

L'evoluzione normativa e sistematica dell'abuso di ufficio

1. La versione originaria:

«Art. 323 (Abuso di ufficio in casi non preveduti specificamente dalla legge) - Il pubblico ufficiale, che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge, è punito con la reclusione fino a due anni o con la multa la lire cinquecento a diecimila»

- **Soggetto attivo:** Solo il pubblico ufficiale: l'idea era che l'i.p.s. non avesse in dotazione poteri tali da poter interferire con la sfera giuridica di terzi
- **Condotta:** non viene descritta, se non attraverso **una tautologia:** commettere **qualunque fatto** non preveduto da una particolare disposizione di **legge abusando dei poteri** inerenti alle sue funzioni
- **Evento:** rileva solo come oggetto del **dolo specifico**, ma non deve necessariamente realizzarsi: la fattispecie è di pura condotta, con **anticipazione della soglia di tutela**. Esso può consistere 1. in un evento di vantaggio (patrimoniale o non patrimoniale); in un evento di danno (non specificato se giusto o ingiusto)
- **Clausola di riserva assoluta:** la norma cede il passo di fronte a qualunque altra ipotesi di abuso qualificato
- Non riguarda il conflitto di interessi personale: il vantaggio è solo per altri

La fattispecie è scarsamente descrittiva, al limite dell'indeterminatezza. Deve svolgere un ruolo di chiusura del sistema e di tutela residuale di qualunque fatto abusivo del pubblico ufficiale non altrimenti preveduto come reato. Si perde la frammentarietà del diritto penale, con l'evidente intento di ottenere una moralizzazione nell'ambito della p.a. La norma è stata dichiarata costituzionalmente legittima (C. Cost, 1965/7). Viene tuttavia applicata raramente.

2. La riforma del '90

«Art. 323 (Abuso di ufficio in casi non preveduti specificamente dalla legge) - Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni.

«Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due a cinque anni».

La riforma del 90 voleva restituire determinatezza alla fattispecie ed evitare il rischio di un'eccessiva invadenza del magistero penale nella valutazione delle attività della p.a.:

- Soggetto attivo: **anche l'incaricato di pubblico servizio**, in linea con la generale scelta del '90
- Clausola di riserva: da assoluta diventa **relativa** (se il fatto non costituisce più grave reato)
- La condotta rimane descritta in maniera molto vaga, ancora più tautologica: consiste nel fatto del p.u. che abusa del suo ufficio
- Gli eventi rimangono quelli del vantaggio e del danno, e sempre oggetto del dolo specifico, ma: 1) si separa il **vantaggio non patrimoniale dal vantaggio patrimoniale**, previsto al secondo comma (non può essere considerata circostanza); sia il danno che il vantaggio devono qualificarsi come ingiusti
- A livello sistematico, nonostante la loro formale abrogazione, vengono ricondotte (per espressa volontà del legislatore) all'art. 323 c.p. anche le vecchie ipotesi di **peculato per distrazione** e quelle di **interesse privato in atti di ufficio** (art. 324 c.p.)
- Viene inserito il **vantaggio personale**

Tutte le modifiche tendono ad una estensione dell'area di tipicità, ma la norma rimane vaga: il coefficiente di determinatezza dovrebbe risiedere nel requisito dell'**ingiustizia dell'evento**

3. La riforma del 1997 e la 'miniaturizzazione' dell'abuso di ufficio:

Art. 323. Abuso d'ufficio - *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, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sè o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.*

