



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



ABUSO D'UFFICIO: ANALISI DELLA FATTISPECIE DI REATO ALLA LUCE DEGLI ULTIMI ARRESTI GIURISPRUDENZIALI

Le recenti novità sulla configurabilità del reato di cui all'art. 323 c.p., dalla c.d. doppia ingiustizia alla nuova figura dell'abuso d'ufficio non patrimoniale

di **Giuseppe Ferlisi**
IUS/17 - DIRITTO PENALE
Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile
Raffaele Giaquinto

Publicato, Venerdì 2 Giugno 2017

Sommario: 1. Elementi costitutivi del reato; 2. La sentenza n.17676/2016 della Suprema Corte di Cassazione: la doppia ingiustizia; 3. Il dolo intenzionale nel reato di abuso d'ufficio; 4. Abuso d'ufficio non patrimoniale

1. Elementi costitutivi del reato

Il reato di **abuso d'ufficio** è sanzionato dal nostro ordinamento all'**art. 323 c.p.** e si verifica allorquando il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, "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 sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale". Tale reato è stato oggetto di due diverse riforme - nel 90' e nel 97' - che ne hanno chiarito i contorni, l'applicabilità ed i limiti, trasformando quella che era considerata una norma penale in bianco. Il **bene giuridico protetto** dalla norma in esame è identificato nell'imparzialità, buon andamento, efficienza e trasparenza della P.A. - di cui all'**art. 97 della Costituzione**; quanto all'identificazione della persona offesa, per costante orientamento della Suprema Corte di Cassazione fin dalla **Sentenza n. 17642/2008**, tale reato ha **natura plurioffensiva**, in quanto atto a ledere sia gli interessi della P.A. sia il concorrente interesse del privato che sarà quindi legittimato a proporre le medesime azioni difensive quali, ad esempio, l'opposizione alla richiesta di archiviazione formulata dal P.M. Il **soggetto attivo** del reato è, per forza di cose, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, con il possibile **concorso del privato** che sia destinatario dei benefici conseguiti dall'atto abusivo, laddove egli abbia avuto - con la sua condotta - un ruolo casualmente rilevante nella verifica del fatto-reato, a patto che egli conoscesse la qualificazione del pubblico ufficiale.

Riguardo la **condotta**, essa deve esplicarsi nella perpetrazione dell'abuso nella veste di pubblico ufficiale (o incaricato di pubblico servizio), con la conseguenza che non saranno rilevanti eventuali reati compiuti al di fuori del proprio ruolo pubblico: in sostanza si richiede un concreto abuso del potere (**Cass. 5895/2013**). Ulteriore specificazione sulla condotta non viene fornita dalla norma, eccetto la formula prima ricordata, facendo sì che essa può consistere in atti interni o esterni (decisionali, consultivi, preparatori), in mere attività materiali ed in qualsiasi comportamento del pubblico ufficiale che rappresenti un'illecita deviazione dagli scopi istituzionali. Tuttavia, nel caso di un procedimento amministrativo complesso - ossia formato dal susseguirsi di più atti amministrativi - non risponde del delitto de quo colui il quale partecipi solo ad una fase del procedimento stesso, limitandosi ad adottare un atto legittimo in rapporto di causalità materiale con il provvedimento finale illegittimo (**Cass. n. 7290/2000**). Il delitto di abuso d'atti di 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 1, c.p." (**Cass. n. 10009/2010**); purché si tratti "del mancato esercizio di un potere esplicitamente attribuito al pubblico funzionario da una norma di legge o regolamentare" (**Cass. n. 41697/2010**)

Una delle peculiarità del reato di cui in oggetto è sicuramente quello della c.d. **doppia ingiustizia**, riferita sia rispetto alla condotta posta in essere sia con riferimento al danno od al vantaggio patrimoniale non spettante (**Cass. 36125/2014**). Veniamo all'ultimo aspetto, ossia quello **soggettivo**: la norma recita "intenzionalmente", facendo quindi riferimento al **dolo intenzionale** e non generico come nella precedente formulazione. Si richiede la chiara e precisa volontà da parte dell'agente di agire allo scopo di procurare a se od altri ingiusto profitto patrimoniale o arrecare un danno ingiusto.

