fine illecito perseguito (vantaggio patrimoniale o danno ingiusto) e fosse dunque incompatibile con la presenza di finalità concorrenti, in particolare riconducibili ad un interesse pubblico. La dottrina prevalente, ritiene che l'intenzionalità non coincida con l'esclusività e che il perseguimento di un interesse pubblico dunque non esclude la configurabilità del reato se comunque la condotta mira ad un ingiusto vantaggio patrimoniale o danno. La giurisprudenza, invece, ha affermato che la presenza di un concomitante interesse pubblico, escluda il dolo intenzionale solo quando appaia **chiaramente prevalente** rispetto alla finalità di vantaggio o danno ed il suo perseguimento non sia solo l'occasione per consentire il conseguimento di ingiuste finalità di vantaggio patrimoniale o di danno.

La scelta del dolo intenzionale come elemento tipizzante richiede un accentuato rigore probatorio. La

giurisprudenza recente assegna rilevanza a *indici fattuali* che sul piano oggettivo denotano una marcata evidenza del carattere strumentale dell'abuso a ragione ad esempio della macroscopica illegittimità dell'atto al punto da rendere superflua la stessa prova di un accordo collusivo, che ove esistente sarebbe idonea a dimostrare il dolo intenzionale.

Una radicale differenza di vedute tra dottrina e giurisprudenza, sussiste circa la tematica **dell'errore sulle norme extrapenali**. La giurisprudenza adotta uno svuotamento dell'art.47 co.3, attraverso l'incorporazione della norma extrapenale nel precetto penale e il conseguente trasferimento della questione all'errore sul divieto. Tale orientamento è stato criticato dalla dottrina in quanto l'intenzionale perseguimento di un vantaggio o danno ingiusto è incompatibile con una rappresentazione carente del presupposto rappresentato dalla violazione di legge o dall'esistenza di un obbligo di astensione, considerata la loro necessaria strumentalità alla produzione del risultato ingiusto.

Ulteriore questione riguarda l'applicazione dell'**art 48**. Ci si chiede se la presenza del dolo intenzionale impedisca di costituire lo schema di reità mediata fondata sull'errore indotto dall'altrui inganno che per definizione esclude il dolo dell'agente, determinando il trasferimento della responsabilità sul *decipiens*, vero autore del fatto posto in essere dal *deceptus*. La giurisprudenza esclude l'applicabilità dell'art.48 nell'ambito dell'abuso d'ufficio, in base al rilievo che il disvalore dell'abuso d'ufficio sarebbe legato alla natura intenzionale dell'atteggiamento dell'agente.

Forme di manifestazione del reato

- **Tentativo:** poiché l'abuso d'ufficio è un reato di evento, non si pongono particolari problematiche per la configurabilità del tentativo.
- **Concorso di persone:** nonostante l'abuso d'ufficio sia un reato proprio, non esclude che alla sua realizzazione possa concorrere un *extraneus*. L'ipotesi più ricorrente è quella del coinvolgimento del beneficiario dell'abuso, la cui responsabilità, dipende tuttavia dalla prova dell'esistenza di un accordo criminoso tra il pubblico agente e il privato o di condotte di istigazione, determinazione o agevolazione. In nessun caso può essere sufficiente a provare il concorso dell'*extraneus* la mera coincidenza tra la richiesta del privato il provvedimento posto in essere dal pubblico agente. Non può cioè *ravvisarsi il concorso nella sola istanza relativa a un atto che risulti illegittimo, e nonostante ciò venga adottato*, dovendo emergere sul piano probatorio elementi in grado di dimostrare l'esistenza di un'attività di pressione o persuasione dal privato o un vero accordo con il p. agente.
- **Circostanze:** Una circostanza aggravante speciale è prevista dal co.2, nel caso in cui il vantaggio o il danno siano di rilevante gravità. Una circostanza attenuante invece è prevista invece nel caso di particolare tenuità del fatto.

La clausola di riserva:

Il rapporto dell'abuso d'ufficio con le altre fattispecie è regolato innanzitutto dalla presenza di una clausola di riserva che limita l'ambito di applicazione dell'art.323 ai soli casi nei quali il fatto non costituisca più grave reato. La clausola definita di "sussidiarietà illimitata" presuppone che il fatto sia riconducibile oltre che all'abuso d'ufficio anche ad altre fattispecie tutte le volte in cui l'art.323 costituisca il reato meno grave. Qualora l'abuso sia funzionalmente collegato ad un distinto fatto penalmente rilevante, dovranno essere applicate le norme sul concorso materiale (nella forma del reato continuato).

Grazie alla clausola di riserva sono facilmente regolabili i rapporto tra:

- **Abuso d'ufficio e peculato:** nel caso in cui la condotta abusiva del pubblico ufficiale sia direttamente strumentale all'indebita appropriazione si applicherà la sola fattispecie dell'art.314 che prevede una pena più grave.

- **Abuso d'ufficio e corruzione:** vale lo stesso, quando oggetto dell'accordo corruttivo è proprio l'atto che viene adottato dal pu o ips in violazione di norma o regolamento. Quando, al contrario, la fattispecie concorrente è meno grave dell'abuso d'ufficio, la clausola di riserva non opera e dovranno applicarsi le regole del concorso tra norme. In particolare, il rapporto tra le due fattispecie potrà essere risolto in termini di specialità in favore dell'art.323 che troverà applicazione.
- **Delitti di falso:** all'opinione prevalente che la clausola di sussidiarietà si applichi anche nell'ipotesi in cui la condotta abusiva coincida con la commissione della falsità, escludendosi il concorso formale, si contrappone l'indirizzo minoritario che ritiene sussistente un concorso materiale. Quest'ultima tesi si fonda sulla diversità del bene giuridico tutelato dalle due incriminazioni. L'argomento non è ritenuto decisivo dalla tesi opposta che privilegia invece la funzione della clausola di riserva, intesa ad evitare una doppia incriminazione rispetto ad un unico "fatto".