La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità

- **La struttura del fatto:** da reato di pura condotta, diventa **reato con evento** → il danno o il vantaggio non devono solo rappresentare l'obiettivo finalistico del soggetto agente, ma devono **effettivamente verificarsi** (in mancanza, solo possibile **tentativo**)
- La condotta: non viene più descritta genericamente, ma deve sostanziarsi in una **violazione di norme di legge o di regolamento** → **esclusa l'attività discrezionale? La norma costituzionale, può rappresentare il parametro di riferimento normativo al quale ricollegare la violazione?** (cfr. SS.UU., n. 155/2012)*
- **Il presupposto: nello svolgimento delle funzioni o del servizio** → conferma il carattere oggettivo dell'abuso, non rileva il semplice abuso della qualità
- **L'evento:** danno o vantaggio ingiusto. Il vantaggio è solo quello **patrimoniale**. Nel caso di vantaggio di natura non patrimoniale il fatto non è più penalmente rilevante.
- **L'elemento soggettivo:** il dolo (in conseguenza del passaggio da reato di pura condotta a reato con evento) diventa **generico** (e non più specifico). Rileva solo il **dolo intenzionale**, con esclusione del **dolo diretto** e del **dolo eventuale**
- L'ipotesi del secondo comma ha **natura circostanziale**

La riforma del 2020.

Per fronteggiare il fenomeno della c.d. burocrazia difensiva" o "paura della firma", ossia la ritrosia dei funzionari pubblici ad assumere decisioni o condotte utili al promovimento dell'interesse pubblico, preferendo assumerne altre ovvero restare inoperosi, per timore di subire conseguenze negative a proprio carico il D.L. Semplificazioni, oltre che nella direzione di una maggiore delimitazione della responsabilità amministrativo-contabile, si è mosso anche sul versante penale ridimensionando la portata della fattispecie incriminatrice dell'abuso d'ufficio ex art. 323 c.p.:

«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 un carattere di rilevante gravità .

Tre modifiche di rilievo:

- **Specifiche** norme di legge
- Escluse le norme di **regolamento**
- Esclusa l'**attività discrezionale**

Casistica in materia di abuso di ufficio:

Abuso di ufficio e potere discrezionale

- *Per qualsivoglia pubblica funzione autoritativa, in tanto può parlarsi di esercizio legittimo in quanto tale esercizio sia diretto a realizzare lo scopo pubblico in funzione del quale è attribuita la potestà, che del potere costituisce la condizione intrinseca di legalità. Secondo la giurisprudenza nettamente prevalente di questa Corte, si ha pertanto violazione di legge, rilevante a norma dell'art. 323 cod. pen., non solo quando la condotta di un qualsivoglia pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere (profilo della disciplina), ma anche quando difettino le condizioni funzionali che legittimano lo stesso esercizio del potere (profilo dell'attribuzione), ciò avendosi quando la condotta risulti volta alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è conferito. Anche in questa ipotesi si realizza un vizio della funzione legale, che è denominato sviamento di potere e che integra violazione di legge perché sta a significare che la potestà non è stata esercitata secondo lo schema normativo che legittima l'attribuzione. (SS.UU., n. 155/2012)
- In tema di abuso di ufficio, la nuova formulazione dell' art. 323 c.p. , introdotta dal d.l. n. 76/2020 , conv. dalla l. n. 120/2020 con la sostituzione delle parole di norme di legge o di regolamento con quelle di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, pretende che la condotta produttiva di responsabilità penale del pubblico funzionario sia connotata, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, dalla violazione di regole cogenti per l'azione amministrativa, che per un verso siano fissate dalla legge e per altro verso siano specificamente disegnate in termini completi e puntuali. Ne deriva un ambito applicativo ben più ristretto rispetto a quello definito con la previgente definizione della modalità di condotta punibile, che sottrae al giudice sia l'apprezzamento dell'inosservanza di principi generali o di fonti normative di tipo regolamentare, sia il sindacato del mero cattivo uso della discrezionalità amministrativa (Cassazione penale sez. VI, 09/12/2020, n.442)

Casistica in materia di abuso di ufficio:

- In tema di abuso d'ufficio, la prova del dolo intenzionale, che qualifica la fattispecie criminosa, può essere desunta anche da una serie di indici fattuali, tra i quali assume specifico rilievo la violazione del dovere di astensione gravante sui pubblici ufficiali e sugli incaricati di pubblico servizio, non rilevando la compresenza di una finalità pubblicistica, salvo che il perseguimento dell'interesse pubblico costituisca l'obiettivo esclusivo o primario dell'agente. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto esente da censure la sentenza che aveva escluso la configurabilità del reato in relazione alla condotta di un sindaco che aveva disposto la proroga dei rapporti di lavoro a tempo determinato, anche in favore del coniuge, in quanto indispensabile a garantire l'effettivo esercizio delle funzioni di pubblica sicurezza su tutto il territorio comunale, per le gravi carenze di organico del comando di polizia municipale) **Cassazione penale , sez. V , 02/10/2020 , n. 37517.**
- L'utilizzo di denaro pubblico per finalità diverse da quelle previste integra il reato di abuso d'ufficio qualora l'atto di destinazione avvenga in violazione delle regole contabili, sebbene sia funzionale alla realizzazione, oltre che di indebiti interessi privati, anche di interessi pubblici obiettivamente esistenti e per i quali sia ammissibile un ordinativo di pagamento o l'adozione di un impegno di spesa da parte dell'ente, mentre integra il più grave reato di peculato nel caso in cui l'atto di destinazione sia compiuto in difetto di qualunque motivazione o documentazione, ovvero in presenza di una motivazione di mera copertura formale, per finalità esclusivamente private ed estranee a quelle istituzionali. (Fattispecie in cui la Corte ha annullato con rinvio la condanna per peculato del presidente di un'azienda pubblica, rilevando che l'accertata violazione della normativa per la scelta della ditta appaltatrice e la mancata osservanza delle norme di contabilità, in assenza della prova della non corrispondenza dell'importo erogato al valore delle opere realizzate, avrebbero potuto integrare al più il reato di abuso di ufficio). Cassazione penale , sez. VI , 23/09/2020 , n. 27910
- In tema di abuso di ufficio, il rilascio del titolo abilitativo edilizio avvenuto senza il rispetto del piano regolatore generale o degli altri strumenti urbanistici integra la violazione di specifiche regole di condotta previste dalla legge, così come richiesto dalla nuova formulazione dell' art. 323 c.p. ad opera dell' art. 16 d.l. 16 luglio 2020, n. 76 , conv. nella l. 11 settembre 2020, n. 120 , atteso che l' art.12, comma 1, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 prescrive espressamente che il permesso di costruire, per essere legittimo, deve conformarsi agli strumenti urbanistici ed il successivo art. 13 detta la specifica disciplina urbanistica che il direttore del settore è tenuto ad osservare. Cassazione penale , sez. VI , 17/09/2020 , n. 31873
- Per effetto della modifica introdotta dall'art. 23 d.l. 16 luglio 2020 n. 76., il reato di abuso di ufficio nella prima ipotesi prevista dall'art. 323 c.p. (quella rappresentata dalla condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, viola le norme di legge che ne disciplinano l'esercizio) risulta incisivamente modificato, Tale modifica, con la rilevata limitazione dell'ambito della rilevanza penale, con inevitabili effetti di favore applicabili retroattivamente ai sensi dell'art. 2, comma 2, c.p., non esplica invece alcun effetto con riguardo all'altra ipotesi di condotta di rilievo penale prevista dall'art. 323 c.p. [quella sostanziata nell'inosservanza dell'obbligo di astensione "in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti"], rispetto alla quale la fonte normativa della violazione è da individuarsi nella stessa norma penale salvo che per il rinvio agli altri casi prescritti, rispetto ai quali non è sostenibile la limitazione alle sole fonti primarie di legge, trattandosi della violazione di un precetto vincolante già descritto dalla norma penale, sia pure attraverso il rinvio, ma solo per i casi diversi dalla presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, ad altre fonti normative extra-penali che prescrivano lo stesso obbligo di astensione