2. La sentenza n. 17676/2016 della Suprema Corte di Cassazione: la doppia ingiustizia.

Tale sentenza risulta essere l'ultimo arresto giurisprudenziale - per ordine di tempo ed importanza - che ha fornito maggiori chiarimenti rispetto alla "doppia ingiustizia". La vicenda trae spunto dal ricorso del Direttore Generale dell'Asl di Campobasso, ritenuto responsabile dalla Corte di Appello territoriale del reato di abuso d'ufficio per aver affidato una serie di incarichi e consulenze esterne a persone fisiche e giuridiche estranee all'azienda sanitaria, in violazione del quadro normativo di riferimento. A tali incarichi, infatti, si può fare ricorso solo allorquando vi siano esigenze non fronteggiabili con personale in servizio e secondo requisiti e condizioni ben precisi (la norma violata è il **d. lgs. n. 165 del 2001** così come integrato dalla **Legge n. 244/2007**). Tale sentenza riveste una particolare importanza proprio per la definizione chiara e recente della c.d. doppia ingiustizia; ai fini del perfezionamento del reato di abuso d'ufficio occorre verificare se l'agente abbia intenzionalmente abusato del suo ufficio per favorire o danneggiare qualcuno, mediante la violazione di legge a lui imputabile. Trattandosi di reato d'evento, non rileva la condotta "abusiva" se non si produce il danno o un vantaggio patrimoniale procurato dal soggetto agente. Sono necessari, quindi, entrambi gli elementi: violazione di norme e vantaggio patrimoniale. Ne consegue che occorre una duplice e distinta valutazione, non potendosi far discendere l'ingiustizia dalla mera illegittimità della condotta. Nè si può dedurre a posteriori l'illegittimità della condotta, causa dell'evento, dalla palese ingiustizia del vantaggio raggiunto dal privato. Pertanto la Suprema Corte ha ritenuto - con tale arresto - che **il reato non si verifica se l'accrescimento contra ius del privato non deriva dalla deliberata strumentalizzazione della funzione di pubblico ufficiale dell'agente che - abusando della sua funzione per un fine meramente privatistico - violi specifici parametri normativi**. La Corte chiarisce che la violazione di legge pretesa dalla norma, riguarda non solo la condotta del pubblico ufficiale in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche le condotte dirette ad un interesse collidente con quello per il quale il potere è conferito, ponendo un vero e proprio

sviamento della funzione rispetto alla quale si configura l'elemento soggettivo del dolo intenzionale, ossia la rappresentazione e la volizione dell'evento come conseguenza immediata e diretta della condotta dell'agente e obiettivo primario da questo perseguito. Pertanto la prova dell'intenzionalità del dolo - che sarà trattata specificamente in prosieguo - esige il raggiungimento della certezza che la volontà dell'imputato sia stata orientata proprio a procurare il vantaggio patrimoniale o il danno ingiusto.

3. Il dolo intenzionale nel reato di abuso d'ufficio

Con la **Sentenza Cass. pen., Sez. VI, 2 ottobre 2014, n. 14038**, la Corte - sebbene non a Sezioni Unite - ha fornito un chiarimento rispetto alla figura del dolo intenzionale nel delitto di abuso d'ufficio. La Sezione penale è stata chiamata a decidere, in particolare, se, e in che limiti, la compresenza di una finalità pubblicistica escluda il dolo richiesto per la sussistenza del reato di abuso d'ufficio, nonché se possa ritenersi correttamente motivata la sentenza di condanna nella parte in cui desume l'intenzionalità di procurare un ingiusto vantaggio patrimoniale a terzi pur in difetto della dimostrazione di rapporti 'particolari' tra funzionario e soggetto favorito. In altri termini, quindi, sia problemi di giuridica configurabilità dell'elemento soggettivo della fattispecie prevista dall'**art. 323 c.p.**, sia problemi di prova dello stesso.

La Corte, pur non provvedendo ad enunciarli formalmente, ha evidenziato i seguenti principi di diritto: **a) l'eventuale "compresenza" di una finalità pubblicistica non esclude il dolo necessario ai fini dell'integrazione dell'abuso di ufficio; b) la prova del dolo previsto dalla fattispecie di cui all'art. 323 c.p. non implica necessariamente la previa dimostrazione dell'esistenza di "particolari" rapporti tra pubblico ufficiale (o incaricato di pubblico servizio) e soggetto beneficiario** Per quanto attiene al primo principio, la Corte ha innanzitutto richiamato giurisprudenza "costante", per la quale "la concorrenza di una utilità generale del provvedimento illegittimo assunto, e la consapevolezza in proposito maturata nell'agente pubblico, non implicano l'insussistenza del dolo punibile, quando l'indebito vantaggio o l'ingiusto danno costituiscono il fine primario perseguito". È utile premettere che la fattispecie incriminatrice, come riformulata per effetto della legge 16 luglio 1997, n. 234, richiede esplicitamente, attraverso l'avverbio "intenzionalmente", la sussistenza del dolo intenzionale dell'evento (di vantaggio o di danno ingiusti). Il ricorso a tale categoria esclude inequivocabilmente la rilevanza del dolo eventuale, ma anche del dolo diretto: in altri termini, il soggetto deve agire "**proprio**" per perseguire gli eventi di vantaggio o di danno ingiusti, non essendo sufficiente che il medesimo agisca rendendosi conto del loro verificarsi come conseguenza "**certa**" della sua azione. Tuttavia, "intenzionalità" non significa anche "esclusività" del fine: l'art. 323 c.p. non richiede che l'agente agisca "al solo scopo" di conseguire l'evento tipico. Di conseguenza, è **necessario cioè che l'agente agisca anche con l'intenzione di procurare un danno o un vantaggio ingiusti**, e non, invece,

esclusivamente con tale intenzione. Con riferimento al secondo principio di diritto, la Corte ha evidenziato che la **prova del dolo intenzionale** poteva ritenersi correttamente desumibile in ragione della concorrente presenza delle seguenti circostanze: la situazione di **sistematica illegalità dell'azione amministrativa**; **l'assenza di costanti nelle scelte provvedimentali** (nella specie, era possibile rilevare, comparando i singoli casi, l'estrema mutevolezza dei tempi di attesa per le assegnazioni, e del numero di posizioni scavalcate); **la totale assenza di documentazione relativa all'attività** (illegalmente) **svolta**; **la omessa indicazione da parte degli imputati dei criteri utilizzati** (tanto nei singoli casi, quanto in generale). E' indubbio che l'accertamento processuale di una forma così intensa di dolo è un'operazione complessa, di tal che la verifica giudiziale "dovrà pur sempre essere svolta assumendo a punto di riferimento le circostanze esterne del caso e utilizzando massime di esperienza" (**FIANDACA-MUSCO**). Ne consegue che ai fini dell'indagine, assumeranno rilievo sia l'atto o comportamento singolarmente valutati, sia gli elementi estrinseci all'atto o al comportamento idonei ad evidenziarne l'ideazione e l'intenzione. In coerenza con questa impostazione, è **generalmente esclusa la necessità della prova della collusione del pubblico ufficiale con i beneficiari** (da ultimo **Cass. pen., Sez. VI, 15 aprile 2014, n. 36179**). Piuttosto, è possibile rinvenire affermazioni contrastanti circa la possibilità di desumere la prova del dolo intenzionale dalla "macroscopica" illegittimità degli atti adottati: accanto ad un ampio orientamento favorevole (ad esempio, da ultimo, **Cass. pen., Sez. VI, n. 36179 del 2014**), altre decisioni, invece, sottolineano la necessità di acquisire ulteriori elementi di convincimento (**Cass. pen., Sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 21192**).

4. Abuso d'ufficio non patrimoniale

La **Cass. pen., Sez. VI, 22 novembre 2016, n. 49538** prende le mosse dall'accusa rivolta a due imputati, un pubblico ministero e il suo consulente tecnico, di avere acquisito, elaborato e trattato illecitamente i tabulati telefonici relativi ad alcune utenze riconducibili a parlamentari ed ex-parlamentari, agendo in concorso tra loro nell'ambito di un procedimento penale in fase di indagini preliminari. Con tale arresto, la sezione penale della Suprema Corte, ha innanzitutto affermato la violazione di legge - afferente agli strumenti di indagine - in caso di mancato richiesta alla Giunta delle Autorizzazioni della Camera di appartenenza, prima e non dopo le intercettazioni stesse. In questa violazione, i giudici di Piazza Cavour hanno riscontrato la sussistenza del danno ingiusto, il quale non può intendersi limitato alle sole situazioni soggettive di carattere patrimoniale e nemmeno a diritti soggettivi perfetti, ma riguarda anche l'aggressione ingiusta alla sfera della personalità per come tutelata dalle norme costituzionali.

La pronuncia in commento ha il pregio di individuare una nuova ipotesi in cui si configura quello che è stato definito un **abuso di ufficio non patrimoniale**. È cosa nota che l'abuso di ufficio si presenta come un reato di evento il cui nucleo centrale consiste

nell'effettiva produzione di un ingiusto vantaggio patrimoniale che il soggetto attivo con i suoi atti procura a se stesso o ad altri o, in alternativa, di un danno ingiusto che quei medesimi atti producano a terzi. Stando alla formulazione normativa, dunque, mentre l'ingiusto vantaggio può avere solo natura patrimoniale e si realizza al verificarsi di una situazione favorevole per il complesso dei diritti soggettivi a contenuto patrimoniale riferibili a un determinato soggetto, indipendentemente dall'effettivo incremento economico, l'evento di danno è enunciato senza alcuna specificazione circa la sua natura. Pertanto, la nozione di danno ingiusto cui si riferisce l'art. 323 c.p., non può intendersi limitata solo a situazioni soggettive di carattere patrimoniale e nemmeno a diritti soggettivi perfetti, ma riguarda anche l'aggressione ingiusta alla sfera della personalità per come tutelata dalle norme costituzionali. Tuttavia, ai fini della sussistenza del reato de quo, è **necessario verificare se l'evento - di vantaggio o di danno - sia ingiusto in sé e non soltanto come riflesso della violazione di norme da parte del pubblico ufficiale**. Gli elementi dell'illegittimità della condotta e dell'ingiustizia del danno sono dunque distinti e il giudice penale deve verificare, volta per volta, la sussistenza di entrambi. **Il vantaggio e il danno**, per essere penalmente rilevanti, **devono essere ingiusti** e, cioè, rispondere alla doppia condizione di essere prodotti non iure - senza un fondamento giuridico e per mezzo di un atto illegittimo - e di essere contra ius - contrari all'ordinamento.

Su questa rivista, vedi anche:

A. GIAQUINTO, Abuso d'ufficio e la "doppia ingiustizia" per configurare il reato, 30/01/2015, ISSN 2421-7123; **A. CIMMINO**, La natura monoffensiva o plurioffensiva dell'abuso d'ufficio ed i riverberi processuali in tema di opposizione al decreto di archiviazione, 29/02/2016, ISSN 2421-7123; **F. APICELLA**, Concorso del privato in abuso d'ufficio, 17/09/2015, ISSN 2421-7123.
